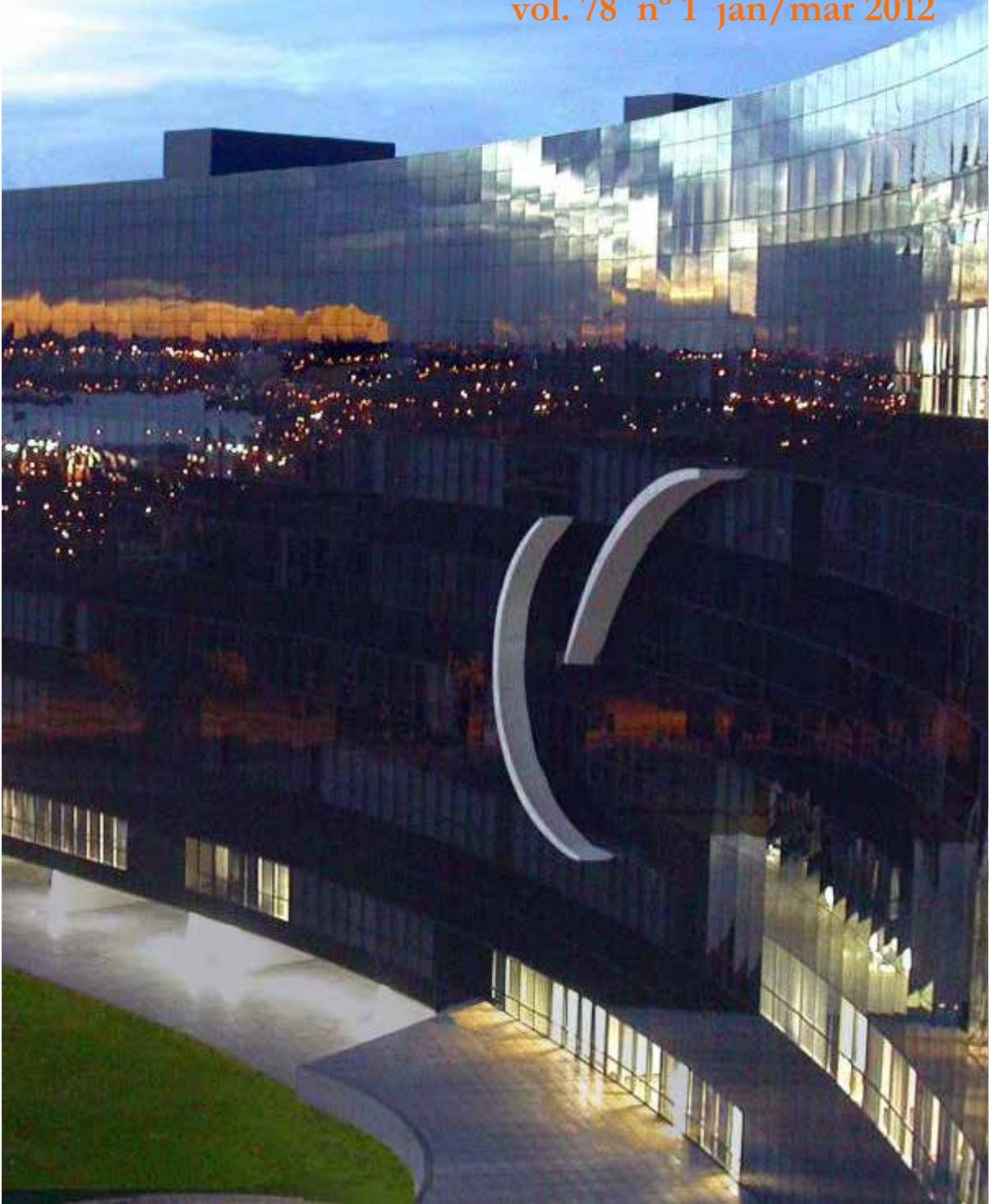


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 78 nº 1 jan/mar 2012



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho *(presidente)*

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Ministra Maria de Assis Calsing *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 78 – nº 1 – jan. a mar. – 2012

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: Editora Magister

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Órgão Especial

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Desembargador José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Convocado)

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Quarta Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargador Flávio Portinho Sirangelo (Convocado)

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente (art. 80, § 1º, RITST)

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Convocada)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MARCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURICIO GÓDINHO
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES

Sumário

1. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do Direito do Trabalho <i>Atalá Correia</i>	17
2. Aspectos históricos e ideológicos na construção do Direito ao Trabalho <i>Cezar Britto</i>	46
3. Processo justo, colaboração e ônus da prova <i>Daniel Mitidiero</i>	67
4. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro e o problema da execução <i>Eneas Bazzo Torres</i>	78
5. Anteprojeto do CPC e repercussões no Processo do Trabalho <i>José Antonio Pancotti</i>	109
6. Poder diretivo do juiz: Direito Processual Civil e sua aproximação do Direito Processual do Trabalho <i>Júlio César Bebbler</i>	136
7. Indenização por doença psíquica no ambiente de trabalho. O Direito (e o juiz) no fogo cruzado do nexu causal <i>Marcelo Furtado Vidal</i>	148
8. Primeira leitura da Lei do Aviso-Prévio Proporcional <i>Marcos Neves Fava</i>	186
9. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação <i>Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro</i>	199
10. A ressignificação da dependência econômica <i>Murilo C. S. Oliveira</i>	210
11. Responsabilidade civil pelos danos à saúde do trabalhador decorrentes da exposição à fumaça de cigarro <i>Raimundo Simão de Melo</i>	238
12. Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i> <i>Daniel Gemignani</i>	258

Doutrina

ESTADO LAICO E SOCIEDADE PLURAL. INVESTIGAÇÃO SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Atalá Correia*

1 – INTRODUÇÃO

Qualquer estudo que se dedique ao tema da inter-relação entre direito e religião deve reconhecer, logo de início, que o objeto da pesquisa é vastíssimo e que muitos anos de estudo seriam insuficientes para esgotá-lo. Religião, ética e direito são campos do conhecimento que se interpenetram e qualquer conduta humana poderia ser julgada de forma diversa por eles.

A cada debate sobre o regramento da vida em sociedade as opiniões divergem segundo correntes que podem ter mais ou menos influência religiosa. Embora a sociedade viva hoje uma forte tendência à laicidade, as discussões públicas tornam-se acaloradas quando estão em jogo as crenças mais íntimas dos cidadãos. Legitimação de uniões homoafetivas, pesquisas com células-tronco e aborto de anencéfalos são apenas alguns desses temas em que a posição religiosa ou antirreligiosa pode revelar muito sobre o interlocutor. Esses debates, como sempre, estão na ordem do dia.

Reconhecida a vastidão do campo de investigação, seria pretensioso propor em tão poucas páginas qualquer solução definitiva ou mesmo sugerir o esgotamento das fontes de pesquisa. Lançamo-nos, por isso, no esforço de bem posicionar o leitor sobre algumas das principais controvérsias a esse respeito e de fornecer algum ferramental crítico para fomentar as discussões científicas. Após uma visão geral do problema, nossa análise terá como foco as inter-relações existentes entre o direito do trabalho e o tema religioso e, em especial, a escusa de consciência nas relações de trabalho.

* *Professor no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – e no Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O autor é grato aos Drs. Fábio Luis Furrier e Gabriel Oliveira Ramos por seus comentários a uma versão preliminar desse artigo.*

2 – SOCIEDADE PLURAL

Talvez seja desnecessário argumentar que a sociedade brasileira contemporânea é plural, porque a constatação desta circunstância recai no campo dos fatos notórios. Um breve olhar sobre a janela e lá se encontrará gente de toda a sorte. Somos um só povo, mas com incontáveis particularidades. As diferenças mais evidentes recaem sobre as origens genéticas e, num país construído por imigrantes, elas se espalham, para refletir-se em múltiplos costumes, culturas, tradições, religiões e línguas.

Se as coisas são assim, não há qualquer pretensão de mudá-las. O direito reconhece a pluralidade da sociedade e deseja mantê-la. Nossa organização social abre mão de ideais uniformizadores e políticas planejadoras. Embora tenhamos uma só língua oficial, é livre a manifestação do pensamento em qualquer outra. Não há uma cultura oficial ou religião oficial. O estado é laico.

A constatação dessa circunstância encontra-se impressa no preâmbulo de nossa Constituição Federal. Os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, pretenderam “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 (...)”.

O Estado brasileiro tem por objetivo a liberdade de seus cidadãos e a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹. Assim, viver em uma sociedade plural significa precisamente que cada cidadão tem o ônus de pensar por si próprio e que não há quem lhe dirija a concepção de vida².

A liberdade de pensamento implica a tolerância a múltiplos sistemas culturais³ ou, em uma palavra, a aceitação de multiculturalismo⁴. Se cada in-

1 Art. 3º da Constituição Federal.

2 “A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos” (MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352).

3 Aqui nos valem do conceito de cultura adotado por Edward Tylor, para quem cultura, tomada “em seu sentido etnográfico, é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (*apud* LARAIA, Roque de Barros. *Cultura – Um conceito Antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 25).

4 O multiculturalismo é um tema que vem apresentando maior relevância nos países desenvolvidos, para os quais houve, após a Segunda Guerra Mundial, grande fluxo migratório, sobretudo de povos de cultura oriental. Mas, após a formalização da União Europeia, o tema assume outros contornos e passa também a expressar a distensão cultural entre os povos que integram ou pretendem integrar aquele bloco. No Brasil, inicialmente se impôs a cultura do colonizador aos nativos. Após os movimentos migratórios nos

divíduo tem liberdade de relacionar-se com a carga cultural recebida de seus ancestrais e de redefini-la segundo sua razão particular, é natural que, no seio da sociedade, formem-se grupos ou segmentos sociais e, no longo prazo, culturas singulares. O direito quer, portanto, que sejam aceitas várias culturas e que o indivíduo não seja discriminado por suas crenças e convicções particulares.

Diversidade cultural significa, portanto, a existência de éticas plurais. Tomamos ética aqui como expressão sinônima de moralidade, ou seja, como um sistema axiológico que pretende julgar ações e pensamentos, e não como uma ciência ou filosofia.

As diversas éticas refletem, não raramente, diferentes religiões. A expressão religião designa um conjunto de crenças na existência de uma ou mais forças criadoras, de aspecto metafísico ou sobrenatural, e que, em regra, estabelece normas de conduta, com base em certa tábua axiológica, como meio para se alcançar um estado espiritual superior⁵. Logo, a religião tem indissociável aspecto ético, pois sua prática propaga certos valores.

Ora, se pluralismo implica multiplicidade de pensamentos, culturas, éticas e religiões, é natural que também surjam, em seu seio, incontáveis controvérsias relacionadas a esses diferentes pontos de vista. Inúmeros são os exemplos desses confrontos e, apenas para mencionar os mais recentes, podem ser destacados: o conflito entre grupos que defendem o aborto e aqueles que pretendem o banir, entre grupos religiosos que postulam o acesso a um mesmo local sagrado ou que desejam guardar dias diversos da semana, entre grupos majoritários e minorias.

3 – O PAPEL DO DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL

O direito assume, nesse cenário, um papel fundamental, pois arbitra solução para os litígios advindos do pluralismo. Cabe ao direito harmonizar os diversos valores presentes na sociedade de forma que os grupos possam gozar de uma convivência pacífica.

séculos XIX e XX, em que pese algum entusiasmo inicial antropofágico, se prestigiou a assimilação da cultura local, língua sobretudo, pelos imigrantes. No entanto, após a Constituição Federal de 1988, o tema parece ganhar importância e se vê intenso esforço para que sejam reconhecidas minorias étnicas, formadas por índios e negros, ou minorias religiosas. Veja interessante debate nesse sentido TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y 'la política del reconocimiento'*. Comentários de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer e Suzan Wolf. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

- 5 Religião não se confunde com seita. O conceito de religião “liga-se à pré-compreensão que o termo propicia. Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração. Não será um culto religioso uma atividade comercial ou de ensino qualquer, apenas porque se inicia com uma oração. Há de se considerar, ademais, ‘quão próxima [a situação em exame] está de uma combinação de características de uma religião paradigmática, julgando-se isso à luz da razão particular que motivou a questão’” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 357).

Em um esforço de sistematização, deve-se reconhecer que o direito pode: (i) eleger um valor comum a vários grupos sociais, para prescrever condutas que o prestigiem e vedar práticas que revelem seu contravalor, como quando protege a vida e pune o homicídio; (ii) manter-se indiferente aos diversos valores relevantes para uma determinada situação, e aí abre campo para a liberdade das partes; (iii) tutelar o valor de um grupo minoritário, protegendo-o contra ataques indevidos daqueles que se encontram em posição majoritária, tal como faz ao autorizar a união familiar de pessoas do mesmo sexo ou quando estabelece ações afirmativas; (iv) eleger o valor perseguido pelo grupo majoritário, para vedar práticas disseminadas em grupos restritos; ou (v) tentar equilibrar as práticas sociais, com regras e exceções.

Talvez cause espécie, em um primeiro momento, a afirmação de que o direito pode eleger o valor perseguido pelo grupo majoritário, para vedar práticas disseminadas em grupos restritos. Isso porque é razoavelmente disseminada entre nós a tese de que o direito nada mais representa do que forma de dominação sobre grupos sociais específicos. O direito seria, em síntese, um jogo de exercício de poder. Essa visão subestima, no entanto, a possibilidade de serem encontradas respostas razoáveis para problemas fundamentais e, por outro lado, oculta que, por vezes, a negação de um valor majoritário pode pura e simplesmente revelar uma ditadura da minoria⁶. A função essencial do direito não é escamotear ditaduras majoritárias ou minoritárias, mas abrir campo para o diálogo em busca de soluções socialmente viáveis e racionalmente plausíveis.

4 – DIREITO E RELIGIÃO

Feitos esses esclarecimentos, cumpre focar nossa análise na questão religiosa propriamente dita. O direito assegura a expressão religiosa como um direito fundamental. Como corolário da liberdade⁷, todo indivíduo pode professar sua fé, alterar seu credo⁸ e, além disso, pode abster-se de fé, como melhor lhe aprouver.

6 Em sentido análogo, vide a crítica de Amy Gutmann àquilo que denomina corrente desconstrutivista para a formação de um programa educacional multicultural em TAYLOR, *op. cit.*, p. 37.

7 Art. 5º, *caput*, da CF. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

8 “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular” (Art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948).

Há liberdade de culto e de organização religiosa⁹. É inviolável, diz-nos o art. 5º, VI, da CF, “a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O livre exercício de confissão religiosa é assegurado até mesmo àqueles que se encontram encarcerados¹⁰, o que significa dizer que o Estado não pode punir mediante atos que atentem contra a fé. A liberdade de consciência e de crença, circunstância refletida na tolerância mútua, quer-nos parecer, é valor comum aos grupos presentes em nossa sociedade e o direito houve por bem salvaguardá-lo¹¹. Liberdades de consciência, crença, culto e de organização religiosa são bases do republicanismo brasileiro.

O direito prestigia, em certa medida, a religiosidade¹²; talvez por considerar que as religiões tendem, no seu espírito mais íntimo, à concórdia e ao pacifismo, apesar de sempre haver desvios diversos em nome da fé. Nesse sentido, o casamento, um sacramento comum a diferentes religiões, pode produzir efeitos na esfera civil, conforme denota o art. 226, § 2º, da Constituição Federal¹³.

Além disso, o direito ratifica certas regras religiosas, não por serem religiosas, mas porque representam um primado da vida em sociedade. Não matar e não roubar são, ao mesmo tempo, regras jurídicas e religiosas. Em circunstâncias particulares, certas práticas religiosas incorporam-se aos hábitos da sociedade laica. Dias religiosos, como páscoa, carnaval, natal e, em certas localidades, o dia do evangélico¹⁴, tornam-se, com apelo comercial ou não,

9 Para uma diferenciação entre liberdade de consciência, crença, de culto e de organização religiosa, vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 248.

10 Art. 5º, VII, da CF “É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

11 “O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que não devem ser somente conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359).

12 Conf. MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359-360. José Afonso da Silva, ao comentar o art. 5º, VI, da CF, assevera que “o dispositivo (...) compõe-se de duas partes: assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, sem condicionamentos, e protege os locais de culto e suas liturgias, mas aqui, na forma da Lei” (*op. cit.*, p. 250), deixando claro que também há uma prestação positiva no “proteger”, e não apenas uma equidistância passiva em relação ao fenômeno religioso.

13 Art. 226, § 2º, da CF. “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

14 O TJDF manteve o indeferimento de petição inicial de ação ajuizada por cidadão católico que requereu indenização do Distrito Federal por supostos danos morais advindos da introdução, nesta unidade da federação, de feriado local, no dia 30 de novembro, para celebração do “dia dos evangélicos”. O Des. Relator Jair Soares frisou que “instituir data comemorativa, religiosa, cívica ou atinente a alguma manifestação cultural, como ocorre com o carnaval, não configura discriminação ou preconceito”, apontando a constitucionalidade da lei em questão. Confira-se a ementa daquele julgado: “DANOS

simples dias festivos, em que a grande maioria da sociedade se dedica, se não a reflexões religiosas, ao lazer, ao descanso e ao convívio familiar.

A regra geral, no entanto, é que o direito mantenha-se indiferente às opções religiosas. Como a religiosidade insere-se no foro íntimo da pessoa, não pode o Estado nela intervir. Mais que isso, a estrutura administrativa do Estado não promove nenhum credo particular, não intervém em cultos¹⁵ e em assuntos *interna corporis* de uma instituição religiosa¹⁶. Essa é a essência de um estado não confessional ou laico¹⁷.

Por isso, a Constituição Federal salvaguarda a liberdade de ensino (art. 206, II, da CF) e pluralismo de ideias nas escolas (art. 206, III, da CF) e, embora determine que sejam fixados conteúdos mínimos, o ensino religioso nas escolas públicas tem matrícula facultativa (art. 210, § 1º, da CF). Não há, como se disse, uma cultura ou ensino oficial¹⁸.

MORAIS. LEI QUE INSTITUIU O DIA DO EVANGÉLICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIBERDADE DE CULTO. 1. A Constituição Federal, no art. 19, I, veda a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança. 2. Não proíbe que algum desses entes da federação, no exercício de sua competência legislativa, institua data comemorativa, a exemplo do que fez o Distrito Federal, quando instituiu o dia do evangélico. 3. Não é, portanto, inconstitucional lei assim editada. E os atos cometidos com base nela são válidos, como sói acontecer com a comemoração do dia do evangélico, que se caracteriza como exercício regular de um direito – o de culto religioso (CF, art. 5º, VI). E quem exerce um direito, salvo abuso, não causa dano a outrem (CC, art. 160, I). 4. Vislumbrar em situações que tal preconceito ou discriminação é emprestar razão à intolerância religiosa, praga que, ao longo da história, tem feito e continua fazendo inúmeras vítimas. 5. Apelação não provida” (TJDFT, Acórdão nº 149202, 20010110875766APC, Rel. Jair Soares, 4ª Turma Cível, j. 05.11.01, DJ 27.02.02 p. 53).

- 15 Certa cidadã foi condenada criminalmente por maus-tratos a seus filhos. Recebeu o benefício da suspensão condicional da pena, estando esse benefício sujeito a duas condições em particular: (i) proibição da beneficiária de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos que forem celebrados em residências ou em locais que não sejam especificamente destinados ao culto; (ii) carregamento de latas d’água ao presidio. As condições do *sursis* foram consideradas inconstitucionais por, respectivamente, ferir a liberdade de culto e a dignidade humana (cf. STF, RE 92916, Rel. Min. Antônio Neder, 1ª Turma, j. 19.05.81, DJ 26.06.81, p. 6.307)
- 16 MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 357.
- 17 Nos termos do art. 19 da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II – recusar fé aos documentos públicos; III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.
- 18 Vide ainda o art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20.12.96), segundo o qual “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância; V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII – valorização do profissional da educação escolar; VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX – garantia de padrão de qualidade; X – valorização da experiência extraescolar; XI – vinculação

Também nesse contexto de indiferença para com o fenômeno religioso se insere a árdua controvérsia¹⁹ acerca da legalidade da exibição de símbolos religiosos, como árvores de Natal ou crucifixos, em espaços²⁰ e repartições públicas. Para parte da doutrina e jurisprudência, essas práticas, de origem religiosa, ganham importante significado extraconfessional, como referência cultural do país, e, portanto, deveriam ser toleradas²¹. Por outro lado, há aqueles que advogam que, em verdade, elas representam intolerável proselitismo religioso por parte de um Estado que deveria ser laico²².

entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais” (g.n.). Em particular, no que diz respeito ao ensino religioso, o art. 33, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.475, de 22.07.97, estipulou que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, *assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo*” (g.n.). O mesmo dispositivo, em seus parágrafos, tratou de assegurar que “os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores” (§ 1º) e que “os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso”. (§ 2º).

- 19 O CNJ, por maioria de votos, em 29.05.07, quando do julgamento dos Pedidos de Providência ns. 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362, indeferiu o pedido de retirar os símbolos religiosos das dependências do Judiciário. Aquele órgão afirmou que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário. Na doutrina, vide MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 360-361.
- 20 Sobre o tema, veja o seguinte precedente: “CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL Nº 2.988/02. CRIAÇÃO DE ESPAÇO EVANGÉLICO NA ESTAÇÃO RODOVIÁRIA DO PLANO PILOTO. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. 1. Nos termos conjugados das disposições dos arts. 3º, inciso XI, 100, inciso VI, e 52, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal, confere-se ao Governador do Distrito Federal competência privativa para iniciar o processo legislativo de normas distritais que venham a dispor sobre o uso e ocupação do solo em todo o território do Distrito Federal, resultando-se, pois, em vício de iniciativa, cuja inconstitucionalidade, por ser de natureza formal, contagia toda a lei e não apenas alguns de seus artigos. 2. Há vedação expressa na Lei Orgânica do Distrito Federal, em seu art. 18, inciso I – que reproduz dispositivo inserto na Constituição Federal –, quanto à possibilidade de o Estado subvencionar igrejas e cultos religiosos, em face do princípio da laicidade, que prevê a separação entre Estado e religião. 3. Ação julgada procedente para declarar com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 2.988, de 11 de junho de 2002” (TJDFT, Acórdão nº 237.650, 20040020026580ADI, Rel. Vasquez Cruxên, Conselho Especial, j. 08.11.05, DJ 14.03.06, p. 89)
- 21 No mesmo sentido, confira-se MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 360.
- 22 Recentemente, o TJRS, em votação unânime no Conselho da Magistratura, atendeu ao que fora postulado por diversas entidades da sociedade civil e, nos Autos do Processo Administrativo nº 0139-11/000348-0, determinou a retirada “de crucifixos e outros símbolos religiosos eventualmente existentes nos espaços destinados ao público nos prédios do poder judiciário do Rio Grande do Sul” (conf. Diário da Justiça do Rio Grande do Sul de 09.03.2012, p. 1). Para detalhes, confira-se: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/03/leia-a-integra-do-voto-historico-que-determina-a-retirada-de-crucifixos-em-tribunais-no-rs.html>>. Acesso em: 11.03.2012. Na doutrina, ainda postula a mesma solução CUNHA, Bruno Santos. “Estado e religião: implicações da laicidade do Estado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. In: *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 11, nº 93, fev/maio 2009, p. 1-29. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-11-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-26.3557485283>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

Em outro exemplo de equidistância para com as religiões, países como o Reino Unido vêm discutindo a possibilidade de se admitir cortes arbitrais para o julgamento de seus cidadãos segundo a lei religiosa que seguem. Em particular, muçulmanos poderiam submeter-se a um julgamento segundo a lei que lhes é própria (Sharia)²³.

Ocorre que não é raro que o direito limite certas práticas religiosas, representem elas a cultura de uma maioria ou de uma minoria. Os exemplos, nesse campo, vão desde a simples vedação à utilização de sinos²⁴, da limitação de volume do som emitidos em cultos²⁵, a permissão do aborto (em certos países), até a proibição de práticas que configurem ilícito penal²⁶.

-
- 23 WITTE, John and NICHOLS, Joel A., *Faith-Based Family Laws in Western Democracies?* (2010). IN *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*, p. 119-132, 2010; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 11-09; Emory Public Law Research Paper n. 11-160. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1805304>>. Acesso em: 5 mar. 2012
- 24 Ao julgar ação de obrigação de não fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada por vizinho de Igreja, que se insurgia contra o badalar de sinos, existentes no local há mais de 30 anos, o TJDFT concluiu, por maioria de votos, que a prática era ilegal, sob o argumento de que “o direito ao sossego, a todos assegurado (CC, art. 1.277), impede – sobretudo nas horas de repouso noturno – que o uso da propriedade vizinha, ainda que seja no exercício da liberdade de culto, incomode e traga transtorno ao morador de área residencial. Agravo não provido” (TJDFT, Acórdão nº 461.178, 20100020136189AGI, Rel. Jair Soares, 6ª Turma Cível, j. 27.10.2010, DJ 11.11.2010 p. 146). Ficou vencida a Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito com o argumento de que o badalar dos sinos faz parte do culto religioso.
- 25 Mas o STJ admitiu, em uma hipótese específica, que a Igreja se valesse de sistema de som para propagar, durante todo o dia, mensagens religiosas, ainda que um cidadão considerasse que o volume era incompatível com a preservação do sossego. Confira-se: “(...) Em pequena cidade do interior, o pároco instalou sistema de som na torre da igreja por meio do qual, a intervalos regulares, transmitia mensagens religiosas aos fiéis. Muito embora a comunidade tenha se manifestado nos autos de forma incontestada, no sentido de que inexistia qualquer incômodo causado pela transmissão, o autor, proprietário de residência de descanso nas cercanias, pleiteou compensação por danos morais porque a atitude do pároco era de seu desgosto. Inicialmente, analisou-se o conjunto probatório dos autos de forma objetiva e, nesse sentido, a análise das provas levava à conclusão pela improcedência do pedido. O acórdão, porém, foi adiante e passou a contrariar as premissas objetivas por ele mesmo estabelecidas para, com base em ilações de caráter subjetivo semelhantes às formuladas pelo autor, julgar procedente o pedido. Sem que haja qualquer reexame de provas, portanto, é possível reconhecer a inexistência de dano moral na hipótese (...)” (STJ, REsp 951.868/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 13.11.08, DJe 06.05.09)
- 26 A doutrina vem asseverando que “a invocação da liberdade religiosa, de seu turno, não pode servir de pretexto para a prática de atos que se caracterizam como ilícitos penais” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 359). Nesse sentido, o STF analisou interessante caso em sede de recurso em *habeas corpus* em que se discutia a prática de curandeirismo. O Tribunal de origem havia considerado que a situação desbordou do espiritismo-religioso para o espiritismo-medicina, pois o paciente prometia cura, atuava de forma mercantilizada e teatral, ainda propagando a prática por via televisiva. No voto do Relator, Min. Francisco Rezek, afirmou-se que “a garantia da liberdade de culto seguramente não alcança (...) a prática de atos que, sem embargo de sua roupagem mística, são tipificados pela lei penal” (STF, RHC nº 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, j. 13.12.84, DJ 02.08.85, p.1.038).

Mesmo naqueles países em que se permite a solução arbitral para litígios em que a questão religiosa é mais sensível, como no Direito de Família, há restrições a aplicações de certas regras. Como é fácil imaginar, a solução religiosa nem sempre prestigia aquilo que, segundo a cultura majoritária, se considera a melhor salvaguarda da dignidade humana. Em excelente panorama do ordenamento da Índia, Farrah Ahmed lembra que, não raro, as leis religiosas revelam inadequado comprometimento com o bem-estar de mulheres e crianças, deixando a elas, na sucessão ou no divórcio, recursos insuficientes para uma vida autônoma²⁷.

Com esse panorama em vista, vê-se que a laicidade do Estado é apenas um aspecto da relação entre o direito e a religião. O direito não se esgota no Estado ou nas manifestações do Estado. A pretensão a um direito totalmente indiferente à religião é utópica²⁸. Há valores que extrapolam sua origem religiosa e, por isso, acabam vendo seus primados refletidos em normas do direito positivo. Para desgosto de ateus militantes, o direito não visa à aniquilação da religião. É bem verdade, porém, que, por vezes, valores religiosos sucumbem a axiomas seculares plasmados em normas jurídicas. Portanto, enquanto o Estado é não confessional, o papel do direito está associado à harmonização de interesses e valores presentes nos mais distintos grupos sociais, inclusive grupos religiosos.

Esse papel de harmonização é deveras complexo no que concerne à atuação estatal em sentido estrito. Como orquestrar um Estado completamente laico para um povo que ainda é majoritariamente religioso?²⁹ Embora seja razoável discutir diversas tentativas de esterilizar expressões religiosas do

27 AHMED, Farrah, *Personal Autonomy and the Option of Religious Law* (September 12, 2009). International Journal of Law, Policy and the Family, 2010; Oxford Student Legal Studies Paper n. 12/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1504788>>. Acesso em: 05. mar. 2012.

28 Para uma interessante análise sobre o paradoxo da neutralidade do direito em termos religiosos, vide SMITH, Steven Douglas, *The Paralyzing Paradox of Religious Neutrality* (August 17, 2011). San Diego Legal Studies Paper n. 11-060. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911399>>. Acesso em: 20 mar. 2012. Em especial, o autor argumenta que “the problem is not limited to measures or laws addressing issues like prayer or evolution that everyone thinks of as touching on some people’s religion. A wide range of laws at least implicitly reject some people’s religious beliefs. When government wages war, it at least tacitly rejects the views of religious pacifists, such as Quakers. Laws requiring parents to obtain medical treatment for their children reject the beliefs of parents – Christian Scientists and others – who are religiously opposed to such treatment. A law prohibiting racial discrimination rejects the beliefs of people who have a religious basis for favoring racial segregation – the Aryan Nations Church, for example. In a nation of over three hundred million diversely-minded citizens, it is a fair bet that almost anything government does will be at odds with, and will effectively reject, the religious beliefs of at least a few citizens” (p. 15).

29 O povo, deve-se lembrar, é elemento constitutivo do Estado. “É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 100).

âmbito estatal, elas não podem ser amplas e irrestritas³⁰. O Estado laico ideal, talvez ambicionado por uma minoria agnóstica, seria aquele sem crucifixos e árvores de natal, sem feriados religiosos nas repartições públicas (Carnaval, Páscoa e Natal) e sem nomes de cidades alusivos a santos ou deuses (São Paulo, Salvador ou Tupã deveriam mudar suas denominações). Ele imporá a todos novos feriados e novas denominações, mas talvez não encontrasse braços, para manter serviço normal, nos dias considerados santos para a maioria, salvo se também obrigasse os religiosos a abdicar de suas convicções, mas, aí então, já não estaríamos no campo da democracia e do pluralismo. Naturalmente, o argumento vale-se do absurdo, mas ele serve bem a dois propósitos: (i) apontar a inconveniência de soluções radicais; e, no que é mais importante, (ii) evidenciar que o problema não se encontra nos extremos, mas no tensionamento dicotômico entre a laicidade do Estado e outros valores constitucionalmente assegurados. Quer-se dizer, em síntese, que o Estado laico também deve ser democrático e isso só é possível num contexto em que prevaleça o pluralismo em vez de aversão religiosa.

5 – ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Um instituto jurídico sobressai-se na tentativa de harmonização dos valores dos diversos grupos presentes em nossa sociedade. Trata-se da escusa ou objeção de consciência.

A hipótese mais comum de escusa de consciência é aquela tratada no art. 143 de nossa Carta Magna. Embora o serviço militar seja obrigatório, nos termos da lei, para brasileiros maiores de 18 anos, admite-se que os cidadãos estejam sujeitos a obrigação alternativa quando alegam imperativo de consciência, “entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”.

No entanto, o art. 5º, VIII, da Constituição Federal, na linha de diversas declarações de direitos fundamentais, trata de hipótese ainda mais abrangente e estipula que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Para bem compreender esse instituto, é importante ressaltar que a liberdade de consciência não detém foros de autonomia meramente interna ou de

30 Sobre a impossibilidade de separação total entre Estado e Religião, vide TAVARES, *op. cit.*

pensamento. A Constituição Federal assegura que todos possam seguir uma religião e, mais que isso, se comportar de acordo com os ditames de sua fé. Naturalmente, há situações em que o dever religioso contrapõe-se ao dever estritamente jurídico e, tal como Antígona, o sujeito depara-se com a conflituosa questão de violar uma ou outra norma.

Como a objeção de consciência viabiliza a liberdade religiosa³¹, trata-se de direito fundamental do cidadão e, como tal, sua eficácia é plena. Sem razão José Afonso da Silva, que defende a eficácia contida do referido dispositivo constitucional³². Para ele, a escusa de consciência só pode ser levantada quando a lei previamente estipula a obrigação alternativa aplicável. A interpretação proposta praticamente anularia a liberdade religiosa em diversas situações conflituosas, desprestigiando, assim, uma interpretação ampliativa do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³³.

Na escusa de consciência, o direito admite que ao cidadão de fé sincera e estruturada seja oportunizada prestação alternativa, compatível com sua crença, a qual deverá ser cumprida sob pena de perder seus direitos políticos. Não basta, portanto, que o interesse seja oportunista e mesquinho, como quem procura desculpa para eximir-se de obrigação legal³⁴. Como bem ressalta o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, “a objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a intimidade íntima do indivíduo”³⁵.

A objeção de consciência representa uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da lei. De fato, para a maioria só há uma possibilidade, qual seja atender ao preceito legal, mas para outros, com base em convicções religiosas, lhes é facultada uma alternativa. Por isso, a escusa de consciência deve ser vista com cuidado e sob uma perspectiva restrita³⁶. Sua ampla aceitação pode minar

31 “Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado” (José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 242)

32 *Op. cit.*, p. 242.

33 “A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF). Cabe, antes, se uma ponderação de valores constitucionais o permitir, ter-se o objeitor como desonerado da obrigação, sem que seja apenado por isso” (MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 353).

34 MENDES e BRANCO, *op. cit.*, p. 354.

35 *Idem.*

36 *Ibidem.*

interesses maiores do Estado e de toda a sociedade. Se em uma guerra, muitos se furtam ao combate por amor ao pacifismo, a derrota da nação seria certa, colocando em risco sua própria existência. Com isso, a cada hipótese em que se discute a escusa de consciência, faz-se necessária cuidadosa ponderação de princípios constitucionais e, conseqüentemente, não se pode formular juízos apriorísticos sobre o tema.

Algumas interessantes discussões vêm sendo travadas na doutrina e na jurisprudência com base na escusa de consciência. Grupos religiosos minoritários constantemente arguem em juízo essa objeção para realizar, em horário alternativo, concursos públicos de forma geral ou para se ausentarem de cursos ministrados no dia da semana que consideram sagrado. Há importantes decisões que negam essa possibilidade e, ao assim proceder, afirmam que o Estado deve manter equidistância das religiões. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, analisou caso em que estudantes judeus requereram a realização do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM em data alternativa ao sábado, mas sua pretensão foi rejeitada em nome da isonomia³⁷. De modo análogo, o Superior Tribunal de Justiça³⁸ e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região vêm negando a Adventistas do Sétimo Dia o direito de ausentar-se, sem falta, em aulas ministradas às sextas-feiras e sábados, sob o argumento de que o direito “não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de

37 “Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao *Shabat*. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da ADI 391 e da ADI 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade” (STF, STA 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 03.12.09, Plenário, *DJE* de 14.05.2010).

38 “RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO. CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital. 2. O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII do art. 5º da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos. 3. Recurso não provido” (STJ, RMS 16.107/PA, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. 31.05.05, DJ 01.08.05, p. 555).

cada religião”³⁹ e de que “estabelecer, em nome da escusa de consciência, um horário diferente para que adventistas realizem provas de vestibular, resguardando obrigações de seu culto, importa ao estado – que é leigo e separado da religião – fazer discriminação favorecedora daqueles que professem determinada fé, o que é proibido pela Constituição”⁴⁰.

O campo do direito comparado também nos traz ilustrações preciosas sobre a escusa de consciência. Em 1990, no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vetou o uso de substância denominada *peyote*, com características alucinógenas, por índios nativos americanos em práticas religiosas. Posteriormente, o Congresso daquele país fez promulgar lei federal denominada “Religious Freedom Restoration Act”, ou RFRA, para admitir a prática religiosa em questão. Essa lei pretendeu efetivamente restabelecer a liberdade de religião como uma exceção à regra geral que veda o consumo de substância caracterizada como droga. Para chegar a essa conclusão, o Congresso daquele país considerou que sua Constituição reconhece o livre exercício da religião como um direito inalienável e que leis “neutras” em relação à religião podem onerar o exercício religioso tanto quanto leis destinadas a interferir no exercício religioso, para concluir que o governo⁴¹ não deve onerar o exercício da fé sem justificativas relevantes. Assim, para intervir na liberdade religiosa de uma pessoa, ainda que em razão de regra geral, deve ser demonstrada (i) finalidade de atingir um interesse governamental inafastável (“compelling

39 “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ALUNA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. EXIGÊNCIA DE FREQUÊNCIA DE AULAS ÀS SEXTAS-FEIRAS À NOITE E AOS SÁBADOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO CONSTITUCIONAL. 1. A Lei nº 9.394/96 estabelece a obrigatoriedade de frequência de alunos e professores (art. 47, § 3º). 2. Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. De fato, estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, art. 5º, VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público. 3. Por outro lado, a jurisprudência desta Corte entende que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF da 1ª Região, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09.09.02, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28.09.01.) 4. Apelação dos impetrantes improvida” (TRF da 1ª Região, AMS 2009.35.00.007156-0/GO, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Conv. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira (conv.), Quinta Turma, e-DJF1, p. 47, de 21.03.2011)

40 Cf. TRF da 1ª Região, REO 90.01.01978-1/GO, Rel. Juiz Hércules Quasímido, Segunda Turma, DJ p. 30.767, de 17.12.90.

41 A Lei inicialmente aplicava-se a todos os entes da federação, mas foi parcialmente declarada inconstitucional (em *City of Boerne v. Flores* – 1997) porque o Congresso não poderia impor sua aplicação contra os Estados. Posteriormente, como se verá, ficou claro que a lei é aplicável ao governo federal.

governmental interest”) (ii) ser a intervenção a menos gravosa para o alcance daquela finalidade⁴². Mais recentemente, em 21.06.06, à luz desse novo panorama legislativo, a Suprema Corte americana escrutinou a utilização de *hoasca*, uma substância extraída de planta amazônica, com propriedades alucinógenas, comumente conhecida no Brasil como “daime” e utilizada em cerimônias religiosas, tendo concluído que o governo, naquele caso, não demonstrou que a vedação do uso dessa substância representa interesse inafastável e que, na ausência dessa regra, estaria comprometido o programa de combate às drogas⁴³.

A visão sobre esse caso norte-americano possibilita alguma reflexão sobre a visão predominante no Brasil a respeito da escusa de consciência. A jurisprudência daquele país mostrou como é possível abrir uma exceção a uma obrigação geral tão importante quanto a proibição do consumo a drogas para a salvaguarda de uma garantia fundamental. Não se advoga aqui que essa solução deva ser transposta para nosso país, mesmo porque aqui o problema é relativamente diverso, nem que essa solução deva ser ampliada para o consumo de qualquer droga em qualquer culto. O conflito gerado pela contraposição de liberdade religiosa e interesse público deve ser visto com cautela e de forma tópica. De qualquer forma, o que importa aqui é, como se disse, o caráter paradigmático da situação como ponto de partida para novas reflexões.

Majoritariamente, nossas Cortes vêm asseverando que a melhor abordagem para questões de fundo religioso é a equidistância, impondo a todos regras laicas. Isso significa dizer que tratamos a todos igualmente, independentemente de sua fé. O debate suscitado a partir do “Religious Freedom Restoration Act” permite reforçar outro lado da questão, qual seja, o de que pode haver características relevantes em determinados grupos que justifiquem soluções menos padronizadas, tratando-se a todos de forma desigual na medida de suas desigualdades. Isso porque, como ressaltado pelo Congresso americano, o tratamento plenamente igualitário, ou neutro, pode infligir severo ônus ao exercício religioso. Assim, a liberdade religiosa tem um caráter positivo, diverso do negativo. Não se exige do Estado mera neutralidade, mas “a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas”⁴⁴.

42 Ao assim proceder, o Congresso americano pretendeu restabelecer o que fora anteriormente afirmado pela Suprema Corte daquele país nos seguintes precedentes: *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) e *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

43 GONZÁLES, Attorney General et al. v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal et. al.

44 TAVARES, André Ramos. “Religião e neutralidade do Estado”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28957>>. Acesso em: 22.03.2012.

Dessa forma, se o Estado não realiza concursos aos sábados, ele impõe a uma minoria a dura escolha entre a obediência a Deus ou a obediência à Lei, havendo motivos de sobra para acreditar que, ao assim proceder, exclui-se esse grupo eventualmente relevante de seu seio. A máquina administrativa não será tão plural quanto poderia ser. Segmentos sociais inteiros estariam sub-representados nessa esfera⁴⁵. Isso não significa, naturalmente, que a solução oposta deva ser posta em prática, com concursos em todos os dias da semana, para que se possa atender, a um só tempo, os diversos segmentos sociais.

Caminhos intermediários são plausíveis. É comum, por exemplo, que cidadãos pertencentes a minorias religiosas requeiram que lhes seja assegurado o direito de, após apresentar-se ao local de realização de concurso público no horário pré-estabelecido, como qualquer outro candidato, lhes seja deferida a permanência em sala isolada, durante a realização do exame, até o pôr do sol quando, segundo sua fé, já estão autorizados a realizar afazeres comuns. Em situação emblemática o candidato obteve decisão liminar autorizando-o a realizar exame físico, em concurso público, em dia não consagrado por sua fé. Quando do julgamento do mérito, o Tribunal, após enfatizar a necessidade de tratamento igualitário, sem exceções com base na escusa de consciência, reconheceu que, naquele caso específico, a realização da prova em dia diverso não atrapalhou o cronograma geral do concurso e, assim, a procedência de seu pedido era necessária diante da “finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo”⁴⁶.

45 Nesse mesmo sentido, vide SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 145.

46 “MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRF DA 1ª REGIÃO. CANDIDATO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIMINAR DEFERIDA PARA REALIZAÇÃO DO TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. QUEBRA DA ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Do disposto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’, não decorre o direito de o candidato obter alteração da data ou horário de prova estabelecidos em calendário de concurso público. As atividades administrativas, desenvolvidas objetivando prover os cargos públicos, não podem estar condicionadas às crenças dos interessados, de modo a possibilitar-lhes realizar as etapas do processo de seleção segundo os preceitos da sua religião. Precedentes do STJ. 2. Hipótese em que o impetrante solicitou, com bastante antecedência, à Administração que possibilitasse a realização de sua prova de capacidade física, ao invés do sábado, no domingo seguinte, no mesmo horário e local estabelecido para os candidatos da cidade de Manaus. Diante do indeferimento administrativo, por força de liminar, realizou o teste, em igualdade de condições com os demais candidatos, em data, horário e local constantes do calendário do concurso, obtendo êxito. 3. Não havendo alteração no cronograma do concurso e nem prejuízo de espécie alguma à atividade administrativa, o deferimento do pedido atende à finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo. 4. Mandado de Segurança concedido” (TRF da 1ª Região, MS 2007.01.00.042619-8/DF, Relª Desª Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Corte Especial, e-DJF1, p. 45, de 23.10.09)

Na mesma linha de ideias, é interessante notar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios considerou válida lei local que “assegura ao aluno Adventista do Sétimo Dia o abono de faltas no período reservado ao descanso de sua fé religiosa, sem prejuízo de o estabelecimento de ensino cominar-lhe atividades alternativas que supram as faltas abonadas”⁴⁷. Em outras palavras, vê-se que o respeito à liberdade religiosa não é totalmente incompatível com o atendimento das obrigações legais impostas a candidatos e alunos⁴⁸.

Se analisadas essas questões à luz do teste proposto pelo “Religious Freedom Restoration Act”, poderíamos simplesmente dizer que a uniforme exigência de presença em dia consagrado intervém de forma onerosa na liberdade religiosa, mas essa regra não visa atingir um interesse governamental inafastável (“compelling governmental interest”). A seleção de novos servidores pode ser feita em momento subsequente sem grandes custos econômicos para o Estado, sem sacrifício do credo alheio e de forma a zelar pela finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo.

6 – DIREITO DO TRABALHO E RELIGIÃO

Tendo visto as possíveis relações entre religião e direito, cumpre aprofundar a análise ora empreendida na particular relação existente entre a liberdade religiosa e o Direito do Trabalho.

Uma extensa pesquisa na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”)⁴⁹ revela que o tema da religião aparece, na maioria dos casos, em referências indiretas, e não como o tema central da discussão. Percebe-se grande preocupação daquela Corte em vedar qualquer tipo de discriminação, na contratação ou demissão de empregados deficientes, portadores de doenças⁵⁰, de um

47 TJDF, Acórdão nº 302044, 20070110264040RMO, Relator Carlos Rodrigues, 1ª Turma Cível, julgado em 16.04.08, DJ 22.04.08 p. 107.

48 No mesmo sentido, vide SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

49 A pesquisa indicou que 174 acórdãos daquele tribunal fazem referência à expressão “religião” e inúmeros mencionam religiões específicas (“cristianismo”, “evangélico”, “adventista”, v.g.)

50 “RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. (...) 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei nº 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral. O art. 1º do diploma legal proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante enumere certas modalidades de práticas discriminatórias, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, o rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação. 7. *De se observar que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas, apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, fruto*

ou outro sexo, de raças específicas. Nesse contexto, o tema religioso aparece de forma subsidiária, pois muitas dessas decisões, além de vedarem o preconceito específico do qual tratam, também mencionam que são proibidos outros tipos de discriminação como a religiosa. Importa observar, no entanto, que a mensagem transmitida através dessa série de decisões é clara: é discriminatória e, portanto, violadora da liberdade religiosa a seleção de candidatos ou a resolução de contrato trabalhista que tenha por base as íntimas convicções do empregado⁵¹.

O problema ainda não enfrentado pela jurisprudência, mas ressaltado pela doutrina, diz respeito especificamente à contratação e demissão realizada por instituições de tendência, ou seja, empregadores que, dentro de seu ramo de atuação, expressam fundamentalmente certa fé, como sói acontecer com colégios cristãos, creches espíritas e assim por diante⁵². Estariam esses empregadores

das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores de determinadas moléstias, dependentes químicos, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado começam a ser identificadas à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. 8. A edição da Lei nº 9.029/95 é decorrência não apenas dos princípios embasadores da Constituição Cidadã, mas também de importantes tratados internacionais sobre a matéria, como as Convenções 111 e 117 e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, todas da OIT. 9. O arcabouço jurídico sedimentado em torno da matéria deve ser considerado, outrossim, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como limitação negativa da autonomia privada, sob pena de ter esvaziado seu conteúdo deontológico. 10. A distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. 11. *In casu*, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor – esquizofrenia – e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade. É de se presumir, dessa maneira, discriminatório o despedimento do reclamante. Como consequência, o empregador é que haveria de demonstrar que a dispensa foi determinada por motivo outro que não a circunstância de ser o empregado portador de doença grave. A dispensa discriminatória, na linha da decisão regional, caracteriza abuso de direito, à luz do art. 187 do Código Civil, a teor do qual o exercício do direito potestativo à denúncia vazia do contrato de trabalho, como o de qualquer outro direito, não pode exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 12. Mais que isso, é de se ponderar que o exercício de uma atividade laboral é aspecto relevante no tratamento do paciente portador de doença grave e a manutenção do vínculo empregatício, por parte do empregador, deve ser entendida como expressão da função social da empresa e da propriedade, sendo, até mesmo, prescindível averiguar o *animus* discriminatório da dispensa (TST, RR – 105500-32.2008.5.04.0101, Redatora Ministra: Rosa Maria Weber, j. 29.06.2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 05.08.2011).

51 Em sentido semelhante, mas sem abordar propriamente a consciência religiosa, vide o seguinte precedente do STF: “Nulidade de ato de despedida de empregados de sociedade de economia mista, por razões de ordem político-partidária. (...) Decisão incensurável, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da administração pública” (STF, RE 130.206, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17.09.91, Primeira Turma, DJ de 22.11.91)

52 O Tribunal Constitucional Espanhol limita o problema doravante analisado às instituições de ensino, sem estendê-lo a instituições de saúde mantidas por entidades religiosas, pois considera que, nesse caso, a atividade-fim é não religiosa. Empregado laico de um hospital religioso poderia manifestar-se contrariamente aos preceitos de fé comuns no seu local de trabalho. Assim, nem todos os empregadores tem

obrigados a contratar empregados de qualquer religião? Manoel Jorge e Silva Neto, de forma contundente, sustenta que a prática discriminatória é vedada até mesmo nessa circunstância e que a instituição confessional pode contar com trabalhadores de diversas religiões. “E os trabalhadores, de sua parte, conquanto obrigados não estejam de professar a fé religiosa da instituição, têm o dever contratual de não reprovarem os princípios esposados [pelo empregador]”⁵³. Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que os titulares de centros privados de ensino têm direito de estabelecer certo ideário e, embora os professores laicos não estejam obrigados a ceder sua liberdade de cátedra à propaganda religiosa, não podem dirigir ataques abertos ou velados à instituição da qual fazem parte, sob pena de estarem sujeitos a demissão⁵⁴.

Deixando de lado o problema da discriminação, a pesquisa ainda releva decisões que lidam com o tratamento jurídico que deve ser dado à prestação de serviços por clérigos e pastores em entidades religiosas. Discute-se se essa

a faculdade de adotar livremente uma tendência religiosa. Vide STC nº 106/96, bem como comentários em CARDO, Ivan Antonio Rodriguez. *La incidência de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español*. In: Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 5, n. 15, abr-jun, 2011, p. 24. A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região se deparou com situação interessantíssima em que o empregador, por meio de um de seus sócios, “introduziu no âmbito empresarial práticas religiosas com certo exagero, certamente pretendendo que seus empregados se convertam à religião por ele abraçada”. Os empregados ajuizaram reclamação pretendendo obter indenização por assédio moral. O Tribunal, então, negou a indenização por entender que “tal comportamento não era dirigido de modo específico à reclamante, com o intuito de humilhá-la, desmoralizá-la e inferiorizá-la”, “atingindo, de forma genérica, a todos os empregados”. (vide, Recurso Ordinário 0112700-56.2009.5.03.0013 RO, 5ª Turma, Relª Desª Lucilde D’Ajuda Lyra de Almeida, Public. 24.10.2011). Como se vê, o tema não foi abordado pela ótica da liberdade religiosa e suas limitações. Ocorre que, em processo análogo, movido contra a mesma empresa, a solução foi diversa, ressaltando o relator, Des. Jorge Berg de Mendonça que “a questão maior é o próprio desrespeito ao disposto no art. 5º, incisos VI e VIII, da CF 1988, na medida em que o representante ou sócio da reclamada, ao impor aos seus empregados a participação nos cultos que eram realizados diária ou semanalmente na empresa, ou, mesmo que não impusesse essa participação, fizesse do ambiente de trabalho um espaço de promoção de suas crenças religiosas, e, ao assim o fazer, mesmo que por forma indireta, constrangesse, de alguma forma, seus empregados, a comungar de suas mesmas crenças, violando a intimidade desses. Ao assim agir, ofendeu a dignidade de outrem. Veja-se que há relatos, confirmando o afirmado na inicial, de que o sócio da reclamada instituiu verdadeiro terror psicológico na empresa, aliando a questão do sucesso nas vendas com as crenças e práticas religiosas dos empregados, a possibilidade de ocorrência de acidentes ou infórtunios com seus empregados, por estarem ‘possuídos’, e uma série de outras práticas que, sem sombra de dúvidas, podem ser vistas como assédio moral” (Recurso Ordinário nº 0111100-36.2009.5.03.0001 RO, 6ª Turma, Public. 27.09.2010). Ao analisar situação fática diversa, o mesmo Tribunal também apontou solução digna de nota: “a imposição de participar em cultos religiosos configura evidente ofensa à liberdade do empregado eleger sua própria fé” (Recurso Ordinário nº 0146200-29.2008.5.03.0020 RO, 7ª Turma, Relª Desª Alice Monteiro de Barros, Public. 20.09.2010. DEJT, p. 172). Esses precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reforçam a ideia de que nem toda organização empresarial pode adotar uma tendência religiosa e, ainda que o faça, não poderia impor práticas religiosas a seus empregados.

53 *Op. cit.*, p. 163.

54 STC nº 5/81, de 13 de fevereiro. Vide comentários em CARDO, *op. cit.*, p. 22-23.

relação pode ser tratada como emprego na acepção jurídica do termo. Vem prevalecendo o entendimento de que “o vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena. A subordinação existente é de índole eclesiástica, e não empregatícia, e a retribuição percebida diz respeito exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso”⁵⁵. Em outras palavras, prevalece a liberdade de organização religiosa e o Estado não intervêm na demissão ou seleção de clérigos. É verdade, no entanto, que pode haver abuso da instituição religiosa que, no uso da palavra de Deus, busca apenas auferir lucro. Nessas circunstâncias, o TST vem reconhecendo a existência de vínculo trabalhista entre religioso e a instituição a que está ligado⁵⁶.

Como contraponto a esse entendimento, vale destacar que recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos da América avaliou a juridicidade da reclamação apresentada contra entidade religiosa, Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church, por demissão de Cheryl Perich, uma religiosa que exercia funções de professora na instituição, após ter ela apresentado um distúrbio físico (narcolepsia). Uma agência estatal americana havia processado a entidade religiosa por demissão discriminatória, mas a Suprema Corte afirmou que o processo não poderia ser conhecido, porque não caberia ao governo contradizer uma determinação religiosa sobre quem pode, ou não, ser ministro religioso. Considerou-se que a Sra. Perich, apesar de exercer funções também laicas, detinha uma função religiosa clara e, dessa forma, sua demissão era decisão

55 TST, AIRR – 74040-42.2005.5.05.0024, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 27.08.08, 7ª Turma, Public. em 05.09.08.

56 “TRABALHO RELIGIOSO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA IGREJA. RELAÇÃO DE EMPREGO CARACTERIZADA. AFASTAMENTO DA CONDIÇÃO DE PASTOR. SUBORDINAÇÃO, EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE METAS E SALÁRIO. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO. ART. 131 DO CPC. REEXAME DE FATOS E PROVAS VEDADO PELA SÚMULA Nº 126 DO TST. 1. A Lei nº 9.608/98 contemplou o denominado – trabalho voluntário –, entre os quais pode ser enquadrado o trabalho religioso, que é prestado sem a busca de remuneração, em função de uma dedicação abnegada em prol de uma comunidade, que muitas vezes nem sequer teria condições de retribuir economicamente esse serviço, precisamente pelas finalidades não lucrativas que possui. 2. No entanto, na hipótese, o Regional, após a análise dos depoimentos pessoais, do preposto e das testemunhas obreiras e patronais, manteve o reconhecimento de vínculo empregatício entre o Autor e a Igreja Universal do Reino de Deus, pois concluiu que o Obreiro não era simplesmente um pastor, encarregado de pregar, mas um prestador de serviços à igreja, com subordinação e metas de arrecadação de donativos a serem cumpridas, mediante pagamento de salário. 3. Assim, verifica-se que a Corte – *a quo* – apreciou livremente a prova inserta nos autos, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e indicou os motivos que lhe formaram o convencimento, na forma preconizada no art. 131 do CPC. 4. Nesses termos, tendo a decisão regional sido proferida em harmonia com as provas produzidas, tanto pelo Autor, quanto pela Reclamada, decidir em sentido contrário implicaria o reexame dos fatos e provas, providência que, no entanto, é inadmissível nesta Instância Extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido” (TST, RR – 19800-83.2008.5.01.0065, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 08.02.2012, 7ª Turma, Public. em 10.02.2012).

eclesiástica imune à intervenção estatal. Não caberia discutir sua reintegração, indenizações passadas, lucros cessantes ou danos morais⁵⁷.

Conquanto a jurisprudência também não desça a esse detalhe, a doutrina aponta a interessante questão do proselitismo religioso. O proselitismo significa pregar, isto é, discursar com o intuito de converter o ouvinte a fé do narrador. Mas a questão também envolve, em um grau mais profundo de discussão, condutas meramente simbólicas, como a utilização de vestimentas ou adereços de cunho religioso. Questiona-se, nesse sentido, se é possível ao empregado exercer o proselitismo em seu ambiente de trabalho no curso de sua jornada.

Há quem advogue que o proselitismo se encontra acobertado pela liberdade de expressão⁵⁸, mas não deixa de ter razão a doutrina que refuta essa possibilidade ao ver no proselitismo verbal uma fonte de conflitos interpessoais e de perturbação da paz⁵⁹. Deve-se estar atento para a circunstância de que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, além de assegurar o pluralismo de ideias no ensino e de regular o ensino religioso, veda quaisquer formas de proselitismo (art. 33). Assim, salvo um juízo de inconstitucionalidade dessa norma por violação à liberdade de expressão, é certo que professores empregados não podem pregar sua fé em sala de aula e, nessa linha de ideias, há motivo suficiente para estender esse mesmo entendimento a todas as outras formas de emprego.

7 – ESCUSA DE CONSCIÊNCIA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Interessa-nos, no entanto, discutir mais de perto o tema da escusa de consciência nas relações de trabalho. A escusa de consciência manifesta-se internamente em uma relação de trabalho quando o poder de direção do empregador impõe ao empregado a realização de tarefas que, segundo sua crença, são consideradas imorais.

Apenas para fins de contextualização, podem ser mencionados os exemplos relativos ao trabalho em dias consagrados, à celebração de casamentos homoafetivos, à realização de aborto, entre outros. As hipóteses concretas desse tipo de conflito são mais amiúde exploradas pela doutrina estrangeira, mas, aos poucos, passam a povoar nossas Cortes e fóruns.

57 565 U.S. January, 2012. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*

58 SANTOS Jr., Aloisio Cristovam dos. “Direitos Fundamentais, proselitismo religioso e contrato de emprego”. In: *Revista da Ajuris*, v. 37, n. 119, setembro de 2010, p. 11-38.

59 SILVA NETO, *op. cit.*, p. 158.

Em um esforço de direito comparado, vale ser mencionado um caso submetido à apreciação da Corte de Apelação em Londres, envolvendo a aplicação de escusa de consciência na prestação de serviços a casais homoafetivos. A Sra. Lillian Ladele, cristã, fora demitida após 15 anos de trabalho do emprego que detinha junto à prefeitura do Bairro de Islington, em Londres, porque se recusou, em afronta às regras de seu empregador, a realizar cerimônias civis para o casamento de casais homoafetivos. Sua função era equivalente a de uma tabeliã de registro civil, o que no Brasil seria tratado sobre a ótica do Direito Administrativo, mas as semelhanças são suficientes para justificar a comparação. A peculiaridade do caso é que a legislação daquele país só passou a permitir a união de pessoas do mesmo sexo após a contratação da Sra. Ladele. Ficou demonstrado que ela não se opunha a prestação de outros serviços a homossexuais, mas apenas que concebia a união civil como uma forma de casamento e daí sua dificuldade nesse particular. Outras duas pessoas haviam se oposto de forma similar, mas uma, muçulmana, demitiu-se e outra aceitou outras tarefas pelo mesmo salário. A Sra. Ladele foi avisada de que sua conduta poderia ser considerada negligência grave e, diante disso, ela expôs em carta seu dilema, a escolha entre a obediência a seus preceitos religiosos ou a seus deveres laborais, solicitando uma acomodação de suas tarefas. Também ressaltou que, sendo negra, pertencia a grupo minoritário. Ao rodízio de funções se opuseram outros registrários homossexuais e, ao final, ela foi demitida. Proposta a ação perante o Poder Judiciário com base em discriminação religiosa, seu pedido foi julgado procedente pelo Tribunal Trabalhista, mas improcedente pela Corte de Apelações Trabalhistas e finalmente pela Corte de Apelação. Esta última instância concluiu que ela não estava sendo tratada de forma diversa por conta de sua convicção, mas que apenas o empregador se recusou a acomodar sua diferença, não havendo, assim, discriminação. Considerou-se, além disso, que o objetivo do empregador não era meramente celebrar uniões civis, mas difundir uma cultura não discriminatória entre seus empregados, de modo que um meio razoável para o alcance desse fim é determinar a todos eles que celebrem a união entre pessoas do mesmo sexo. Afirmou-se que a objeção da Sra. Ladele não era central em vista de seus preceitos religiosos e que nada a impedia de realizar cultos da forma que melhor lhe aprouvesse. Em suma, a conduta da Sra. Ladele foi considerada discriminatória contra “gays”⁶⁰.

60 Conforme PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace* (August 3, 2011). University of New South Wales Law Journal, vol. 34, nº 1, p. 281-299, 2011; Sydney Law School Research Paper nº 11/44. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1904135>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

Com solução diversa, é comum observar leis de países que autorizam aborto, como a Espanha⁶¹ e a Austrália⁶² e, ao mesmo tempo, aceitam a escusa de consciência manifestada por médicos religiosos, acomodando estes profissionais em tarefas não contraditórias com sua fé.

Independentemente da forma em que tais conflitos vêm sendo solucionados no direito comparado, a abordagem do tema, para fins de direito pátrio, deve ser precedida por ponderações sobre os efeitos que um direito fundamental pode apresentar no campo dos contratos.

A inter-relação entre direitos fundamentais (e.g., a liberdade religiosa) e os contratos insere-se em um contexto maior, que vem sendo chamado “constitucionalização” dos ramos tradicionais do direito, como o laboral e privatista. Por constitucionalização a doutrina designa o fenômeno segundo o qual, cada vez mais, as relações jurídicas são vistas sob o prisma dos valores plasmados na Constituição Federal, notadamente da dignidade humana⁶³. Diz-se que a Constituição e suas normas irradiam efeitos pelos quatro cantos do ordenamento jurídico em busca da maior efetividade possível.

O principal aspecto desta discussão é a eficácia dos direitos fundamentais para além da esfera estatal de forma a permear internamente as relações jurídicas existentes entre particulares. A partir da experiência germânica tem-se generalizado entre nós, nas últimas décadas, a aceitação da ideia de que os direitos fundamentais detêm eficácia no âmbito dos contratos, no que a doutrina designa por “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (“drittwirkung”)⁶⁴.

Essa visão constitucionalista sobre o problema contratual (notadamente no campo do direito privado) inova menos do que ordinariamente se imagina⁶⁵.

61 Tribunal Constitucional Espanhol, STC nº 53/85, de 11 de abril.

62 *Idem*, p. 299.

63 Confira-se, nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e direito civil*. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

64 Uma correta compreensão desse tema não é possível sem uma análise da obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006. Vide, ainda, SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

65 Pensamos, no entanto, que o tema não é novo. John Stuart Mill afirmava, no séc. XIX, que o estudo da liberdade sempre esteve envolto na luta contra a tirania. “Com liberdade se queria dizer proteção contra a tirania dos governantes políticos” (Da Liberdade. *Apud* MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 382). A liberdade, na visão de Mill, passou a ser assegurada de duas formas: (i) com o reconhecimento de certas imunidades, chamadas ‘liberdades políticas’, que, se violadas pelo governante, poderiam legitimamente ensejar a rebelião geral; (ii) passou-se exigir consentimento da comunidade ou de seus representantes para a prática de certos atos do poder governante. Ao longo do tempo, ficou claro que os governantes não deveriam ser

À dignidade humana corresponde um direito geral de personalidade. O rol de direitos humanos encontra correspondência, na esfera particular, no direito de personalidade. E, como ressaltava o insuperável Orlando Gomes, “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”⁶⁶. Os constitucionalistas preocupam-se em justificar a eficácia privada dos direitos fundamentais quando bastaria vê-los como efetivamente são: faculdades humanas essenciais à existência. Antes de consentir, através de um hipotético contrato social, com a formação do Estado, somos todos senhores de nós mesmos e só cabe ao indivíduo decidir a respeito de sua própria existência. Diversas liberdades públicas há tempos são concebidas como faculdades inerentes ao ser humano, oponíveis contra todos, contra o Estado e outros particulares. A própria salvaguarda da liberdade religiosa revela que, antes do constitucionalismo moderno, as minorias buscavam resguardar seu campo de atuação contra a opressão majoritária. Apenas um apego excessivo ao positivismo jurídico justificava a visão do elenco de direitos fundamentais como faculdades cuja existência dependia de previsão expressa e cuja oponibilidade voltava-se apenas contra um ou alguns entes.

De qualquer forma, no que é relevante para o presente estudo, é correto afirmar que, a partir do papel central que a dignidade humana e os direitos de personalidade (ou fundamentais, como se queira) passaram a assumir no campo das relações privadas, algumas praxes passaram a ser repensadas e certos conflitos ganharam um novo colorido. Isso porque o efeito primeiro dessa linha de pensamento, que preconiza a eficácia dos direitos humanos sobre a esfera particular, é autorizar a revisão de pactos contratuais, com nulidade de cláusulas e vedação de práticas lesivas, dando azo à intervenção judicial no contrato.

Repensar institutos seculares sobre nova ótica sempre traz resultados positivos, mas há que se ponderar se daí também não podem advir exageros. A festejada constitucionalização não pode ser vista como um instrumento de homogeneização dos diversos ramos do direito, de mitigação do papel do legislador

limitados; ao contrário, eles deveriam espelhar a vontade da nação e aí a nação não precisaria ser protegida contra sua própria vontade. Com a vitória da democracia na maior parte das nações, percebeu-se que a vontade não era da nação, mas da maior parte do povo. “Por conseguinte, o povo pode desejar oprimir uma parte de sua multidão” (idem, p. 383). “Portanto, a limitação do poder do governo não perde nada de sua importância quando os donos do poder devem prestar contas regularmente para a comunidade, isto é, para o grupo mais forte nela (...)” (idem). Daí a razão pela qual aquele autor fala abertamente em “tirania da maioria”, que não se exerce apenas por meios formais, mas também por outros meios informais, no seio da própria sociedade. Nesse ponto, fica clara que a limitação deve ser exercida contra o Estado e contra esse poder extraestatal, ou seja, contra outros particulares.

66 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135.

ordinário e de desconstrução da norma-regra em favor de uma vaga e incerta principiologia⁶⁷. A Constituição Federal é apenas o topo do ordenamento, mas não o substitui por completo. Ainda há diferenças essenciais entre o direito privado e o público. Isso porque todo o direito privado assenta-se sobre o primado da liberdade e, ainda que a dignidade humana possa ter um caráter multifacetado, servindo a diversas linhas de argumentação, é certo que, por serem dignas, as pessoas não podem ser tratadas como objetos tampouco estar sujeitas ao arbítrio legal ou judicial. A primeira e principal eficácia do princípio da dignidade é, portanto, resguardar-nos a todos de intervenções indevidas de terceiros e dos entes estatais. A dignidade humana reforça, e pouco contrasta, a autonomia. O reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares é um belo exemplo de como a dignidade humana pode assegurar e ampliar a liberdade particular. O Supremo Tribunal Federal, ao entender que a união entre pessoas do mesmo sexo detém dignidade, impôs ao sistema jurídico o dever de tratá-la como entidade familiar e, dessa feita, vedou qualquer tratamento discriminatório por parte do Legislador, do Executivo e do Judiciário. Em outras palavras, resguardou-se, em nome da dignidade, a liberdade na constituição de famílias.

Sem negar a eficácia da liberdade religiosa no campo das relações privadas, é preciso deixar claro que ainda há campo para o exercício da autonomia privada e, nesse sentido, uma manifestação de vontade deve, em princípio, vincular as partes contratantes.

Por isso, não há espaço para escusas de consciência quando, no ato de contratar, o empregado tinha conhecimento de exigências profissionais que lhe impingiriam dilemas morais. O empregado contratado para trabalhar aos finais de semana, ciente desta particular exigência, não pode negar-se a cumprir diretivas do empregador e tampouco solicitar-lhe prestação alternativa⁶⁸.

67 Luis Roberto Barroso, um dos principais arautos da constitucionalização, frisa que esse é um movimento positivo porque proporciona maior potencial de realização dos direitos fundamentais, mas não deixa de frisar os riscos de uma “constitucionalização excessiva”, a saber: (i) esvaziamento do poder das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária; (ii) “decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais”. Daí entender que, “em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções referidas acima, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral: (i) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente; (ii) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria” (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 392-393).

68 Em sentido análogo, vinculando o religioso a suas escolhas prévias, confira-se interessante julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que negou abono de faltas a aluno que, podendo matricular-se em curso diurno, opta pelo noturno e, assim, coloca-se em situação de dificuldade

Diversa é, no entanto, a situação do empregado que, ao longo de sua carreira, adquire novas funções, como no caso inglês da Sra. Ladele, ou que se torna devoto à determinada fé. Sobre essa última circunstância, qual seja, a conversão a uma determinada fé durante o trabalho, há interessante exemplo em nossa jurisprudência, ainda que enfrente timidamente a questão religiosa. Chegou ao conhecimento do TST, no Recurso de Revista nº 1885300-38.2008.5.09.0028, Relator Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, Jul. em 30.06.2010, 8ª Turma, Public. 30.07.2010, litígio em que o empregador insurgia-se contra a reversão de demissão por justa causa em dispensa imotivada. A reclamante havia sido admitida para trabalhar aos sábados inclusive, mas posteriormente aderiu à fé da Igreja Batista, que guarda como santo aquele dia da semana⁶⁹. A partir de então, o empregador avisou-a de que folgas aos sábados seriam concedidas na medida do possível. Após diversas ausências e notificações, foi ela demitida por justa causa. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão mantido pelo TST, considerou que a reclamante não incorreu em desídia ou negligenciou obrigações contratuais ao faltar injustificadamente ao serviço em dias de sábado, pois sua escala de serviço “foi alterada sempre que possível”

para a frequência em dias de guarda. Confira-se: “ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ENSINO. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE CRENÇA (ART. 5º, VIII, DA CF/88). ADVENTISTA DO 7º DIA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DE FALTAS. NORMA GERAL APLICÁVEL A TODO O CORPO DISCENTE. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO ENTRE O CURSO DIURNO OU NOTURNO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DECURSO DE TEMPO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. MODIFICAÇÃO DESACONSELHÁVEL. 1. A jurisprudência desta Corte adota entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, VIII) assegura a liberdade de crença como direito individual do cidadão, sob a condição de que não ofenda o interesse público, ou seja, que não seja ele invocado para a isenção de obrigação legal a todos imposta e a recusa de cumprir prestação alternativa prevista em lei. (Cf. TRF da 1ª Região, AG 2001.01.00.050436-4/PI, Segunda Turma, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ 09.09.02, e AMS 1997.01.00.040137-5/DF, Sexta Turma, Juiz Souza Prudente, DJ 28.09.01.) 2. A imposição de frequência mínima às aulas por parte da impetrada, sob pena de reprovação, é uma norma geral, aplicável a todos os alunos que compõem seu corpo discente, independentemente da religião que professam, não se caracterizando como violação a direito líquido e certo do impetrante. Dessa forma, não há ofensa à liberdade de crença. 3. Visando a seguir os postulados de sua religião e ciente das proibições que ela lhe traz, o impetrante poderia ter optado pela inscrição em curso diurno ou requerido a alteração da matrícula para esse período, razão por que não se pode creditar à faculdade o impedimento de frequência às aulas de sextas-feiras e sábados. 4. Não havendo nenhum prejuízo a terceiros ou ofensa ao interesse público, com o cancelamento das faltas atribuídas nas sextas-feiras e sábados e a oferta de tarefas escolares alternativas, é desaconselhável a desconstituição de situação de fato consolidada há mais de 6 (seis) anos, por força de decisão judicial, em virtude da possibilidade de serem causados danos irreparáveis ao estudante. (Cf. STJ, ERESP 143.991/RN, Primeira Seção, Min. Eliana Calmon, DJ 05.08.02; REsp 201.453/RN, Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ 17.06.02, e RESp 388.879/DF, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ 15.04.02.) 5. Apelação parcialmente provida, resguardados os fatos consolidados já ocorridos. Remessa oficial prejudicada” (TRF da 1ª Região, 1ª Turma Suplementar, AMS 1997.01.00.006643-4/RO, Relator Juiz João Carlos Mayer Soares, DJ p. 96 de 20.03.03, julgado em 25.02.03).

69 Para interessante abordagem sobre o descanso semanal remunerado e seu aspecto religioso, vide SORIANO, *op. cit.*, p. 130 e ss.

existindo aí “evidente compromisso do empregador em ajustar a escala da Autora sempre dentro das possibilidades”. Daí ter sido considerada desproporcional a dispensa por justa causa.

Naturalmente este precedente não responde a questão central do problema, isto é, saber se o empregador está obrigado a ajustar o contrato simplesmente pelo fato de o empregado, posteriormente à contratação, ter aderido de forma sincera a uma fé específica. Alguns precedentes do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região afastam essa possibilidade. Confira-se a título exemplificativo a seguinte decisão:

“JUSTA CAUSA. FALTAS AO TRABALHO AOS SÁBADOS. LIBERDADE RELIGIOSA. Tendo a empregada laborado habitualmente aos sábados, antes da conversão para atual religião, somente por acordo bilateral se admitiria alteração do clausulado para liberá-la do trabalho nesses dias. As obrigações decorrentes do contrato de trabalho emergem de livre pactuação das partes, de modo que, não havendo mais o interesse da empregada em manter a prestação de serviços naqueles moldes, lhe é facultado, a qualquer momento, rescindir o contrato. A manutenção por parte da reclamada do trabalho aos sábados não importa em violação à liberdade de crença religiosa, por não se configurar em medida privativa de direito. A garantia fundamental à liberdade de crença presta-se a eximir o cidadão de obrigações legais contrárias às suas convicções religiosas, mas não para exonerá-lo do cumprimento de obrigações por ele mesmo contraídas. A recusa da empregada em trabalhar aos sábados, ocasionando faltas reiteradas, enseja a aplicação de justa causa, nos termos do art. 482, *h*, da CLT. Recurso da autora a que se nega provimento.” (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário, Origem: 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul/SP, Rel. Juiz Rilma Aparecida Hemérito, 10ª Turma, public. 27.10.09)

Na Espanha, o Tribunal Constitucional negou a escusa de consciência para justificar descanso em dias diversos do domingo. O empregador não estaria obrigado a realizar, contra sua vontade, adaptações organizativas para garantir o respeito às convicções do trabalhador. Nenhum trabalhador poderia forçar o empregador a alterar o que fora pactuado. O descanso aos domingos teria superado sua origem confessional e se converteu em tradição, vinculando-se ao acervo cultural. A escolha deste dia não seria, outrossim, uma imposição jurídica, mas a regra geral ordinariamente negociada entre as partes⁷⁰.

70 STC nº 19/85, de 13 de fevereiro. Vide abordagem detalhada em CARDO, *op. cit.*, p. 33.

Em que pese a relevância dos precedentes mencionados, essa não nos parece ser, com as mais respeitadas vênias, a melhor solução. Sem dúvida, o empregado, no exercício de sua liberdade religiosa, pode aderir a um novo credo e, a partir de então, apresentam-se-lhe conflitos de ordem ético-jurídica a justificar uma adequação. A celebração de um contrato de trabalho não supõe, naturalmente, que o empregado seja privado de suas liberdades fundamentais⁷¹. Além disso, os contratos de empregos têm, em regra, longa duração, o que exige das partes maior empenho colaborativo, tal como preconiza a boa-fé objetiva. A admissão da objeção de consciência nas relações laborais representa respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. Negar essa faculdade é dificultar o acesso de grupos sociais específicos ao mercado de trabalho⁷², estimulando a disseminação de uma monocultura laica em detrimento de um pluralismo religioso⁷³. Por isso, é razoável que os empregados sejam tratados, em situações análogas, de forma desigual na medida de suas diferenças religiosas.

É verdade que a solução afirmativa para a escusa de consciência, na situação ora sob análise, pressupõe a possibilidade fática de acomodação pelo empregador de sua equipe de trabalho. Ocorre que a substituição dos dias de descanso nem sempre será possível em razão da função exercida na empresa ou da ausência de empregados substitutos. Não se pode impor a colaboração em boa-fé a custos excessivos para o empregador.

8 – CONCLUSÃO

Essas parecem ser as principais controvérsias a respeito da tensão existente entre direito e religião, Estado laico e sociedade plural, obrigatoriedade da lei e escusa de consciência, entre força vinculante do contrato do trabalho e liberdade religiosa. O panorama ora empreendido procurou demonstrar, quase no sentido aristotélico de Justiça, que essas contendas não clamam por soluções extremas, radicais ou isolacionistas. Ao contrário, a harmonização de interesses e colaboração parece estar mais em linha com a inclusão necessária ao processo democrático e com a estabilidade social de longo prazo. As ideias aqui lançadas não esgotam o tema, e nem poderiam, dada a exiguidade de espaço própria de um artigo acadêmico, mas têm a pretensão de colaborar para o debate que, certamente, ainda muito evoluirá entre nós.

71 Na mesma linha, vide CARDO, *op. cit.*, p. 18.

72 Nesse sentido, vide SORIANO, *op. cit.*, p. 143.

73 Em sentido análogo, vide PARKINSON, *op. cit.*, p. 298.

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, Farrah. *Personal Autonomy and the Option of Religious Law* (September 12, 2009). International Journal of Law, Policy and the Family, 2010; Oxford Student Legal Studies Paper n. 12/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1504788>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 392-393.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006.

CARDO, Ivan Antonio Rodriguez. “La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del tribunal constitucional español”. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Ano 5, n. 15, abr-jun, 2011, p. 17-39.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

CUNHA, Bruno Santos. “Estado e Religião: implicações da laicidade do Estado nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. In: *Revista Jurídica*. Brasília, vol. 11, n. 93, fev./maio 2009, p. 1-29. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-11-n-1-fev-maio-2009/menu-vertical/artigos/artigos.2009-06-26.3557485283>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura – Um conceito Antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTR, 1996.

PARKINSON, Patrick. *Accommodating Religious Beliefs in a Secular Age: The Issue of Conscientious Objection in the Workplace* (August 3, 2011). University of New South Wales Law Journal, vol. 34, n. 1, p. 281-299, 2011; Sydney Law School Research Paper n. 11/44. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1904135>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

SANTOS Jr., Aloisio Cristovam dos. “Direitos Fundamentais, proselitismo religioso e contrato de emprego”. In: *Revista da Ajuris*, v. 37, n. 119, setembro de 2010, p. 11-38.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DOUTRINA

SMITH, Steven Douglas. *The Paralyzing Paradox of Religious Neutrality* (August 17, 2011). San Diego Legal Studies Paper n. 11-060. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911399>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TAVARES, André Ramos. “Religião e neutralidade do Estado”. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, jan. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28957>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y 'la política del reconocimiento'*. Comentários de Amy Gutmann, Steven C. Rockefeller, Michael Walzer e Suzan Wolf. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e Direito Civil*. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

WITTE, John and NICHOLS, Joel A. *Faith-Based Family Laws in Western Democracies?* (2010). IN *Fides et Libertas: The Journal of the International Religious Liberty Association*, p. 119-132, 2010; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper n. 11-09; Emory Public Law Research Paper n. 11-160. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1805304>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

ASPECTOS HISTÓRICOS E IDEOLÓGICOS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

Cezar Britto*

I – INTRODUÇÃO

A caracterização do Direito ao Trabalho como princípio fundamental inerente à dignidade da pessoa humana é fruto do eterno aperfeiçoamento do conceito de humanidade. Direito ao Trabalho e humanidade fazem parte, nesta linha de caminhada, da mesma trilha evolutiva do ser humano enquanto razão de ser da política de Estado. Assim, não se tem dúvida de que história democrática de um povo tem íntima relação com os mecanismos de controles sociais sobre o Direito ao Trabalho e à forma em que é regulada ou autorizada a sua defesa enquanto princípio fundamental. Neste sentido, tem razão Francisco Guillén Landrián quando registra que o “Derecho Laboral está estrechamente vinculado con la base económica de la sociedad y, en consecuencia, los cambios en ésta repercuten rápidamente en aquél, haciéndolo muy dinámico”¹. Eis, assim, o motivo da opção pela análise do Direito ao Trabalho através do seu viés histórico-ideológico. Os condicionamentos externos e internos que influenciaram e influenciam a forma em que está estruturado o Direito ao Trabalho, o Direito do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho são os aspectos destacados neste esboço. Socorro-me, para isso, também em Cappelletti, quando afirmou que “razões e condicionamentos sociais e culturais, em determinado contexto histórico, estão e operam na norma e na instituição, na Lei e no ordenamento, e também na interpretação e em geral na atividade dos juízes e dos juristas”².

Esclarecidos os pontos iniciais, cuidará o presente estudo em estabelecer, em apertada síntese, a visão de um intérprete social que não se pretende detentor de qualquer verdade, histórica ou jurídica, sobre o tema. O Direito ao Trabalho, o Direito do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho são apresentados aqui

* Advogado.

1 LANDRIÁN, Francisco Guillén. *La codificación del Derecho Laboral en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987, p. 7.

2 CAPPELLETTI, Mauro. *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, P. Prade (RBDP, 53/135).

apenas sob um óculo. Enxergar-se-á o Direito ao Trabalho como um princípio fundamental e inserido no contexto de direito inerente à pessoa humana, enquanto o Direito do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho como sendo os arcabouços normativos destinados a regular este direito tido como fundamental. O Direito ao Trabalho como princípio a ser buscado e regulado pelo Direito do Trabalho, como fenômeno individual ou coletivo.

Registro, em consequência do exposto, que este estudo não tem a pretensão da imparcialidade. Aliás, acredito ser atributo inerente à natureza humana analisar os fatos que surgem diante do seu olhar, através dos seus conceitos, preconceitos, concepções, verdades aprendidas ou doutrinadas ao longo da sua vida. Neste contexto, a abordagem aqui registrada é semelhante ao depoimento de uma testemunha que dedica parte de sua atuação profissional à defesa dos movimentos sociais e dos trabalhadores brasileiros. Ela certamente está viciada pelos meus vícios conceituais e, também, pela minha compreensão do que entendo existir de “verdade histórico-ideológica” no tratamento do Direito ao Trabalho como fonte de direito, poder, riquezas e *status*. Tenho defendido que esta verdade interfere diretamente nas relações políticas, conceituais e normativas do Estado para com os trabalhadores, assim como nas relações entre estes, suas entidades organizativas e a classe patronal. E exatamente esta “verdade histórico-ideológica” a razão primeira do nascimento de uma legislação que reflete um Direito do Trabalho deficiente e excludente da participação ativa das organizações sindicais, refletida, inclusive, em diversas decisões judiciais. Penso, por fim, que se conhecendo o papel do Direito ao Trabalho igualmente se compreenderá o papel destinado pelo Estado ao Direito do Trabalho, assim como ao Direito Coletivo do Trabalho. E não poderia ser diferente, pois, todos, são faces de uma mesma temática que se interligam e, paradoxalmente, se diferenciam.

II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na fase embrionária do Direito ao Trabalho, com algumas poucas variações entre povos e épocas, o ato de trabalhar era tarefa dedicada, histórica e sucessivamente, aos escravos, aos servos, aos integrantes das corporações de ofício ou aos párias de uma sociedade excludente e fundada na certeza da supremacia divina de alguns nobres segmentos sociais, na força econômica de abastados senhores das riquezas ou no poder das armas. As guerras, sempre abundantes nos vários rincões do planeta, não eram realizadas apenas para alimentar egos, conquistar territórios ou acumular riquezas materiais. Guerreavam-se, também, para conquistar escravos destinados à construção dos

sonhos e ambições translocados dos chefes tribais, dos reis e dos governantes da ocasião, e, concomitantemente, sequestrar mulheres para o sexo e a procriação de novas crias servis. Os vencidos eram partilhados entre os vencedores no mesmo patamar de coisa apropriada e destituída de direitos. As tidas maravilhas do mundo antigo, por exemplo, foram construídas através desta insana lógica em que homens se julgavam no direito de subjugar outros homens. Castelos, territórios, feudos e outras fortalezas eram construídos e mantidos através da coisificação da pessoa humana. Nesta mesma lógica insana, a escravidão pela cor se perpetuou séculos depois, tornando-se, inclusive, um direito plenamente aceitável, até mesmo para as instituições religiosas, especialmente a Igreja Católica, que também se faziam proprietárias de seres humanos. Certamente por isso se excluía do conceito de crime ou pecado a coisificação do trabalho humano, mesmo porque, segundo se pregava à época, os índios, as mulheres e os negros não foram aquinhoados com o sacro atributo da alma.

A ideia da dominação humana, como direito divino ou legitimado pela força, sofreu forte abalo com a Independência dos Estados Unidos da América e, logo a seguir, com a Revolução Francesa. As duas influenciaram decisivamente o pensamento daquela geração, fazendo com que se guilhotinassem a afirmação de que determinadas pessoas, aquinhoadas com títulos de nobreza e privilegiadas pelo atributo genético do sangue azul, tinham o legítimo direito de se apropriar dos sonhos e dos destinos das pessoas nascidas sob os seus respectivos domínios patrimoniais. Os dogmas excludentes, absolutistas e hierarquizados passavam a ser contestados por expressões como liberdade, igualdade e fraternidade. Nos EUA se estabeleceu o conceito de democracia representativa, não mais se falando em hereditariedade no comando do poder político. Na França, o poder popular, mostrando-se vanguardista e revolucionário, ousou condenar à morte a nobreza e o clero que justificavam a dominação.

As duas revoluções, no entanto, não se aprofundaram na modificação do conceito de trabalho como coisa a ser apropriada pelo detentor das riquezas e das armas. As novas classes que ascenderam ao poder, vitoriosas nas revoluções que patrocinaram, não promoveram a igualdade social que tanto se pregava. A perda do sangue azul no comando da política não implicou na imediata mudança de mentalidade em relação ao direito a um trabalho decente e fraterno. A exploração continuou com outros nomes e formas, na medida em que a cor do sangue era substituída pelo dourado da riqueza. Os EUA, por exemplo, mantiveram intacta e legalizada a escravidão pela cor como alicerce da sua economia. Os franceses, após os agitados anos revolucionários, fizeram dos burgueses os novos e exclusivos senhores do poder, não permitindo que a movimentação da pirâmide social fosse compartilhada pelos populares que

aplaudiram a simbólica queda da Bastilha. Neste cenário, o Direito ao Trabalho, embora com o embrião da remuneração, continuou compreendido como coisa a ser apreendida, permitindo, em consequência, que o novo mandatário se tornasse o proprietário absoluto dos sonhos e dos destinos das pessoas que trabalhavam para produzir as riquezas e bens consumidos pela comunidade.

O conceito de trabalhador enquanto sujeito de direito se torna mais consensual a partir de outra movimentação social, mais notadamente com o advento da Revolução Industrial. Tornou-se hegemônica a afirmação de que o Direito do Trabalho nasceu com o surgimento das máquinas, das suas indústrias e a da massificação da mão de obra que se aglutinava em torno do novo método de produção de riquezas. O século XIX é marcado, pela primeira vez, pela necessidade de se criar uma efetiva legislação que regulamentasse esse novo fenômeno que surgia como moderna forma de exercício de poder político e econômico. Neste clima de efervescência social e consolidação de riquezas, um novo Direito do Trabalho começou a ser teorizado, fazendo com que a luta pelo Direito ao Trabalho com princípio fundamental também provocasse o surgimento do Direito Coletivo do Trabalho. Em 1824 surgiu na Inglaterra uma lei reconhecendo a existência dos sindicatos. Na França, em 1864, editou-se diploma referente ao direito de greve. Na Itália, em 1883, aprovou-se norma legal concernente aos acidentes do trabalho, enquanto que, na Alemanha, em 1884, também foi aprovada lei referente aos acidentes de trabalho.

Não obstante o iniciar de uma nova visão sobre o Direito ao Trabalho, a exploração sobre a embrionária classe trabalhadora ainda era visível, generalizada e cruel. A coisificação do trabalho ainda estava presente na compreensão de um mundo centrada na lógica da acumulação de poder e de riquezas materiais. Não estava revogada a secular e preconceituosa compreensão de que trabalhar era atributo dos miseráveis, dos desvalidos e dos desafortunados pela sorte. Não chocava à sociedade dominante a simples constatação de que a jornada de trabalho, quando mais branda, tinha início com o nascer e término ao pôr do sol, bem assim que crianças e mulheres laboravam em condições absolutamente insalubres, perigosas e análogas à condição de escravidão. Não sensibilizava a exploração assumida, os acidentes de trabalho corriqueiros a devorar vidas, a miséria aceita como inexorável e a fome que se espalhava nas ricas unidades fabris. Reação esboçava apenas quando o descontentamento da classe trabalhadora se fazia perceptível através de revoltas, greves e contestações coletivas. Neste momento de contestação, a questão social insurgente era tratada como mero caso de polícia, em que se reprimiam duramente movimentos reivindicatórios e ações relacionadas à defesa ou à criação de novos direitos para a classe trabalhadora. Nesta primeira etapa de reação, ainda não

havia um claro confronto ideológico, apenas repressão política/policial, como a que ocorrera no dia 1º de maio de 1886 – originando o Dia Internacional do Trabalhador – por ocasião da greve que aglutinou mais de cento e oitenta mil trabalhadores de Chicago (EUA), fazendo resultar em seis trabalhadores mortos e mais de cinquenta feridos. Também ilustra esta fase o dia 8 de março de 1857, quando do cruel massacre das trabalhadoras nova-iorquinas, assassinadas porque exigiam trabalho digno, não sem razão posteriormente transformado no Dia Internacional da Mulher pela II Conferência Internacional das Mulheres Socialistas em Copenhague, Dinamarca, em 1910.

Com a modificação das relações de trabalho, o aumento da consciência de classe e a luta pela própria valorização do trabalho como fator gerador de riquezas, o século XIX também passou a vivenciar o nascimento de mais um movimento que influenciou decisivamente na concepção do Direito ao Trabalho. Agregou-se, com ele, um novo conceito ao efervescente conflito Capital x Trabalho, agora de conteúdo nitidamente revolucionário. Nesta fase – ainda apontada como utópica – o Trabalho passava a ser considerado como fonte direta de poder político a ser exercido pelo próprio trabalhador. O Direito ao Trabalho, nesta inovadora concepção, não mais seria um princípio fundamental a ser reivindicado pelas organizações dos trabalhadores, mas, sobretudo, o próprio poder em si mesmo. Apropriar-se do trabalho significaria também dizer se apropriar do poder. Era a época do surgimento de propostas de uma sociedade mais justa e igualitária, sem qualquer exploração de classe. Este novo movimento revolucionário faz crescer e proliferar várias propostas de um mundo mais justo e equilibrado. No embrião desta inquietude social pensadores como Thomas More, Saint-Simon, Robert Owen e Charles Fourier ousavam falar em sociedade socializada da produção e distribuição das riquezas. Jean-Christian Petitfils apontou o ano de 1848 como o verdadeiro marco divisor das concepções socialistas do trabalho, pois “nos anos que se seguirão, com o desenvolvimento do capitalismo industrial, o nascimento de um verdadeiro proletariado operário, o socialismo sairá dos balbucios da infância. Ele sofrerá, sobretudo, uma transformação decisiva, deixando de ser um sistema conceptual, criado pelo cérebro de alguns teóricos inspirados, para deitar raízes nos combates quotidianos. Dentro de um pouco, será a época do mutualismo prodhoniano, do marxismo, da anarquia, que desenvolverão em detrimento do socialismo idealista dos profetas barbudos”³.

E, de fato, com as teorias anárquicas marxistas o Direito ao Trabalho ganhou outra dimensão, passando a ser considerado como elemento decisivo

3 PETITFILS, Jean-Christian. *Os socialismos utópicos*, Zahar Editores, 1978, p. 128.

para a conquista de uma nova postura ideológica, mais política e incisiva. Com elas, o controle sobre o Trabalho pelos próprios trabalhadores tornou-se o contraponto ao acúmulo de riquezas e à crescente desigualdade social. É evidente que não havia consenso sobre as diversas propostas socialistas então em discussão. Mas também não havia dúvida de que todas apontavam que a origem da riqueza dos capitalistas e a inversamente proporcional pobreza dos trabalhadores decorriam da apropriação por aqueles dos meios de produção. Este consenso foi bem sintetizado por Marta Harnecker e Gabriela Uribe, segundo as quais “a existência de ricos e pobres é sempre o resultado da exploração, do fato de um pequeno grupo, por ser proprietário dos meios de produção, se apropriar do trabalho da grande maioria, que não possui os meios de produção”⁴.

As teorias revolucionárias se espalhavam rapidamente. Apropriar-se dos lucros advindos de seu próprio trabalho passou a ser a atrativa proposta de ação de todas as correntes socialistas, ainda mais quando esta ação significava a completa exclusão do capitalista de qualquer sistema produtivo. A ideia de que o trabalho deveria gerir riquezas apenas para quem o produzisse era a incendiária palavra de ordem. O Direito ao Trabalho, assim, compreendido, chegava ao seu maior momento valorativo, não mais sendo destinado a escravos ou servos. O Direito ao Trabalho passava a ser o início, o meio e o fim de uma mesma sociedade. Mais ainda, Marx e Engels – que influenciaram majoritariamente o pensamento revolucionário da luta pelo fim do Mundo do Capital – pregavam que a classe operária para alcançar os seus objetivos necessitava se unir em sindicatos, associações e mesmo num partido político engajado. Eles não tinham dúvidas, ainda, quanto ao papel revolucionário e exclusivo da classe operária, como fez constar expressamente no Manifesto Comunista que “de todas as classes que hoje se defrontam com a burguesia, apenas o proletariado é uma classe verdadeiramente revolucionária. As outras classes decaem e por fim desaparecem com o desenvolvimento da grande indústria; o proletariado, pelo contrário, é o seu produto mais autêntico”. Aliás, a ideia de uma luta operária internacional se tornou presente em todas as correntes, tanto é assim que Marx, já em julho de 1847, propôs e fez aprovar a modificação do *slogan* da “Liga dos Justos”, que passou a ser “Proletariado de todo o mundo, uni-vos”, em substituição a “todos são irmãos”. Mais tarde esta proposição se tornou peça fundamental no “Manifesto do Partido Comunista de 1848”, quando repetiu que “os proletários nada têm a perder, a não ser as suas próprias algemas. Têm um mundo a ganhar. Proletários de todos os países, uni-vos”.

4 HARNECKER, Marta; URIBE, Gabriela. *Exploração Capitalista*. Ed. Global, 1979, p. 70.

DOCTRINA

A proposta de união de todos os trabalhadores do mundo contra a burguesia se tornou efetiva em setembro de 1864, com a formação da Primeira Associação Internacional de Trabalhadores, mais tarde conhecida como a Primeira Internacional. A Primeira Internacional reuniu quase todos os pensamentos revolucionários, desde os anarquistas de Proudhon e Bakunin até os comunistas de Marx e Engels. Após a Primeira Internacional Socialista a ação revolucionária passou a ter papel prioritário na luta por uma sociedade sem a exploração capitalista. E mesmo não havendo consenso no que se refere ao meio prioritário para atingir a futura sociedade sem classe, os socialistas não divergiam quanto a três formas de ação revolucionária: a) a unir a classe operária em torno do mesmo projeto societário; b) exclusividade da classe operária na condução da luta; e c) internacionalização das lutas da classe trabalhadora.

O movimento operário crescia e se fortalecia na certeza de que a revolução socialista um dia triunfaria sob o comando exclusivo da classe trabalhadora, fazendo agitado o clima político-sindical do final do século XIX e do início do século XX. Fornecia-se, como em nenhuma outra época, um ambiente revolucionário que agregava e estimulava outras lutas, a exemplo da ação contra o preconceito de classe, de sexo, de cor ou de religião. Não sem razão as mulheres emancipadas e os judeus foram ativistas empolgados e atuantes nos grupos de reivindicação oriundos do socialismo. Corretamente Eric J. Hobsbawm apontou que “talvez estes movimentos não dessem aos direitos desses grupos uma prioridade tão exclusiva quanto seus defensores podiam ter desejado, mas eles não só os defendiam como também emprendiam campanhas ativas em seu favor, como parte da luta geral pela Liberdade, Igualdade e Fraternidade – lema que os primeiros movimentos socialistas e operários herdaram da Revolução Francesa – e pela emancipação dos homens. A luta contra a opressão social subentendia a luta pela liberdade”⁵.

Buscando transformar em prática a teoria socialista, no dia 18 de março de 1871, na cidade de Paris, o movimento operário e socialista ousou estabelecer um governo revolucionário e autônomo na aristocrática capital francesa. Acreditavam que implantaria a cobiçada democracia popular e direta, logo assegurada com medidas avançadas para a época, a exemplo da separação entre o Estado e a Igreja, além da abolição do trabalho noturno dos padeiros, criações de cooperativas e uma ampla reforma do ensino. A Comuna de Paris, como ficou conhecido o movimento, marcou profundamente o pensamento socialista, mesmo que tenha sobrevivido por apenas setenta dias. No exato entender de E. J. Hobsbawm “foi a primeira revolução proletária, o primeiro

5 E. J. HOBBSAWM, *Revolucionários*, Ed. Paz e Terra, 1982, p. 15.

regime na história a empreender a construção da ordem socialista, prova não só da profundidade das contradições do capitalismo, que provocaram guerras e crises, mas também da possibilidade – da certeza – de que a revolução socialista triunfaria. Foi o começo da revolução mundial, o começo de um mundo novo”. A Comuna de Paris, na visão do francês André Ribard, estabeleceu provisoriamente um “Estado popular, organizado pelos diversos elementos do trabalho, intelectuais, operários, comerciantes, empregados apregoando a principal obra da Comuna – o Estado burguês, instrumentos dos financeiros, não é mais de toda eternidade, como foram antes dele o Estado Romano, o Estado Feudal e o Estado Monárquico”, e conclui, com perfeição, que se pode “dizer que o ato fundamental da Comuna era a sua própria existência; quaisquer que possam ter sido os seus erros, ela abria caminho para o futuro, chamando os operários a se governar por si mesmos. Eles mostraram o que podiam”⁶.

As propostas socialistas, especialmente aquelas defendidas por Marx triunfaram, atingem o clímax com a Revolução de Outubro de 1919 (novembro, no calendário ocidental), especialmente quando, em uma de suas primeiras medidas, determinou a “abolição da propriedade privada dos meios de produção”⁷. A ideia de uma ditadura imposta pela classe operária se fazia simultaneamente atraente e assustadora no mundo capitalista. O ambiente revolucionário internacional tomou fôlego nos países capitalistas, assustando-os. Não poderia ser diferente, afinal, a proposta da classe operária de conquistar, com exclusividade, o topo da pirâmide de poder deixava de ser mera utopia ou sonho quimérico de idealistas desfocados da realidade histórica. Agora os trabalhadores eram movidos por uma ideologia pragmática, visível e plenamente alcançável no presente de cada um. Entidades sindicais, trabalhadores, socialistas e revolucionários se encantavam com o marxismo vitorioso. A chegada inexorável do comunismo, agora cientificamente comprovado, era festejada nas revoltas, greves, assembleias e panfletos revolucionários, especialmente quando apresentava o paraíso de uma sociedade sem classes opressoras, onde a igualdade era meta imposta pela confiável classe operária, única verdadeiramente revolucionária. Até mesmo o anarquismo, então influente na classe operária, perdeu fôlego e espaço político, agora acusado de utópico e ultrapassado. Registre-se que dentre os assombrados, até com participação ativa, estava a poderosa Igreja Católica Apostólica Romana, quer seja pelo caráter assumidamente ateu do movimento comunista, quer seja pela própria e divulgada conclusão de Marx no sentido de ser a religião o ópio do povo.

6 RIBARD, André. *História do Povo Francês*, Ed. Brasiliense, 1945, citado por CAMPOS, Benedicto de, *Introdução à Filosofia Marxista*. Ed. Alfa-Omega, 1988.

7 HUBERMAN, Leo. *História da riqueza dos homens*. Ed. Guanabara, 21. ed. 1986, p. 274.

Outra fase do Direito ao Trabalho surgiu em pleno conflito ideológico. O ameaçado Mundo do Capital permaneceu impassível ao avanço do Mundo do Trabalho que pregava a sua destruição concreta. As reações inicialmente se fizeram com respaldo em uma virulenta política de violência policial. Os socialistas eram tratados como baderneiros e suas manifestações, como já apontado, “simples caso de polícia”. Mas a violência logo se mostrou um método ineficaz para impedir o avanço das ideias socialistas. Diante do fracasso da ação amadora centrada na lógica da repressão policial, os que se sentiam ameaçados pelo ufanismo triunfante do Trabalho sobre o Capital também passaram a formular teorias e métodos de convencimento dirigidos à massa dos trabalhadores. Compreendeu-se, na época, de que era preciso apontar que o Mundo do Trabalho era uma utopia ilusória e autoritária. Era preciso, portanto, contrapor a ideologia cativante do Mundo do Trabalho com outra ideologia que igualmente empolgasse a classe operária. O Mundo do Capital, para sobreviver, teria que aprender a utilizar o próprio arsenal ideológico revolucionário da época para resistir ao mundo que o ameaçava de extinção e que se expandia em seu território. Criar uma nova ideologia de massa, conquistar trabalhadores, políticos e entidades sindicais para que defendesse a liberdade conquistada pelo capitalismo.

Uma das vertentes de reação se consolidou na proposição de que somente a criação de um Estado Totalitário do Capital poderia impedir o crescimento do que se chamava Estado Totalitário do Trabalho, a força do Estado como argumento de combate à outra força estatal. No correr dos anos vinte, emergiu na Europa esta nova e agressiva direita que, mobilizando as massas, também se fez vitoriosa em vários países, servindo de paradigma contrarrevolucionário ao Mundo Comunista. O movimento de direita radical se fez vitrine com o fascismo italiano de 1922 e o nazismo alemão de 1933. Da mesma forma triunfou no “Corporativismo de Estado” imposto por Salazar em Portugal e no “Movimento Nacionalista” que transformou a Espanha em um regime totalitário comandado por Franco durante décadas. A forte regulação do Direito ao Trabalho, a nacionalização dos interesses dos trabalhadores e a estatização da atividade sindical eram algumas das propostas comuns nos discursos de resistência da direita capitalista. Este novo fenômeno é apontado por François Furet, em seu livro *O fim de uma ilusão*, quando afirmou a que a direita que surgiu no pós-guerra era muito diferente da direita tradicional, conservadora, infensa a mobilizações sociais, preservadora de valores clássicos. O professor do Departamento de Ciência Política da FFCH (USP), Boris Fausto, em palestra sobre o tema “O Estado Novo no contexto internacional”, registra que “Esses acontecimentos ocorrem no âmbito do avanço das ideologias antiliberais,

antidemocráticas, que podemos constatar em quase todo o mundo europeu, incluindo a França, onde se afirma a *Action Française*, um movimento que vinha de antes da guerra de 1914”.

Paralela e simultaneamente à reação do Estado Totalitário (fascista, nazista, salazarista ou franquista) outros países do ocidente traçaram outro viés de resistência ao Mundo Comunista. Inglaterra e França, por exemplo, fizeram a opção pela criação ideológica do Estado Social, isto é, um Estado livre para a expansão do capital, mas, em contrapartida, interventor nos conflitos sociais, promotor de conciliação e indutor democrático. Propunha-se, também, a humanizar o Direito ao Trabalho, suavizando os instrumentos de opressão da classe trabalhadora. A partir da inclusão do *status* social para o Estado, foram atendidas várias das reivindicações históricas dos trabalhadores, inclusive no que se refere às demandas de distribuição das riquezas, de socialização da educação, de ampliação do direito à saúde do trabalhador e de garantir segurança no trabalho. Era a Social-Democracia contrapondo-se politicamente ao receituário comunista que conquistava os trabalhadores. Esta visão mais suavizada do Direito ao Trabalho era bem simbolizada na Doutrina Social da Igreja, destacando-se a Encíclica *Rerum Novarum*, assinada em 15 de maio de 1891 pelo Papa Leão XIII. O ordenamento papal condensou a preocupação de reduzir a exploração do capital, estimulando a concessão de direitos sociais e trabalhistas, impedindo, no entanto, o avanço das ideias socialistas ao combater os mecanismos de organização da classe operária. Eis alguns tópicos da famosa Encíclica:

“(…) A sede de inovações que há muito tempo se apoderou das sociedades, e as têm numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões políticas para a esfera vizinha da economia social. Efetivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos, e a sua união mais compacta, tudo isso, sem falar na corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito.

(…) Os socialistas, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens de um indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para os Municípios ou para o Estado. Mediante esta transladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicar um remédio

DOCTRINA

eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria ao operário se fosse posto em prática. Outrossim, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social.

(...) O primeiro princípio é que o homem deve aceitar com paciência a sua condição: é impossível que na sociedade civil todos sejam elevados ao mesmo nível. É, sem dúvida, isto o que desejam os socialistas; mas contra a natureza, todos os esforços são vãos.

(...) Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, faz honra ao homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano e usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, que o operário, não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família, nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo.

Mas entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do salário, há numerosos pontos de vista a considerar. Duma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de que explorar a pobreza e a miséria, e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas; que cometeria um crime de clamar vingança ao céu quem defraudasse a qualquer pessoa no preço dos seus labores:

(...) A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores, e proceda de modo que, de todos os bens que eles proporcionam à sociedade, lhe seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações (veja-se o nº 12 desta encíclica: Posse e uso das riquezas). De onde resulta que o Estado deve favorecer tudo o que, de perto ou de longe, pareça de natureza a melhorar-lhes a sorte.

DOUTRINA

(...) É dever principalíssimo dos governos o assegurar a propriedade particular por meio de leis sábias.

(...) Por certo que a máxima parte dos operários quereria melhorar de condição por meios honestos sem prejudicar a ninguém; todavia, não poucos há que, embebidos de máximas falsas e desejosos de novidade, procuram a todo o custo excitar e impelir os outros a violências. Intervenha, portanto, a autoridade do Estado, e, reprimindo os agitadores, preserve os bons operários do perigo da sedução e os legítimos patrões de serem despojados do que é seu.

(...) O trabalho muito prolongado e pesado e uma retribuição mesquinha dão, poucas vezes, aos operários ocasião de greves. É preciso que o Estado ponha cobro a esta desordem grave e frequente, porque estas greves causam dano não só aos patrões e aos mesmos operários, mas também ao comércio e aos interesses comuns; e em razão das violências e tumultos, a que de ordinário dão ocasião, põem muitas vezes em risco a tranquilidade pública. O remédio, portanto, nesta parte, mais eficaz e salutar é prevenir o mal com a autoridade das leis, e impedir a explosão, removendo a tempo as causas de que se prevê que hão de nascer os conflitos entre os operários e patrões.

(...) No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma discriminação, das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso de fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças o permitem.

(...) Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem inclusive a acordar na cifra do salário; acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado.

(...) A violência das revoluções políticas dividiu o corpo social em duas classes e cavou entre um imenso abismo. Dum lado a onipotência na opulência: uma facção que, senhora absoluta da indústria e do

DOCTRINA

comércio, torce o curso das riquezas e faz correr para o seu lado todos os mananciais; façção que, aliás, têm na sua mão mais dum motor da administração pública. Do outro, a fraqueza na indigência: uma multidão com a alma dilacerada, sempre pronta para a desordem. Ah, estimula-se a industriosa atividade do povo com a perspectiva da sua participação na propriedade do solo, e ver-se-á nivelar pouco a pouco o abismo que separa a opulência da miséria, e operar-se a aproximação entre as duas classes.

(...) Certamente em nenhuma outra época se viu tão grande multiplicidade de associações de todo o gênero, principalmente de associações operárias. Não é, porém, lugar para se investigar qual a origem de muitas delas, qual o fim e quais os meios que tendem para esse fim. Mas é uma opinião, confirmada por numerosos indícios, que elas são ordinariamente governadas por chefes ocultos, e que obedecem a uma palavra de ordem igualmente hostil ao nome cristão e à segurança das nações; que, depois de terem açambarcado todas as empresas, se há operários que recusam a entrar no seu seio, ela faz-lhes expiar a sua recusa pela miséria. Nesse estado de coisas, os operários cristãos não têm remédio senão escolher entre esses dois partidos: ou darem os seus nomes de que a religião tem tudo a temer, ou organizarem-se eles próprios e unirem as forças para poderem sacudir denodadamente um jugo tão injusto e tão intolerável. Haverá homens verdadeiramente empenhados em arrancar o supremo bem da humanidade a um perigo iminente, que possam ter a menor dúvida de que é necessário obter por esse último partido?

(...) Se uma sociedade, em virtude mesmo de seus estatutos orgânicos, trabalhasse para um fim em oposição flagrante com a probidade, com a justiça, com a Segurança do Estado, os poderes públicos teriam o direito de lhe impedir a formação, ou de a dissolver, se já estivesse formada. Mas deviam em tudo isso proceder com grande circunspeção para evitar a usurpação dos direitos dos cidadãos, e para não estatuir, sobre a cor de utilidade pública, alguma coisa que a razão houvesse de desaprovar.

(...) A sorte da classe operária, tal é a questão de que hoje se trata, será resolvida pela razão ou sem ela e não pode ser indiferente às nações quer o seja de um modo ou de outro. Os operários cristãos resolvê-la-ão facilmente pela razão, se, unidos em sociedades e obedecendo a uma direção prudente, encontrarem no caminho em que seus antepassados encontraram o seu bem e o dos povos.”

É neste período que o Direito ao Trabalho teve o seu período mais fértil de regulação. Teorias de proteção ao trabalho são elevadas ao *status* de direito fundamental, inseridas nas constituições nacionais ou nas legislações infraconstitucionais. Novos direitos foram consolidados, dentre outros se destacando a fixação da jornada de trabalho de oito horas, o direito às férias, concessão do repouso remunerado, regulamentação do trabalho insalubre e perigoso, normas protetoras do trabalho das mulheres e adolescentes, pagamento de um salário-mínimo necessário para a sobrevivência do trabalhador e de sua família, regulação da despedida imotivada e participação nos lucros. O Direito Coletivo também passou a ser regulamentado, reconhecendo-se o direito de organização sindical, direito à greve e à negociação coletiva. Entidades internacionais são criadas com o objetivo de proteger, cobrar, fiscalizar e sugerir medidas asseguradoras do direito a um trabalho decente, destacando-se a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

O Brasil também adotou a mesma política evolutiva em relação ao Direito do Trabalho. Inicialmente tentou a escravidão índia, consolidando, até o século XIX, o trabalho escravo pela cor como maior forma de apropriação da mão de obra. Viveu, ainda, a Inconfidência Mineira, apontada como marco da luta pela independência do Brasil. Tratou a questão social como “Caso de Polícia”, com prisões, torturas e deportações de vários líderes anarquistas estrangeiros, não raro com assassinato de seus líderes, como ocorrera em julho de 1917 com o sapateiro Antônio Martinez e no dia 05 de maio de 1919, o tecelão Constante Casteleni. Assumiu, ainda, a sua fase protecionista do Direito do Trabalho e repressora do Direito Coletivo do Trabalho na Era Vargas, criando-se o Ministério do Trabalho, a Justiça do Trabalho, a obrigatoriedade de pagamento do salário-mínimo e da assinatura da CTPS, o atrelamento do movimento sindical ao Estado e, finalmente, o arcabouço legal que consolidava toda a legislação trabalhista e sindical aprovadas, conhecido como CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas. E, finalmente, fixou o seu apogeu quando constitucionalizou, em 05 de outubro de 1988, os direitos sociais como fundamentais e cláusulas pétreas. O Direito ao Trabalho, enfim, ganhou o *status* de princípio fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, por este pequeno viés histórico, se procurou demonstrar como se constituiu o conceito do Direito ao Trabalho como princípio fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. Esclareceu-se, pelo mesmo caminho argumentativo, o fenômeno do permanente preconceito contra as organizações operárias, ainda parcialmente compreendidas como entidades inimigas a serem controladas, reguladas ou eliminadas pelo Estado. Conclui-se, por fim, que o Direito ao Trabalho, o Direito do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho

nos Estados Capitalistas foram condicionados e influenciados pela ideia contraofensiva ao trabalho como fonte direta de poder, do combate ideológico ao socialismo/comunismo, do legislar-prevenção-reação contra os avanços políticos da classe trabalhadora e das ideias sociais de capitalistas mais modernos e democráticos.

III – DILEMAS ATUAIS

Nos últimos anos, mesmo com constitucionalização do Direito do Trabalho, outros acontecimentos internacionais atuaram para modificar o conceito de Direito ao Trabalho como princípio fundamental. A queda do “Muro Comunista” e a expansão sem limites do capital financeiro fez surgir uma nova teoria, que se consolidou embalada pela alegação de que a vitória do Mundo do Capital era inquestionável. A certeza do triunfo era tão grande que o filósofo Francis Fukuyama, após a Queda do Muro de Berlim, afirmou que “a História acabou”. Esta Nova Ordem Mundial utilizava como mantra a ideia de que a única opção para o crescimento era globalizar a economia e que, para isso, as relações entre Estados, mercados financeiros e cidadãos deveriam ser pautadas pela ideia de um mundo sem fronteiras. Pregava-se, dentre outras, as seguintes medidas: transformação do Estado Social em Estado-Mínimo; redução da intervenção estatal na economia; privatizações; corte de gastos sociais; extinção do aparelho estatal de proteção aos direitos dos trabalhadores.

O fim da Guerra Fria e a derrocada do Mundo do Trabalho, simbolizado pela extinção da União Soviética, fizeram a teoria que considerava o Direito ao Trabalho como fator de dignidade humana perder uma de suas justificativas históricas. Livre da ameaça socialista-comunista, aproveitando-se das confusas reações das organizações sindicais à perda do paradigma ideológico, o Mundo do Capital voltou a propor a retroação do Direito ao Trabalho aos seus tempos pré-históricos. A declarada vitória do Mundo Capital Globalizado fez retornar como válido o conceito do Direito ao Trabalho como “coisa”, um simples e secundário elemento inserido nos custos de produção. O Direito ao Trabalho, antes fator de dignidade da pessoa humana, agora passava a ser tratado como matéria-prima inserida na mesma lista de despesas dos demais elementos constitutivos do preço de produção. E nesta construção ideológica, o Direito do Trabalho construído, regulado e legislado na Era do Estado Social recebia o tratamento de arcaico e prejudicial ao desenvolvimento dos países.

Neste novo cenário em que o capitalismo se exibia vitorioso, flexibilizar o Direito do Trabalho se transformou na palavra da moda. E a proposta de flexibilização, ao alterar o conceito utilizado para definir o Direito ao Trabalho

como direito fundamental, refletiu diretamente na regulamentação do Direito do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho nos dias atuais. No Brasil, a legislação trabalhista, especialmente a CLT, passou a ser atacada como ultrapassada, fascista e engessadora da competitividade das empresas e seus capitais. Não era não difícil compreender o interesse dos globalizantes na forma em que se disciplinava o Direito ao Trabalho no Brasil. Afinal, a legislação trabalhista brasileira gozava de proteção constitucional, além de uma Justiça Trabalhista especializada no conflito capital-trabalho. E era este arcabouço de proteção que precisava ser revogado ou flexibilizado, especialmente o conceito que enquadrava o Direito ao Trabalho como princípio fundamental inerente à pessoa humana.

A política de flexibilização, enquadrada no rol das ações neoliberais que se espalhavam pelo mundo, fez-se acentuada durante o Governo Fernando Henrique Cardoso. Na ocasião era lugar comum pregar-se que caso o Brasil desejasse pertencer à Nova Ordem Mundial, deveria urgentemente reduzir o chamado “Custo Brasil” (direitos e encargos trabalhistas). Reforçava-se, com este argumento, a afirmação de que os custos sociais brasileiros estariam entre os mais elevados do mundo. E, em conclusão da drástica análise, concluía-se que o “Custo Brasil” era impeditivo do aumento da produtividade e da competitividade das empresas, além de forte gerador de desemprego. Em outros termos: o Direito do Trabalho seria fator impeditivo ao ingresso do Brasil na gloriosa era da globalização, pois encarece e impossibilita a manutenção do emprego. Neste sentido, em 18 de novembro de 1988, fora assinado mais um termo de ajuste fiscal, em que constava, no seu item 33 do Memorando, o compromisso do Governo Brasileiro de implementar a mencionada política neoliberal, como se conclui dos seguintes trechos do citado documento: “Certos regulamentos e políticas do mercado do trabalho podem contribuir para uma maior flexibilidade e para aumentar a produtividade de mão de obra (...) A necessidade de reformar a legislação trabalhista e aperfeiçoar as políticas de mercado de trabalho tornou-se mais urgente”.

Livre de contestação eficaz, o resultado desta conceituação globalizante se fez logo evidente, provocando, deste outros, os seguintes efeitos: aumento da tecnologia excludente do trabalho humano, expansão da informalidade, precarização das relações de trabalho, desnacionalização das indústrias e empresas, aperfeiçoamento do subsistema socioeconômico que vive da atividade criminosa ou ilegal, terceirização, desemprego e enfraquecimento das entidades sindicais. Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo detectou este fenômeno, e concluiu que “bem feitas as contas, as transformações econômicas e sociais que estamos presenciando, bem como as ‘teorias do progresso’ que as acompanham, podem ser

entendidas como produtos de uma nova tentativa de ‘reestruturação capitalista’, acompanhada, desta vez, de um revigoramento da ideologia do *laissez-faire*. As ‘etapas de reestruturação capitalista’ são os períodos de subversão das relações, até então existentes, entre a lógica econômica do capitalismo e as aspirações dos cidadãos à autonomia diante das esferas do poder e do dinheiro, a uma vida boa e decente. Alguém poderia sugerir – e não estaria errado se dissesse – que, nesses momentos de reestruturação, a luta política vai escolher as normas e os valores que, afinal, vão presidir os nossos destinos coletivos e individuais”⁸.

Embora atingidas diretamente pelas medidas flexibilizantes do Mundo Globalizado, as organizações sindicais, diante desta “reestruturação capitalista” se mostraram confusas na reação, certamente em razão da perda da referência ideológica centrada no sonho de uma sociedade em que a classe operária triunfaria. Não conseguiam denunciar, naquele período, que as medidas neoliberais não pretendiam equiparar os trabalhadores brasileiros, no que se refere à concessão de direitos sociais, aos trabalhadores dos países do chamado Primeiro Mundo. Não se faziam ouvir quando acusavam a tentativa de enfraquecer os sindicatos, mormente quando se mantinha fossilizada a legislação que impedia a livre negociação, conservada intacta pelo Poder Judiciário. Não encontravam respostas positivas da sociedade, inclusive da Justiça do Trabalho, quando apontavam que o neoliberalismo apenas queria revogar dispositivos da CLT que garantiam uma proteção mínima ao contrato de trabalho, construída na fase de consolidação do Direito do Trabalho como princípio fundamental.

A aprovação no Governo Lula da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial do Empresário e da Sociedade Empresária (Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005), proposta ainda no Governo FHC, foi, certamente, outro exemplo claro dos tempos globalizantes. Não coincidentemente o mesmo tema das novas leis aprovadas em Moçambique, Angola, Canadá, Argentina e outros países que se submetiam às regras flexibilizantes neoliberais. A Lei brasileira, assumidamente, fez falir todo alicerce construído para proteger o abuso do capital sobre o trabalho. Com ela foram revogados os seguintes princípios de proteção ao trabalhador: o trabalhador não pode ser punido pelo risco da atividade econômica, já que não participa do seu lucro e não participa da sua gestão; na dúvida, o direito a ser reconhecido judicialmente é do trabalhador, *in dubio pro misero*; trabalhador é incapaz para negociar, celebrar contrato que lhe venha prejudicar; em caso de falência, o crédito privilegiado é do trabalhador, por ser alimentar; a vinculação do trabalhador é com o patrimônio da empresa,

8 BELUZZO, Luiz Gonzaga de Melo. Transformação do Capitalismo Contemporâneo, artigo publicado na *Folha de São Paulo* em 09.08.98.

enquanto existir o patrimônio da empresa, está ali assegurado o direito do trabalhador. A Lei nº 11.101/05 inverteu todas estas regras de proteção ao Direito ao Trabalho como fator de dignidade humana, adequando-as ao conceito do trabalho como mero custo de produção. Afirmou expressamente que em caso de falência do empregador os banqueiros – não mais os trabalhadores – serão os credores privilegiados. Confirmou, ainda, que o patrimônio da massa falida não será destinado privilegiadamente aos trabalhadores, sendo ele administrado por um conselho de credor, como a participação minoritária do trabalhador (1/3 dos votos), que poderá decidir o destino dos bens. Caíram, com ela, as máscaras da proteção ao trabalho porque não há mais ameaça do mundo comunista.

É evidente que o Direito ao Trabalho, no período liberalizante, ainda manteve um considerável peso político/econômico. Tanto assim era que alerta fez disparar, logo depois, forte reação das entidades sindicais, o que impediu, em razão dela, completa revogação do conceito do Direito ao Trabalho como fator de dignidade da pessoa humana e distribuição de riquezas. A sociedade, as organizações sindicais e os trabalhadores foram decisivos quando não permitiram que o Direito ao Trabalho fosse comparado a uma matéria-prima a compor os custos da produção. Afinal, a mão de obra brasileira, mesmo com os encargos social-governamentais, é uma das mais baratas do mundo, mormente quando apenas assegura aos trabalhadores garantias mínimas. Não se pode dizer, em razão dela, que é soberba viver com um salário-mínimo, sem controle real do horário de trabalho, vendendo a saúde em troca de um adicional de insalubridade calculado sobre o salário-mínimo, ainda assim sorrindo para não ser demitido, pois seu emprego é instável e rotativo. Cada vez se torna mais claro que o “Custo Brasil” é exageradamente insignificante quando comparado ao Direito italiano ou à experiência alemã, com pluralidade sindical, garantia da autonomia para a negociação dos contratos coletivos de trabalho, não intervenção estatal e uma legislação que assegura as garantias mínimas do contrato de trabalho e da negociação coletiva. Também é pequeno quando confrontado com o sistema de contratação japonesa, baseada principalmente em três aspectos: emprego vitalício; salários e benefícios de acordo com a antiguidade e sem grandes distanciamentos; predominância de sindicatos e negociações por empresa.

A queda do Muro de Berlim e as grandes rachaduras na Muralha de *Wall Street* deixaram o mundo órfão de teoria sobre o futuro do Direito ao Trabalho. Como já exposto, a falência do mundo que pregava a igualdade sem liberdade resultara no fortalecimento do Mundo Capitalista. No entanto, a recente quebra do mundo da liberdade sem igualdade também parece significar que o triunfo da globalização financeira não era um atestado de segurança para as pessoas e para o próprio capital. Revela-nos que a História não acabara, pois a ganância

apenas gerou crises e escassez de recursos. O novo cenário de incertezas, crises econômicas, Estados à beira da falência e ausência de paradigmas ideológicos vitoriosos e confiáveis nos impõe pensar uma nova conceituação para o Direito ao Trabalho. Novos conceitos precisam ser urgentemente formados pela atual geração, mesmo porque, infelizmente, as propostas encaminhadas para a criação de novos paradigmas apontam para caminhos diferentes daqueles que preconizam o Direito ao Trabalho como princípio fundamental. Parecem indicar que não se aprendeu com as lições do passado.

Os conceitos que começam a ser adotados apontam para a criação de uma nova forma de relacionamento entre governos e empresas – o Capitalismo com seguro estatal. Capitalismo sem risco e sem qualquer preocupação social. As medidas anunciadas nos países desenvolvidos, os trilhões de dólares de auxílio a empreendedores e bancos falidos, valores que jamais se imaginava existir, demonstram que o capitalismo não ruiu, não faliu com a crise. Apenas foi aperfeiçoado e estatizado. Bancos, seguradoras e instituições financeiras quebram mundo afora, lesando clientes, desarranjando a economia, mas a Atual Ordem Mundial afirma que não há drama de consciência em o Estado bancar o banco. Nesta nova concepção ideológica, o capitalista, principalmente o financeiro, pode gastar à vontade os seus milhões de dólares, pois, em caso de má gestão, corrupção ou qualquer outro fator que venha a provocar sua falência, o Estado estará lá, presente, para garantir que não tenha qualquer prejuízo. Nem mesmo os nomes dos responsáveis serão divulgados, mesmo porque os meios de comunicação não fulanizam a crise. Tratam apenas de pessoas jurídicas, instituições, empresas e setores envolvidos ou prejudicados pela crise econômica. Não há indivíduos apontados como culpados, condutas de pessoas físicas ilegais ou princípios éticos quebrados por gestores. Não há punições e não existem responsabilizações pessoais. Não há, sequer, mais chance de renovação do mercado, de um novo empreendedor ascender, pois a não falência do antigo está protegida por recursos estatais. Sequer há restrições físicas, éticas ou patrimoniais, salvo a de mudar o conforto das viagens de deslocamento dos altos executivos. Essa é a nova face do Capitalismo Mundial, onde tudo é sistêmico.

Quanto ao reconhecimento do Direito ao Trabalho como fator de dignidade da pessoa humana, não se pretende criar regramentos equivalentes. Não se cogitou de aprovar um seguro de proteção aos direitos do trabalhador, tampouco se externa qualquer preocupação em preservar empregos e direitos. Muito ao contrário, o que se diz é que, para sair da crise, é preciso retomar as velhas receitas do capitalismo neoliberal, o mesmo que se dizia aniquilado com a busca do seguro estatal. De novo, os amargos remédios, dentre eles, a flexibilização e a redução dos direitos do trabalhador. Mais uma vez a propa-

ganda de que os direitos sociais atrapalham o crescimento ou a recuperação econômica. Retoma-se, como no passado recente, a acusação de que arcaico é o país que reconhece a função social do trabalho e que, por isso mesmo, não resistirá à crise.

É neste contexto que necessário se faz construir um novo mundo, contrapondo-o à crescente proposta do “Capitalismo com seguro estatal”. A Queda do Mundo Comunista e a fragilidade do Mundo Capitalista mostram a todos que é preciso apostar no Mundo da Solidariedade. O momento é único, mesmo porque o Capital continua a pedir socorro à sociedade, batendo às portas dos governos em busca de auxílio financeiro. O Estado existe em prol da coletividade que o sustenta. E nesta nova configuração, somente poderia usar recursos da coletividade em benefício dela. Para emprestar, o Estado precisa saber cobrar reciprocidade solidária, o que implica reconhecer que não poderá abdicar de exigir o retorno social a todo e qualquer acordo público celebrado. O socorro pretendido não pode ser negado, pois o Estado tem, neste caso, o dever da solidariedade econômica. Mas não pode, porém, esse socorro ser dado sem a contrapartida da solidariedade social, aí incluída a proteção aos trabalhadores. O Estado precisa cobrar que haja compromissos sinceros, fraternos e confiáveis daqueles que recebem ajuda do próprio Estado neste momento de crise. A solidariedade ao Capital deve implicar, sempre, na solidariedade ao Trabalho.

Vale estabelecer, por exemplo, como sua cláusula primeira: a concessão do empréstimo deve estar condicionada à manutenção do nível de empregos ou pelo menos a um esforço efetivo nessa direção. Não sem razão a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em reunião realizada na cidade de Santiago, no Chile, aprovou recomendação de que as medidas anticrises tenham em vista a geração de empregos. Esta é a postura que se defende neste esboço: quando o Estado ajudar economicamente o Capital, deve dele exigir solidariedade social em reciprocidade, pois os recursos públicos pertencentes à coletividade e não se pode deixar de retribuir à própria coletividade pela ajuda que recebeu. É o que estão a pedir os jovens através das redes sociais e do “Movimento Ocupe *Wall Street*” que se espalha pela França, Itália, Inglaterra e vários países, alertando, dentre outras reivindicações, que se deve tributar as fortunas e aumentar o controle do capital especulativo que habita as bolsas de valores.

Em conclusão, para manter o *status* do Direito ao Trabalho como direito fundamental é preciso se contrapor ao “Novo Capitalismo com seguro estatal”, mostrando que apenas mascara a “velha forma” de se apropriar das riquezas produzidas pela pessoa humana. É preciso que as organizações dos trabalhadores retomem as suas velhas discussões originárias, especialmente a proposta de

DOCTRINA

internacionalização de suas lutas e de suas reivindicações. Somente consolidando os direitos dos trabalhadores como princípios fundamentais inerentes à pessoa humana é que se poderá construir uma base sólida para o avançar seguro da humanidade. Lutando por uma convenção ou uma pactuação que assegure uma legislação mínima de garantia de direitos, certamente o trabalho deixará de ser um mero elemento de composição dos custos, para se tornar uma forma de distribuição de riquezas. É fundamental, para isso, que a Justiça do Trabalho assuma, definitivamente, o papel de proteção aos trabalhadores que lhe destinou a Constituição Federal, compreendendo que o Direito ao Trabalho é inerente à natureza da pessoa humana. Como ensinou Henry Thoreau, “se uma planta não pode viver de acordo com sua natureza, ela então morre; o mesmo acontece com o homem”⁹. É já hora de se afirmar, por decisão judicial transitada em julgado e não mais objeto de ação rescisória, que o homem nasceu para viver em uma sociedade fundada nos valores da igualdade, da liberdade e, sobretudo, da solidariedade. Afinal, como cantou Gonzaguinha, “Um homem se humilha Se castram seu sonho Seu sonho é sua vida E vida é trabalho (...) E sem o seu trabalho O homem não tem honra E sem a sua honra Se morre, se mata (...) Não dá prá ser feliz”¹⁰.

9 THOREAU, Henry. *Desobedecendo*. A desobediência civil & outros escritos, Ed. Rocco, 2. ed., 1986.

10 GONZAGUINHA, letra de *Um Homem Também Chora*.

PROCESSO JUSTO, COLABORAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

Daniel Mitidiero*

INTRODUÇÃO

O processo justo é a fórmula mínima do processo no Estado Constitucional (art. 5º, inciso LIV, da CRFB). A razão pela qual a doutrina impõe a observância do direito ao processo justo como condição de validade do processo no Estado Constitucional é bastante conhecida – a sua observação é condição necessária e indispensável, embora não suficiente, para obtenção de decisões justas¹. Trata-se de imposição inerente a qualquer espécie de processo – seja civil, trabalhista ou penal.

Dentre os seus elementos essenciais, consta o direito à colaboração no processo², que impõe ao juiz um duplo papel na sua condução: paridade no diálogo e assimetria apenas no momento da decisão³. Como observa eloquentemente a doutrina, “*le procès équitable implique un principe de coopération efficiente des parties et du juge dans l’élaboration du jugement vers quoi est tendue toute procédure*”⁴. Ao seu lado, compõe ainda o direito ao processo justo o direito à prova – que, de seu turno, impõe adequada compreensão e distribuição das normas sobre o ônus da prova no processo⁵.

O presente ensaio visa a entrelaçar esses dois direitos – visa a delinear o direito à colaboração no processo e a outorgar chaves para adequada compreensão do ônus da prova no processo civil do Estado Constitucional.

* Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS; Doutor em Direito (UFRGS); Membro da International Association of Procedural Law (IAPL) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Advogado.

1 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

2 Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 623/627.

3 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 85/86.

4 Loïc Cadet, Jacques Normand e Soraya Amrani Mekki, *Théorie Générale du Procès*. Paris: PUF, 2010, p. 385.

5 In: Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 660/661.

1 – O DIREITO À COLABORAÇÃO NO PROCESSO

Problema central do processo está na equilibrada organização de seu formalismo⁶ – vale dizer, da “divisão do trabalho” entre os seus participantes⁷. O *modelo* do nosso processo justo é o *modelo cooperativo* – pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes⁸.

A colaboração é um *modelo* que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*)⁹. Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a

-
- 6 O formalismo compreende a “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo” (Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil* – Proposta de um Formalismo-Valorativo, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28).
- 7 A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira, “O Problema da ‘Divisão do Trabalho’ entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos”, *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35/44, Quarta Série.
- 8 Sobre o assunto, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil* – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos, 2. ed. São Paulo: RT, 2011; “Colaboração no Processo Civil como *Prêt-à-Porter*? Um Convite ao Diálogo para Lênio Streck”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 55/68, n. 194; Alvaro de Oliveira, “Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 90; Fredie Didier Júnior, Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46; “Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 219, n. 198; Lúcio Grassi, “Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6; Humberto Theodoro Júnior, “Juiz e Partes dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2011, p. 64, n. 102; Igor Raatz dos Santos, “Processo, Igualdade e Colaboração: os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 47/80, n. 192; “A Organização do Processo Civil pela Ótica da Teoria do Estado: a Construção de um Modelo de Organização do Processo para o Estado Democrático de Direito e o seu Reflexo no Projeto do CPC”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 97/132, n. 75; Paulo Hoffman, *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 47/55; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31/40; Júlio Lanes, *Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 108/114. Na doutrina estrangeira, Eduardo Grasso, “*La Collaborazione nel Processo Civile*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1966; Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, especialmente p. 97/125; Bernhard Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß? Grenzverschiebungen in der Verantwortung von Parteien und Gericht bei der Tatsachenbeschaffung und Sachverhaltseforschung im neuen Zivilprozeßrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1983; Reinhard Greger, “*Kooperation als Prozessmaxime*”. In: Gottwald, Peter; Greger, Reinhard; Prütting, Hans (coords.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozess im geeinten Europa*. Bielefeld: Verlag Gieseking, 2000, p. 77/84.
- 9 Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, p. 97.

colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria¹⁰, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática insita ao Estado Constitucional¹¹.

Semelhante modelo processual resulta da *superação histórica* – e, pois, cultural – dos modelos de *processo isonômico* e de *processo assimétrico*¹². Há quem caracterize a cooperação, ainda, a partir das conhecidas linhas do *processo dispositivo* e do *processo inquisitório*¹³. Seja qual for a perspectiva, é certo que a análise histórico-dogmática da *tradição* processual mostra o rastro pelo qual se formou e ganhou corpo a colaboração no nosso contexto processual.

A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de *pressupostos culturais* que podem ser enfocados sob o ângulo *social, lógico e ético*¹⁴. Do ponto de vista social, *o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo*. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo¹⁵, também o Estado deixa de ter um papel

10 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 48/50.

11 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 89.

12 Sobre os modelos de processo isonômico e de processo assimétrico, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 71/115, com ampla exposição bibliográfica, com destaque para as obras de Nicola Picardi e Alessandro Giuliani (de ambos, *La Responsabilità del Giudice*. Milano: Giuffrè, 1995; do primeiro, “*Processo Civile: c) Diritto Moderno*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI; “*Audiat et Altera Pars – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003; do segundo, *Il Concetto di Prova – Contributo alla Logica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971; “*L’Ordo Iudicarius Medioevale – Riflessioni su un Modello Puro di Ordine Isonomico*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1988). Adotando ainda expressamente a colaboração como modelo processual civil, Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46/49; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61/65.

13 É o caminho trilhado por Eduardo Grasso, “*La Collaborazione nel Processo Civile*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1966, e Rudolf Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, especialmente p. 97/125, em que se tem como pano de fundo o aspecto liberal e social das instituições processuais. No Brasil, pelo mesmo caminho, Fredie Didier Júnior, “Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, p. 219, n. 198. Igualmente, Dierle Nunes, *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 39/140, nada obstante não fale expressamente em colaboração. Embora a literatura sobre processo dispositivo e processo inquisitório seja imensa, é possível buscar bom panorama em Mauro Cappelletti, *La Testimonianza della Parte nell Sistema dell’Oralità*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 303/375, vol. I.

14 Com maior vagar, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 71/115.

15 Marie-Emma Boursier, *Le Principe de Loyauté en Droit Processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 297.

de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do *caráter problemático do Direito*, reabilitando-se a sua *feição argumentativa*. Passa-se da lógica apodítica à lógica dialética¹⁶. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo *orientado pela busca*, tanto quanto possível, *da verdade*¹⁷, e que, para além de emprestar relevo à *boa-fé subjetiva*, também exige de todos os seus participantes a observância da *boa-fé objetiva*¹⁸, sendo igualmente seu destinatário o juiz¹⁹.

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar *nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo*. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando

16 Alvaro de Oliveira, “A Garantia do Contraditório”. In: *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 231.

17 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224. Para uma ampla discussão do problema da verdade na perspectiva do processo, Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 74/134; *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1/66; Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 55/78. Para um diálogo crítico, Daisson Flach, *A Verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009.

18 O que implica reconhecer uma série de *comportamentos* como vedados aos seus participantes. A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro. Age com comportamento adequado aquele que não abusa de suas posições jurídicas. A doutrina aponta que são manifestações da proteção à boa-fé no Direito a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito (na doutrina em geral, Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001; na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000). Em todos estes casos há abuso do direito e frustração à confiança e, daí, à boa-fé como regra de conduta. A *exceptio doli* é a exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si. O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contraditoriamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes. A inalegabilidade de vícios formais protege a boa-fé objetiva na medida em que proíbe a alegação de vícios formais por quem a eles deu causa, intencionalmente ou não, desde que por aí se possa surpreender aproveitamento indevido da situação criada com a desconstituição do ato. A *supressio* constitui a supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, cre-se firmemente por alguém que não mais passível de exercício. A *supressio* leva a *surrectio*, isto é, ao surgimento de um direito pela ocorrência da *supressio*. O *tu-quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio Direito ou, como diz o velho adágio do *Common Law*, *equity must come with clean hands*. A ideia de desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a ideia subjacente ao brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed. São Paulo: RT, 2011; também, Fredie Didier Júnior, *Op. Cit.*, p. 79/103).

19 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 106.

impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão*²⁰.

A colaboração no processo é um *princípio jurídico*²¹. Ela impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido²². O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa²³. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter *posições jurídicas equilibradas* ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um *novo dimensionamento de poderes no processo*, o que implica necessidade de *revisão da cota de participação* que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: *a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada*.

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. *O legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual*. E aqui importa desde logo deixar claro: *a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes*. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio²⁴.

A colaboração estrutura-se a partir da previsão de *regras* que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes. É assim

20 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81. Com expressa adesão, Fredie Didier Júnior, *Op. Cit.*, p. 48.

21 Partimos aqui da acatada concepção de princípio sustentada por Humberto Ávila (Teoria dos Princípios, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008), cuja seriedade e importância são atestadas não só pelo debate que vem suscitando no Brasil, mas também pela sua circulação no cenário internacional com a publicação de versões de seu trabalho sobre o assunto em alemão (*Theorie der Rechtsprinzipien*), com prefácio de Claus-Wilhelm Canaris, e em inglês (*Theory of Legal Principles*), com prefácio de Frederick Schauer. Para uma detalhada exposição da colaboração como princípio jurídico, partindo igualmente da obra de Humberto Ávila, Fredie Didier Júnior, *Op. Cit.*, p. 50/56; também situando a colaboração como princípio, Antônio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno – Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 215/236.

22 Humberto Ávila, *Op. Cit.*, p. 78/79.

23 Fim indelével do processo civil, Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, p. 99; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16, vol. I.

24 O ponto é tranquilo na doutrina: Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114.

que funciona a cooperação. *Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. A doutrina é tranqüila a respeito do assunto*²⁵.

O *dever de esclarecimento* constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”²⁶. O *de prevenção*, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”²⁷. O *de consulta*, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa²⁸. O *dever de auxílio*, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”²⁹.

2 – O DIREITO À PROVA E À COMPREENSÃO DAS NORMAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PAUTADO PELA COLABORAÇÃO

Há direito fundamental à prova no processo³⁰. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo³¹. O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: i) existência de *relação*

25 Assim, na doutrina portuguesa, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65/67; na doutrina nacional, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 84/85; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Op. Cit.*, p. 81; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 174; Fredie Didier Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 80/82, vol. I, que fala em deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção; Lúcio Grassi, “Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6. No mais, para aplicação dos deveres de colaboração ao longo de todo o arco do processo comum, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 119/173.

26 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 65. Exemplo: determinação de emenda da petição inicial por defeito de narrativa (art. 295, parágrafo único, inciso II, do CPC).

27 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 66. Como exemplo de dever de prevenção, observa Jesús González Pérez, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que é vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que se tenha dado oportunidade para a parte saná-lo. Tal conduta afronta, segundo Jesús González Pérez e a jurisprudência espanhola, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (*El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 2. ed. Madrid: Civitas, 1989, p. 65/66).

28 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, p. 66/67. Na jurisprudência, STF, Pleno, MS nº 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08.11.06, DJ 14.09.07, p. 32.

29 Miguel Teixeira de Sousa, *Op. Cit.*, 1997, p. 67. Exemplo: o dever de o órgão jurisdicional determinar ao executado que indique bens à penhora (art. 652, § 3º, do CPC).

30 Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.

31 STF, RMS nº 28.517, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2011, DJe 04.08.2011.

teleológica entre prova e verdade; ii) *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; iii) distribuição adequada do *ônus da prova*; iv) momento de *produção* da prova; e v) *valoração* da prova e formação do *convencimento* judicial.

Interessam-nos agora mais de perto as normas sobre o ônus da prova.

Uma vez dimensionado o *thema probandum*, interessa ao processo de corte cooperativo a repartição do encargo probatório. Assunto, de seu turno, que remete diretamente à análise das diferentes funções que o Direito Processual pode confiar às normas sobre o ônus da prova.

De um modo geral, a doutrina outorga maior relevo à caracterização do ônus da prova como uma norma de julgamento, acentuando o seu aspecto objetivo³². Defere-lhe a função de formalizar o julgamento do mérito em caso de insuficiência do quadro probatório mesmo depois do esforço das partes e do juiz em provar as alegações de fato no processo³³. Evita-se, por essa senda, eventual arbítrio jurisdicional, incidindo no quando da sentença precisamente com essa finalidade³⁴.

Ao lado dessa abordagem, todavia, persiste em aludir-se ao ônus da prova como uma norma de instrução, ressaltando-se o seu caráter subjetivo³⁵. Colima-se, dessarte, estimular as partes no encargo de produzir a prova de suas alegações e, por essa via, bem instruir o processo a fim de que se alcance uma solução justa, desiderato maior do processo civil no Estado Constitucional. E, para tanto, têm as partes de se encontrar bem avisadas de seus encargos no processo, a fim de evitarem-se eventuais surpresas no quando da decisão da causa.

Observe-se o ponto, pois: ao lado da caracterização clássica do ônus da prova como regra de julgamento, cujo objetivo central está no evitar-se o

32 Dentre os clássicos, sirvam de exemplo Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba*, traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 2; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 2. ed. Padova: Cedam, 1966, p. 112; na doutrina brasileira, entre outros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153; Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 131/142.

33 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153.

34 Maristela da Silva Alves, "O Ônus da Prova como Regra de Julgamento". In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Prova Cível*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 94. A propósito, daí a razão pela qual Giovanni Verde entende que a impositação do ônus da prova funciona como consequência de uma escolha de "civilidade", proibindo o juiz de dar por existentes fatos para os quais não lhe fora alcançada prova plena e convincente ("Considerazioni sulla Regola di Giudizio Fondata sull'Onere della Prova", *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, p. 445).

35 Na doutrina clássica, por todos, Leo Rosenberg, traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 19; na doutrina contemporânea, por todos, Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 440.

arbítrio no processo, tem ganhado renovado fôlego a caracterização do ônus da prova como regra de instrução, o que se leva a efeito com o fito declarado de forrar-se o processo com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial. Dupla função, portanto, que se acomete ao ônus da prova no processo de corte cooperativo³⁶.

Partindo-se dessa última perspectiva³⁷, e com o fito de bem atender-se a determinadas situações da vida no processo, a doutrina tem aludido à possibilidade de dinamizar o ônus da prova, fundamentando a partir do caso concreto a repartição do encargo probatório³⁸. Esse expediente, embora perigosíssimo³⁹ quando manejado de maneira inadequada, encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração⁴⁰, pressupondo, mesmo para sua aplicação, um modelo de processo cooperativo⁴¹. Seu fundamento

-
- 36 Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 11/12, n. 104.
- 37 Porquanto, como já observou Vittorio Denti, “L’Inversione dell’Onere della Prova: Rilievi Introductivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 709, a partir da perspectiva objetiva não se pode mesmo procurar compreender o problema da inversão judicial do ônus da prova e, pois, da repartição dinâmica do encargo de provar.
- 38 Tem-se, com efeito, criticado de maneira contundente a distribuição estática do ônus da prova posta no art. 333 do CPC. Um dos exemplos oferecidos pela doutrina como sendo de absoluta inadequação a utilização do art. 333 do CPC, para repartição do encargo probatório está na discussão a respeito da concretização de cláusulas gerais (Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 156/157). Na doutrina brasileira, consultem-se sobre o tema o ensaio seminal de Antônio Janyr Dall’agnol Júnior, “Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, p. 92/107, n. 788, bem como os ensaios de Luiz Guilherme Marinoni, “Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as Peculiaridades do Caso Concreto”, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, 2006, p. 60/73, n. 13; de Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951 e de Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”, *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 9/18, n. 104. Consulte-se, ainda, Márcia Pereira Azário, *Dinamicização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 2006.
- 39 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951.
- 40 Augusto M. Morello, *La Prueba – Tendencias Modernas*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 86.
- 41 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 942/951; Artur Thompsen Carpes, “A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Formalismo-Valorativo”,

está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo⁴² e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil⁴³, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes.

Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333 do CPC). Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, implicar direito fundamental à prova⁴⁴, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Cumprirá o órgão judicial, dessarte, com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração⁴⁵. Nesse sentido orienta-se, de resto, expressamente o Direito espanhol (art. 217, n. 6, *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁴⁶). Providência desse corte visa a superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça.

A dinamização do ônus da prova, deslocando-se o encargo de provar daquele fixado *a priori* pela legislação, requer a demonstração de determinadas condicionantes. Não se pode, pois, dinamizar o ônus da prova sem grave ofensa à ordem jurídica sem que estejam presentes condicionantes materiais e processuais⁴⁷.

Revista da Ajuris. Porto Alegre: s/ed., 2006, p. 15, n. 104; Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 62, vol. II.

42 Eduardo Cambi, *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 410.

43 Carlos Alberto Carbone, “Cargas Probatorias Dinamicas: una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción”, *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2005, p. 181, n. 35.

44 Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 510; Eduardo Cambi, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 112/113.

45 Haja vista que o “dever de auxílio” grava justamente o órgão jurisdicional com o “dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 67).

46 Reza o art. 217 (“carga de la prueba”), n. 6: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

47 Vale dizer: a opção legal constante do art. 333 do CPC, tem de ser respeitada, somente sendo possível a aplicação da dinamização do ônus da prova nos casos em que essa se mostre imprescindível para consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva do direito material, o que se afere em função das condicionantes materiais e processuais de sua aplicação (Jorge W. Peyrano, “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. In: Peyrano, Jorge W. (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21).

Na perspectiva material, o que primeiro deve se apontar no processo para que se dê a dinamização do ônus da prova é a não incidência, por inadequação, do art. 333 do CPC. Consoante observa a doutrina, “uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra”⁴⁸. Não estando atendida a “razão motivadora” da regra, essa tem a sua incidência afastada pelo postulado normativo aplicativo da razoabilidade (na acepção de razoabilidade como equidade)⁴⁹.

Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando a levar ao processo todos os elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto⁵⁰. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333 do CPC.

Em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova⁵¹. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a

48 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97/98.

49 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97/98.

50 Algo nesse sentido, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O Ônus da Prova no Processo Civil*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 127.

51 Sobre o ponto, especificamente, Sergio José Barberio, “Cargas Probatorias Dinámicas: qué Debe Probar el que no Puede Probar?”. In: Peyrano, Jorge W. (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 101: “¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, en virtud del rol que desempeña en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que ‘dispone’ de la prueba etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas que mencionamos más arriba, no tenía. Las mejores condiciones de aportar la prueba, se ha sostenido, pueden también fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas. Nuestro máximo tribunal nacional expresó que corresponden mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba, o por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso”.

atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica⁵².

Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão, a propósito da dinamização do ônus da prova, tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333 do CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331 do CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, dês, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar⁵³. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há “retroatividade oculta” da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no Direito Processual Civil brasileiro⁵⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Constitucional, o processo deve ser visto a partir da ideia de processo justo. Daí a necessidade de organizá-lo a partir da colaboração entre os seus participantes. Cuida-se de imposição que perpassa toda a compreensão do processo e amalgama-o como unidade. Especialmente no que tange às normas do ônus da prova, a colaboração implica dever de compreendê-la em sua dupla dimensão: como norma de instrução e como norma de julgamento. Trata-se de ângulo de visão que privilegia a tutela dos direitos e a proteção da segurança jurídica no processo – em suma, que privilegia a justiça na sua organização.

52 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz, Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 948.

53 Artur Thompsen Carpes, “Apontamentos sobre a Inversão do Ônus da Prova e a Garantia do Contratatório”. In: Knijnik, Danilo (coord.), *Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41/47.

54 Danilo Knijnik, “As (Perigosíssimas) Doutrinas do ‘Ônus Dinâmico da Prova’ e da ‘Situação de Senso Comum’ como Instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*”. In: Fux, Luiz, Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.), *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 948.

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO E O PROBLEMA DA EXECUÇÃO

Eneas Bazzo Torres

INTRODUÇÃO

Estão desalentados os credores de organismos internacionais e de missões estrangeiras, em sua maioria ex-empregados que tiveram seus direitos judicialmente reconhecidos, porém não logram alcançar sua efetiva realização, ante a impossibilidade da execução forçada. Esse mesmo desalento, por vezes, manifestam os próprios magistrados, quando admitem inexistir tutela efetiva diante do caso julgado.

Advirta-se, desde logo, que essas dificuldades decorrem de arcabouço jurídico válido e vigente, fruto de opção política do Estado brasileiro, que, pondere-se, propicia mais benefícios do que prejuízos. Por certo que o Brasil, como Estado soberano que é, poderia decidir por desvencilhar-se desse sistema, rompendo tratados e convênios internacionais, e abolir por inteiro a imunidade jurisdicional. Tal providência, que certamente seria festejada por alguns, teria como consequência a imediata retirada de várias chancelarias estrangeiras sediadas no país, além dos percalços que as missões brasileiras no exterior passariam a enfrentar, porque, em direito internacional, a *reciprocidade* é princípio ou costume dos mais arraigados.

Considere-se que esse quadro já foi pior; até há pouco mais de vinte anos, vigorava o regime da absoluta imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro. Elogiável, portanto, o alinhamento brasileiro a uma corrente progressista, a partir do célebre julgamento da Apelação Cível nº 9.696-3/SP, em que o STF, rompendo com longa tradição, mudou o seu entendimento para em certos casos estabelecer restrições à imunidade¹. Esse aresto é tido como o *leading*

* Procurador Regional do Trabalho lotado na PRT da 10ª Região (DF); Mestre em Direito pela PUC-Rio.

1 A Apelação Cível nº 9.696-3/SP, que nos meios forenses ficou conhecida como “Caso Genny”, é originária de uma reclamação trabalhista intentada por Genny de Oliveira em face da Embaixada da República Democrática Alemã, julgada definitivamente em 31.05.89.

case brasileiro no sentido de consagrar inaplicável a imunidade de jurisdição cognitiva para as lides originadas de atos negociais.

O que se propõe é que, enquanto o Estado brasileiro estiver afinado com a tradição da vida diplomática e seguindo os costumes democráticos da comunidade internacional, não haverá suporte legítimo para autorizar qualquer constrangimento a pessoas ou bens de missões estrangeiras. Mas, em contrapartida, sustenta-se também a possibilidade da responsabilização subsidiária da União pela reparação dos prejuízos que essas missões causam a particulares brasileiros, o que encontra indisputável fundamento da Constituição Federal.

Para justificar este entendimento, é necessária a abordagem teórica dos seguintes temas: evolução histórica do instituto da imunidade de jurisdição, pessoal e estatal, como garantia inerente às relações diplomáticas; exegese teleológica das normas da Convenção de Viena de 1961, cuja dimensão é muito mais ampla do que se tem afirmado, eis que contempla também garantias para os Estados signatários; compreensão do correto significado da imunidade jurisdicional na perspectiva de conceitos de direito processual universalmente consagrados; histórico da responsabilidade civil estatal e estudo comparativo de sistemas, com enfoque especial no caso brasileiro; dever da União de indenizar, em caráter subsidiário, seus nacionais prejudicados em decorrência de tratados ou acordos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. É o que se passa a expor.

1 – JURISDIÇÃO E SOBERANIA

Como conceito básico, cabe referir que, no âmbito internacional, as relações entre os Estados estão invariavelmente regidas pela ideia de soberania. Seja nos primórdios, enquanto a atividade diplomática era identificada como personificação do monarca, seja a partir do século XIX, quando já firmado o entendimento de que os embaixadores representavam não o rei, mas o seu Estado, sempre essa ideia se fez presente².

Assim, quaisquer que sejam as variantes do conceito tradicional, estará sempre em evidência a noção de *jurisdição* como seu elemento marcante, na medida em que consagra a ausência de subordinação, indicando que, na ordem internacional, os Estados não são jurisdicionáveis. Se no plano interno as pessoas, qualquer que seja a sua natureza, não escapam à autoridade do Estado, na dimensão interestatal vigora o princípio do “*par in parem non habet iudicium*”,

2 Neste sentido, entre outros, Darcy Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 50 e Albuquerque Mello, *DIP: tratados e convenções*, p. 280).

regra esclarecida por Bartolo de Saxoferrato e que deita raízes medievais³. E os rigores desse conceito de imunidade avançam incólumes pelo menos até metade do século XX⁴.

Este final de século apontou, todavia, para uma nova diretriz que poderá alterar substancialmente as concepções sobre a imunidade de jurisdição. A esse respeito, há sinalizações importantes na Convenção Europeia de 1972, assinada em Basileia, no *Foreign Sovereign Immunities Act* norte-americano, de 1976, e também, em solo britânico, no *State Immunity Act*, de 1978. O Brasil, de sua vez – que consagrara durante décadas o princípio da imunidade absoluta – a partir do já referido julgado do Supremo Tribunal Federal, de 1989, que afastou a imunidade de jurisdição em causa cujo objeto era ato negocial, parece sentir o impacto desses movimentos que vêm do Norte.

2 – AS CONVENÇÕES DE VIENA

O Brasil é signatário das Convenções de Viena de 1961 e de 1963, a primeira sobre relações diplomáticas⁵ e a segunda sobre relações consulares⁶, que tornam expressas várias regras fundamentais sobre imunidades, a maioria delas consagrada pela prática internacional, embora algumas outras tenham tido o alcance de revogar parcialmente o costume anterior. É exatamente neste conteúdo de parcial revogação, porém mediante a fixação de regras escritas, que se localiza a dimensão prospectiva daquele tratado, pois a restrição imposta para as imunidades pessoais ensejou o desenho de uma disciplina sobre inviolabilidades que beneficia os Estados.

A Convenção de 1961 estabelece que os agentes diplomáticos gozarão de imunidade de jurisdição nas ordens penal, civil e administrativa, salvo,

-
- 3 V. Guido Soares, *Das imunidades de jurisdição e de execução*, que oferece uma valiosa resenha histórica sobre a imunidade de jurisdição em confronto com o desenvolvimento da atividade diplomática, p. 1-14 e 38-100 especialmente.
 - 4 Para que se tenha uma ideia dessa posição cronológica, bastaria citar Kelsen, *Principios de DIP*, p. 203, para quem “a ningún Estado le está permitido ejercer, por intermedio de sus propios tribunales, jurisdicción sobre otro Estado, a menos que el otro Estado lo consienta expresamente.”
 - 5 A *Convenção de Viena sobre relações diplomáticas* foi assinada em 18 de abril, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 103, de 1964, e ratificada em 23 de fevereiro de 1965; o depósito do instrumento de ratificação na ONU é de 25 de março de 1965, tendo entrado em vigor para o Brasil em 24 de abril seguinte; foi promulgada pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965, publicado no DO de 11 de junho de 1965. (Apud Nascimento e Silva, *A Convenção de Viena sobre relações diplomáticas*, p. 267).
 - 6 A *Convenção de Viena sobre relações consulares* foi assinada em 24 de abril, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1967, e ratificada em 20 de abril de 1967; o depósito do instrumento de ratificação é de 11 de maio de 1967, tendo entrado em vigor para o Brasil em 10 de junho seguinte; foi promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, publicado no DO de 28 de julho de 1967. (Apud Nascimento e Silva, op. cit., p. 279).

DOCTRINA

quanto a estas últimas, se o interesse for privado (v.g., ações relativas a móveis ou imóveis privados, ações sucessórias, ações ligadas a relações negociais), ou seja, não relacionado com o serviço da missão (art. 31). Relativamente ao pessoal da missão, as imunidades têm o mesmo caráter, ampliando-se, porém, as hipóteses de restrição.

Quanto à Convenção de 1963, também em linhas breves cabe referir que os representantes consulares não gozam de imunidade absoluta em matéria penal. No pertinente à jurisdição civil, as imunidades alcançam apenas os atos diretamente relacionados com os ofícios consulares, não se estendendo ao pessoal do serviço.

É de superior importância, inegavelmente, a Convenção de 1961, até porque nesta a Convenção de 1963 encontraria a fonte escrita que lhe serviu de base. Foi a primeira grande obra de codificação do direito diplomático mediante consolidação de regras consuetudinárias ou estabelecidas em convenções bilaterais. Viena haveria de ser o lugar apropriado para essa Conferência, como elo ao Congresso de 1815, onde se tinham produzido pioneiramente normas sobre relações diplomáticas, em especial quanto à classificação e precedência – e outro não foi o argumento do convite formalizado pelo governo austríaco. A base dos trabalhos, que se iniciaram em 2 de março de 1961, foi o projeto elaborado em 1958 pela Comissão de Direito Internacional, aprovado depois de receber várias emendas que, entretanto, não lhe alteraram substancialmente o conteúdo. São unânimes os estudiosos em afirmar que a Convenção de Viena⁷, mercê da extraordinária adesão recebida, o que lhe empresta caráter universal, e pela sua virtude de positivar um costume muitas vezes controvertido, se coloca entre as grandes obras de codificação do direito internacional.

3 – A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1961 E SUA PROJEÇÃO NORMATIVA

Observa-se não haver discrepância entre os doutrinadores no sentido de que as Convenções de Viena, não obstante a louvável dimensão em que se insere o seu escopo, limitaram-se a consolidar usos, costumes e práticas internacionais anteriores, nada ou muito pouco dispondo contrariamente a estes⁸. Esta, aliás,

7 De ora em diante, quando aparecerem no texto as expressões *Convenção de Viena*, *Convenção de 1961* ou, simplesmente, *Convenção*, o propósito será o de designar a *Convenção de Viena sobre relações diplomáticas de 1961*. A par disso, a simples citação de artigos significa que se referem a essa Convenção.

8 Assim, entre outros, Nascimento e Silva, op. cit., p. 10, e Deák, *Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y sus organos*, p. 389-390.

DOUTRINA

teria sido a razão determinante da expressiva adesão aos seus textos, porque raramente haveria dificuldade de sua conciliação com o direito próprio dos membros da sociedade internacional.

É reconhecida a relevância do esforço de codificação, porque tem o mérito de pacificar o costume a ser aplicado e, a par disso, de reavaliar o significado da regra costumeira que haverá de ter vigência para o futuro. Sob um outro enfoque, é importante também porque, para os Estados que ratificam o texto codificado, as suas normas adquirem força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Todos esses elementos se fazem presentes nas Convenções vienenses⁹.

O sentido mais eloquente de tais Convenções, porém, parece ser aquele que o Professor Alfred Verdross manifestou na condição de Presidente da Convenção de Viena de 1961, e na oportunidade de sua abertura, como reportou Nascimento e Silva¹⁰:

“(...) e salientou entre outras coisas que, embora as regras sobre as relações diplomáticas constituam a mais estável e menos controvertida parte do Direito Internacional costumeiro, havia fortes argumentos no sentido de sua codificação numa convenção internacional. Lembrou que a codificação nunca é uma mera declaração do Direito costumeiro; seu objeto é ainda o de precisar as regras consuetudinárias – quase sempre vagas e incertas – e até de transformar práticas baseadas na mera cortesia em regras de direito, se as necessidades da nova comunidade internacional assim o exigirem. Acrescentou que o costume, outrora a mais importante fonte do Direito Internacional perdera sua predominância, pois o mundo atual, em constantes mutações, exigia um processo mais rápido do que o costume, cujas regras só poderiam surgir devagar e em face de condições relativamente uniformes e estáveis.”

Diverge-se, portanto, com todas as vênias, dessa doutrina que vislumbra somente consolidação de costumes na Convenção de Viena de 1961 e, em sentido inverso, nos capítulos seguintes, passa-se a demonstrar que esse instrumento, no atinente ao tema fundamental das imunidades, realmente operou transformação, apresentando nova e atualizada configuração para esse instituto jurídico.

9 Javier Pérez de Cuéllar, *Manual de derecho diplomático*, p. 16, observa: “La Convención es el avance más importante en la codificación del Derecho Diplomático y del Internacional en general. En efecto, ese instrumento, que a diferencia de la Convención de La Habana, es de carácter universal por haber sido ratificada por la casi totalidad de los Estados, tiene el mérito de enmendar y codificar usos y costumbres que hasta entonces estaban dispersos, confusos, o impugnados o controvertidos y de introducir nuevas y necesarias prácticas y convertir el todo en normas de derecho positivo, prácticamente en un código de relaciones internacionales”.

10 A referência foi colhida em Nascimento e Silva, op. cit., p. 14.

4 – A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO COMO PRIVILÉGIO ESTATAL

De igual modo como se considera que as Convenções vienenses, salvo raras exceções, limitaram-se a consolidar práticas antigas, é corrente a afirmação de que, no tocante às imunidades, também não se fez mais do que ratificar o costume. Vige, ademais, o argumento de que essas normas cuidam de disciplinar a inviolabilidade pessoal de diplomatas e cónsules, mas nada preveem quanto à imunidade de entes estatais¹¹.

Aí um dos pontos fundamentais a exigir análise. Sem desmerecer, absolutamente, tais escólios doutrinários, parece inegável que, de forma no mínimo *indireta*, teriam sido consagradas, sim, imunidades dos *Estados*, conclusão que transparece a partir da exegese sistemática dos textos convencionais, porque, conforme se explicita nos preâmbulos das duas Convenções, “a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos”¹², mas, sim, o de assegurar a atividade proveitosa das missões diplomáticas e das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados¹³ – ou seja, o titular primeiro dessas imunidades é o Estado acreditante.

Além disso, acrescente-se, as Convenções garantem que estão protegidos da execução não só os bens do pessoal do serviço, mas igualmente os bens móveis e imóveis das repartições diplomáticas e consulares; quanto a este segundo alcance do privilégio – portanto, não só relativamente ao pessoal – confirma-se a observação no sentido de que as inviolabilidades são concedidas no interesse do Estado estrangeiro. Neste ponto, igualmente já resulta certo que a isenção de execução se encontra expressamente regrada, e não só em relação aos indivíduos.

11 Neste sentido, entre muitos outros, Rezek, *Direito internacional público: curso elementar*, p. 173. Esse mesmo argumento esteve no voto do Ministro Rezek, quando do julgamento do Caso Genny.

12 Este considerando tem a seguinte redação no preâmbulo da Convenção: “*Reconhecendo* que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, o de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões Diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados”.

13 Cf. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público*, p. 480-481: “Pondremos de relieve, en tercer término, que el eje de la regulación no está constituido por las personas físicas que integran la misión diplomática, sino por la misión en si, entendida como órgano institucional de las relaciones diplomáticas y distinta conceptualmente de las personas físicas que la componen. Estamos, por decirlo así, ante una despersonalización de las relaciones diplomáticas. La última característica que queremos subrayar está en íntima relación con la anterior y es que los privilegios e inmunidades diplomáticos no se conceden sobre una base personal sino funcional. El propio preámbulo de la Convención ha querido destacar esta idea cuando en su párrafo tercero reconoce que tales ‘inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados’. Se trata del principio *ne impediatur legatio*”.

DOUTRINA

Considere-se, ainda, que a renúncia à imunidade há de ser expressa, porém – e isso é especialmente relevante – mesmo em se tratando de imunidades pessoais, somente ao Estado acreditante se confere legitimidade para formalizar renúncias (Convenção de 1961, art. 32, §§ 1º e 2º)¹⁴, donde se conclui que eventual renúncia manifestada, v.g., por agente diplomático, sem expressa autorização do Estado de envio, não produz qualquer efeito¹⁵.

Na medida em que o Estado acreditante é o único titular das imunidades, conquanto desse privilégio se beneficiem as pessoas a seu serviço, decorre que, se proposta demanda em face de seu agente diplomático ou consular (em razão de ato praticado no exercício de suas funções), seria indispensável interpelar-se não o cônsul, não o agente, mas, sim, o próprio Estado estrangeiro, para vir dizer, ou não, da renúncia¹⁶. Por consequência, seria necessário interpelar-se o Estado acreditante quando se tratasse de demanda contra ele proposta, ante a razão de que os bens das repartições diplomáticas ou consulares ao Estado estrangeiro pertencem, por destinação ou por afetação.

É inegável, todavia, que a imunidade de jurisdição *do Estado* ultrapassa os limites das normas convencionais formalmente estipuladas, porque corresponde a um dos princípios fundamentais do Direito Internacional, com esteio em vetusta regra costumeira segundo a qual não pode haver submissão entre iguais (*par in parem non habet iudicium*). Tal afirmação – é imperioso ressaltar – deve ser entendida sob o pressuposto de que as normas vienenses não esgotaram o costume internacional quanto às imunidades dos Estados, porém, naquilo que foi objeto de codificação não poderá mais haver invocação de regra consuetudinária (*pacta sunt servanda*).

Cabe, agora, ainda que superficialmente, um exame das normas codificadas.

14 Art. 32, § 1º O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus Agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade nos termos do art. 37. § 2º A renúncia será sempre expressa.

15 Cf. Albuquerque Mello, *Curso de direito Internacional público*, p. 941: “Entretanto poderá haver renúncia à imunidade de jurisdição do agente diplomático ou de qualquer pessoa que dela se beneficie. Esta deverá ser feita expressamente pelo Estado acreditante”. E a seguir esclarece, p. 956: “A imunidade é dada no interesse do Estado acreditante, a fim de que o agente diplomático possa bem representá-lo; em consequência, a renúncia cabe a ele e não ao agente diplomático”. Neste mesmo sentido, também Luis Ivani de Amorim Araújo, *Curso de direito internacional público*, p. 267; Mello Boson, *Direito internacional público*, p. 297; e Quel Lopez, *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos*, p. 59.

16 Para ilustrar, é do Ministro Rezek, op. cit., p. 172, a referência ao caso *Balmaceda-Waddington*, que “(...) ilustra a impossibilidade da renúncia ao privilégio por parte do próprio diplomata, ainda que não seja sua pessoa, mas a de um familiar, o alvo da ação deduzida em juízo (...)”.

5 – AS RESTRIÇÕES ÀS IMUNIDADES

É no art. 31 da Convenção¹⁷ que se encontra o regramento específico da imunidade de jurisdição, e bem assim das respectivas exceções. Quanto a estas, contempla duas espécies, civil e administrativa. Portanto, porque não sofre qualquer ressalva, diz-se que a imunidade de jurisdição penal é absoluta¹⁸. Neste ponto, verifica-se mantida a tradição, forte no entendimento de que a infração criminal, ante a possibilidade que sempre oferece de tolher a liberdade pessoal, poderia impedir o exercício normal das funções do agente diplomático.

No tocante à jurisdição não penal, registre-se, o clima da época já não era propício para sustentar-se a imunidade absoluta, e isso a despeito de antigo costume que ainda pudesse justificá-la. É que esses novos tempos, contemporâneos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passaram a exigir uma perspectiva mais humanística das instituições. Além disso, os golpes sobre a imunidade plena eram já eloquentes em decisões judiciais nos quatro cantos do mundo¹⁹ e, por fim, quando se tratasse de jurisdição civil ou administrativa, já não se poderia argumentar com o risco de limitação da liberdade do agente diplomático.

Conclusão que pode, desde logo, ser extraída desse contexto normativo é que, da redação das alíneas do § 1º resulta, por uma via indireta – porém afeiçoada inteiramente com o manifesto do preâmbulo – a imunidade em prol do próprio Estado, posto que, em se tratando de bens seus ou de sua posse, não haveria como cogitar-se de exceções.

17 Art. 31, § 1º O Agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o Agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da Missão; b) uma ação sucessória na qual o Agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário; c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo Agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais. § 2º O Agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha. § 3º O Agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução, a não ser nos casos previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 1º deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência. § 4º A imunidade de jurisdição de um Agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

18 Nascimento e Silva, *op. cit.*, p. 144, emenda com acerto: “A circunstância de a Justiça do Estado acreditado poder julgar diplomata em caso de renúncia expressa não modifica o caráter absoluto da imunidade penal”.

19 Cf. Pastor Ridruejo, *op. cit.*, p. 525: “Es lo cierto que, aunque hasta épocas recientes la tesis de la inmunidad absoluta contaba todavía con numerosos e firmes partidários (particularmente, y por razones obvias, los antiguos Estados socialistas como la Unión Soviética, Hungría, Polonia, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, etc.), la teoría de la inmunidad restringida está ganando progresivamente adeptos, especialmente entre los países occidentales”.

DOUTRINA

A crônica de Nascimento e Silva sobre os debates travados em Viena em torno da matéria do art. 31 oferece um valioso panorama dos interesses em jogo, valendo destacar: primeiro, não obstante a expressiva corrente²⁰ que almejava fazer prevalecer o conceito de imunidade absoluta, até então vigorante nos termos da Convenção de Havana de 1928²¹, acabou vingando a eleição de restrições; segundo, o propósito de ampliar ainda mais os casos de restrição²² esbarraria no temor de se abrir brecha à inviolabilidade pessoal do agente diplomático; terceiro, a despeito de terem sido vigorosos os embates de vertentes adversas – sobre pontos cruciais, mas especialmente no tocante às imunidades – houve sempre a preocupação com a coerência na fixação de normas e um respeito louvável ao direito de acesso à justiça, considerados os padrões da época.

Exceção feita à matéria de ordem penal, que não sofreu qualquer restrição, o terreno estava pronto para tornar relativa a imunidade quanto aos atos meramente negociais. A resistência ensaiada pelos Estados de maior poderio econômico apenas revelaria o quanto lhes desagradava a sua submissão a jurisdições de países menos desenvolvidos. Por outro lado, seria de acolher-se a crítica no sentido de que as exceções à imunidade poderiam ter sido mais amplas, sobretudo porque as hipóteses previstas no art. 31 são todas relacionadas com a atividade particular do agente diplomático, não alcançando em nenhum momento a atividade do Estado acreditante²³. Não obstante, a fundamental importância da Convenção foi a de codificar exceções, reconhecer que a imunidade não poderia ser mais, em todos os casos, absoluta, abrindo assim terreno para que a prática posterior viesse justificar outras hipóteses de restrições, a que haveria de se submeter, também, a atuação do próprio ente estatal.

Talvez os resultados concretos tenham ficado aquém da expectativa, mas os debates gerados sobre o problema da responsabilidade civil servem para apontar a preocupação de, em alguns casos, não deixar o prejuízo sem

20 Cf. Nascimento e Silva, op. cit., p. 143, 145 e 146.

21 É categórico o art. 19 da Convenção de Havana, cf. Albuquerque Mello, *DIP: tratados e convenções*, p. 17: *Os funcionários diplomáticos estão isentos de toda jurisdição civil ou criminal do Estado ante o qual se acham acreditados, não podendo, salvo no caso em que, devidamente autorizados pelo seu Governo, renunciem à imunidade, ser processados e julgados senão pelos tribunais do seu Estado.*

22 Propugnado por outro forte segmento naquela Conferência, que não deixou de lembrar o Projeto de Epiácio Pessoa, onde eram em número de seis as hipóteses de restrição às imunidades.

23 Considerava-se, à época, que as questões propostas ao exame judicial eram, em sua maioria, decorrentes de danos causados por agentes diplomáticos, com foco especial sobre acidentes de tráfego. Nem por isso a Convenção de Viena contemplou exceção para essa espécie de responsabilidade. De igual sorte ficaram deliberadamente fora do elenco das restrições as causas decorrentes do inadimplemento das obrigações sociais (*rectius*, créditos de empregados), embora a questão tenha sido objeto de amplos debates na Conferência.

reparação²⁴. Essas novas concepções iriam inspirar de forma indelével o problema extremamente controvertido da chamada imunidade de execução, que ora se passa a examinar.

6 – “IMUNIDADE DE EXECUÇÃO”

De pronto, cabe considerar que a *imunidade quanto às medidas de execução de sentença*, que está no § 4º do art. 32²⁵, não é, no sentido estrito, *imunidade*, e muito menos *imunidade de execução*, mas apenas outro caso de *inviolabilidade*²⁶, a exemplo daquele regrado no § 3º do art. 31.

Invioláveis são os locais da Missão (art. 22, § 1º), porque se encontram a salvo de quase todos os poderes administrativos do Estado acreditado, que ademais tem o dever de protegê-los de qualquer perturbação (§ 2º), sendo, por fim, inalcançáveis por medidas de execução (quer se trate de busca, requisição, arresto, sequestro ou de qualquer outro ato construtivo), neste caso, evidentemente, quando seja possível o exercício da jurisdição (§ 3º)²⁷.

O art. 22, portanto, reveste-se de especial relevância para o entendimento da chamada “imunidade de execução”. Numa primeira abordagem, porque deixa claro que a execução é possível, como corolário da jurisdição, sempre que admissível o exercício desta. A restrição que o dispositivo faz, tal como se repete mais adiante, no art. 32, é quanto a determinados atos de execução –

24 Destaque-se a hipótese de responsabilidade prevista na alínea *c* do § 1º do art. 31, que afasta a imunidade quando o dano resulta do exercício particular de profissão ou comércio pelo funcionário diplomático, embora tais atividades estejam proibidas por força do disposto no art. 42.

25 Art. 32, § 4º A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações cíveis ou administrativas não implica renúncia à imunidade quanto às medidas de execução da sentença, para as quais nova renúncia é necessária.

26 É sutil, porém eloquente, a distinção entre *inviolabilidade* e *imunidade*, tal como traduzida por Pérez de Cuéllar, op. cit., p. 86, citando o professor austríaco: “Verdross establece una interesante diferencia entre la inviolabilidad y las inmunidades al afirmar que la primera, que es la protección que extiende el Estado receptor al agente contra cualquier ataque, determina una clara obligación de hacer, de proteger, de prevenir el atentado o de repararlo, si no se ha podido evitarlo; mientras que la inmunidad origina una obligación de no hacer en el Estado receptor, es decir, de no aplicar su poder jurisdiccional al agente diplomático”. É nesta exata acepção que esses termos serão empregados ao longo deste artigo. Por outro lado, fique esclarecido que a *inviolabilidade* refere-se tanto a pessoas quanto a coisas, eis que por ela se garante a proteção física dos agentes diplomáticos e igualmente dos locais da missão; neste sentido, entre outros, Pérez de Cuéllar, op. cit., p. 86, e Rezek, op. cit., p. 168-169.

27 Art. 22, § 1º Os locais da Missão são invioláveis. Os agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão. § 2º O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas a sua dignidade. § 3º Os locais da Missão, seu mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca ou requisição, embargo ou medida de execução.

embora neste elenco se contemple a maior parte das providências tipicamente executórias – exatamente aqueles que podem acarretar desrespeito ou desconhecimento da garantia geral da inviolabilidade.

É preciso, pois, distinguir entre a execução, propriamente dita, como atividade jurisdicional do Estado, das medidas de execução que tornam efetivo aquele poder. Se a Convenção quisesse estabelecer que a execução não seria admissível, embora reconhecendo que em certos casos a jurisdição seria exercitável – desafiando assim todo o conhecimento científico sobre a matéria – tê-lo-ia dito expressamente. Houvesse uma cláusula neste sentido – e deliberadamente não foi ajustada – não se precisaria dizer que tais ou quais medidas estariam vedadas, senão que, sendo impossível a execução, não se poderia pensar em qualquer hipótese de ato material com essa finalidade²⁸.

7 – JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO

Nem mesmo em se retrocedendo ao direito romano dos primórdios seria possível pensar-se em jurisdição separada da execução, ou que ao poder de declarar o direito não se lhe seguissem, como corolário, atos tendentes à sua efetiva satisfação. No máximo, poderia haver uma separação lógica ou cronológica entre essas fases, como, aliás, até hoje se pode comprovar. Um dos grandes debates processuais do século XX teve foco sobre o binômio *cognição* e *execução*, para investigar se se tratava de duas fases de uma mesma demanda ou se, ao contrário, constituíam processos autônomos; tirante essa questão puramente teórica e mais afeiçoada à técnica processual, jamais se cogitou de que a sentença validamente proferida no processo de conhecimento pudesse ser insuscetível de execução.

Evitando-se maiores considerações sobre o período das *legis actiones*, ante o barbarismo que caracterizava as suas medidas executórias, os estudos do Direito romano da fase clássica e, depois, da *cognitio extra ordinem*, levaram à convicção de que os atos de *imperium* não integravam tipicamente a *jurisdictio*, problema exclusivamente conceitual e decorrente de uma divisão de

28 Cf. Nascimento e Silva, op. cit., p. 108, traz importante consideração para o entendimento da norma: “O § 3º do art. 22 tem sido considerado, inclusive pelos Estados Unidos e pela Finlândia, como supérfluo. A rigor, a inviolabilidade absoluta, conforme reconhecida no § 1º do artigo, cobre satisfatoriamente as hipóteses enumeradas. A Comissão de Direito Internacional, contudo, julga que tem seu valor próprio no sentido de que nem com ordem judiciária poderá haver ingresso nos locais”. É certo, tendo em vista a finalidade apontada, que a norma seria extravagante, todavia – e este é o seu conteúdo de maior expressão – na medida em que esclarece ou interpreta, deixa transparente a noção de que a inviolabilidade que está no § 1º é só *inviolabilidade*, nada mais, e não pode ser confundida com imunidade jurisdicional executiva.

competências, que, entretanto, nunca autorizou a afirmação sobre a existência de decisão definitiva inexecutível²⁹.

Afora isso, não resta dúvida de que o conceito de jurisdição, tanto ontem quanto hoje, pressupõe como possível a atividade executória: assim Liebman, para quem a execução é complementar da jurisdição, sem deixar de ser necessária³⁰; Chiovenda, que vislumbra na execução a atuação da lei³¹; Calamandrei, identificando na execução uma atividade jurisdicional de revelação da vontade concreta da lei³²; Crisanto Mandrioli, que nessas duas atuações detecta uma única exigência de tutela jurisdicional³³; Arturo Rispoli, esclarecendo que os provimentos executórios escapam de qualquer caráter administrativo³⁴. A doutrina brasileira, de sua vez, não discrepa dessas concepções³⁵.

Não obstante, em se tratando do direito das gentes, tem insistência o argumento de que a execução é um componente ou elemento absolutamente divorciado da jurisdição, no sentido de que a eventual instauração do processo de conhecimento – seja pelo afastamento compulsório da imunidade de “jurisdição”, seja pela renúncia – não assegura a execução da sentença que transita em julgado, que só se tornaria viável na hipótese em que a pessoa jurídica de direito público externo demandada viesse renunciar, expressamente, à imunidade de execução. Compartilham desse entendimento renomados comentaristas do direito internacional³⁶, mas também na especializada doutrina trabalhista

29 Ver, a respeito, considerações de Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 9.

30 Liebman, *Processo de Execução*, p. 4.

31 Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 8.

32 Calamandrei, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, p. 67.

33 Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, p. 29-30.

34 Arturo Rispoli, *Istituzioni di diritto amministrativo*, p. 415.

35 Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, p. 3; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, tomo II, p. 5; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, p. 24.

36 Cf. Deák, op. cit., p. 399: “También dispone (la Convención de Viena) que la renuncia en procedimientos civiles o administrativos no significa la renuncia de inmunidad a la ejecución. Esta última exige una renuncia separada e presumiblemente expresa”; Quel Lopez, op. cit., p. 62: “En efecto, la virtualidad de la renuncia se centra más en el ámbito político que en el jurídico. Ello es especialmente perceptible en relación con los procesos civiles y administrativos donde los particulares demandantes no tienen, a pesar de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, la posibilidad de ver satisfecha su reclamación si no es mediante un acto expreso de renuncia a la inmunidad de ejecución por parte del Estado acreditante”; Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, p. 941: “A renúncia à imunidade de jurisdição não significa renúncia à imunidade de execução. Para que esta última ocorra há necessidade de uma nova renúncia”; Rezek, op. cit., p. 171: “O Estado acreditante – e somente ele – pode renunciar, se entender conveniente, às imunidades de índole penal e civil de que gozam seus representantes diplomáticos e consulares. Estipulam as Convenções de Viena que, no foro cível, a renúncia atinente ao processo de conhecimento não alcança a execução, para a qual nova renúncia se faz necessária (norma singular, que em doutrina já foi considerada *imoral*)”; Seitenfus e Ventura, *Introdução ao direito internacional público*, p. 138: “Admite-se, entretanto, que o Estado estrangeiro

pátria essa linguagem foi amplamente incorporada, e merece referência especial porque, no Brasil, as reclamações de empregados correspondem a cerca de 80% das demandas contra entes estatais estrangeiros³⁷.

Está claro que referida concepção só recebe agasalho em virtude de argumentos políticos³⁸, nunca por razões juridicamente sustentáveis. O mais curioso é notar que os defensores de tão insólita separação entre jurisdição e execução dizem encontrar os fundamentos nas regras da Convenção de Viena de 1961, como se esta tivesse sido a intenção daquele tratado, o que absolutamente não é verdadeiro, como a seguir se expõe.

8 – AS GARANTIAS DE INVIOABILIDADE

O problema, agora, reclama a exegese do § 4º do art. 32, que trata da renúncia à imunidade. E mais uma vez é oportuno que se busque apoio no testemunho de Nascimento e Silva sobre os debates que na Conferência de Viena se travaram a respeito desse dispositivo, cujo conteúdo revelou-se fonte de ampla controvérsia, tanto quanto a história mais recente das imunidades.

Os termos da redação da norma, é de reconhecer-se, ficaram no plano de uma generalidade indesejável, sobretudo em se tratando de matéria tão importante³⁹. Essa falta de precisão terminológica – porque dava a entender que

proceda à *renúncia* da imunidade de seu agente, pessoa física, para que ele possa ser polo passivo de um processo perante o Judiciário local. Uma *segunda renúncia* de parte da Nação alienígena será necessária para que eventual sentença condenatória venha a ser executada”.

- 37 A exemplo, Franco Filho, *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público*, p. 47: “Em síntese, significam que o ente de DIP goza de imunidade de jurisdição, que é renunciável, mas também possui isenção de execução, igualmente renunciável em certos casos. O primeiro princípio precede ao da renúncia. E um exclui o outro, dado que, em havendo renúncia à isenção de jurisdição, e não ocorrendo renúncia à isenção de execução, resultará ineficaz a sentença prolatada contra estes privilégios, dado que também é necessária outra nova e expressa renúncia para que se proceda à efetivação do julgado”. O mesmo autor, escrevendo depois do *leading case* brasileiro, reafirmou sua posição: “Tenho dedicado alguns estudos a esse respeito, desde antes da atual Constituição da República, e, depois de sua promulgação, quando definida a competência da Justiça do Trabalho neste particular, passei a sustentar a necessidade de conservação da imunidade de jurisdição e, de igual sorte, da segunda imunidade, a de execução, por motivos históricos, legais e de ordem prática”. (*O princípio da dupla imunidade e a execução do julgado contrário a ente de Direito Internacional Público*, p. 3)
- 38 Michel Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes*, p. 61-62, vai ao ponto nevrálgico da questão: “Or les raisons pour lesquelles un État bénéficie d’immunités ne se trouvent pas uniquement dans le droit. Un fondement juridique n’arriverait pas à expliquer entièrement de phénomène de l’attribution du privilège. On saurait sans doute comment il est accordé, mais on ne saurait pas nécessairement pourquoi”.
- 39 Informa Nascimento e Silva, op. cit., p. 160, que o ponto de partida fora o esboço do Professor Sandström, que redigira o dispositivo da seguinte maneira: *A renúncia da imunidade de jurisdição, no tocante a ações judiciais, não implica renúncia da imunidade quanto à execução da sentença*. Guardada a cautela de que o português não era idioma oficial da Convenção, estando, pois, sob foco, por enquan-

se instituiria uma nova imunidade (a de execução), depois de afastada a imunidade de jurisdição – provocou, em plenário, imediata reação, com proposta de emenda que visava suprimir o § 4º: “O Senhor Mariscal, do México, defendeu sua emenda, argumentando que a renúncia à imunidade de jurisdição tornar-se-ia letra morta, se não acarretasse automaticamente em renúncia, no tocante à execução da sentença, pois, do contrário, haveria um tratamento desigual para as partes”. Referida moção, além de Espanha, era acompanhada também por Venezuela, cujo Delegado argumentou: “(...) era inconcebível que, se tivesse havido renúncia de imunidade numa ação judicial, não ocorresse renúncia automática quanto à execução da sentença”⁴⁰. Como se vê, tais intervenções encontram-se alinhadas com a crítica acima desenvolvida a respeito de uma suposta separação entre jurisdição e execução.

Registre-se, não obstante, que provavelmente não faltaram pronunciamentos em defesa de uma cisão da *jurisdição*, até mesmo porque esta parece ser a alternativa adotada pelo embaixador brasileiro⁴¹. É claro que nem o esboço e nem a Convenção pretenderam chegar a esse extremo, porém, se houve tal desiderato, não ficou de modo nenhum materializado nos preceitos aprovados.

Necessário, portanto, repetir que, no § 4º do art. 32, quando se refere às *medidas de execução*, a palavra *imunidade*, ali, foi empregada no seu sentido largo, e para se referir apenas à *inviolabilidade*. E era imperioso que se fizesse tal referência, porque, estando facultada a renúncia à *imunidade de jurisdição*, nos termos do § 1º do art. 32, seria adequado esclarecer que esse ato de vontade não implicaria renúncia à *inviolabilidade*, para o que se exigiria nova e expressa declaração. Em outras palavras, a autorização para que se processasse a demanda (art. 32, § 1º) não importaria, só por isso, em permitir-se que

to, apenas a tradução brasileira, as diferenças em relação ao texto definitivo são sutis, mas merecem análise: a) a expressão *ações judiciais* veio a ser substituída por *ações civis ou administrativas*, e o sentido foi nitidamente o de esclarecer que não se tratava, no caso, de imunidade de jurisdição penal; b) a expressão *não implica renúncia da imunidade quanto à execução de sentença* veio a ser substituída por *não implica renúncia à imunidade quanto às medidas de execução de sentença*, o que a rigor são coisas diferentes, numa relação da parte para o todo, mas não parece que a mudança ocorrida tenha tido o propósito de alterar o conteúdo.

40 As citações são colhidas em Nascimento e Silva, *idem*, *ibidem*, que sobre o assunto registra, ainda, a inconformidade de Líbia, Marrocos e Tunísia.

41 Quanto a este aspecto, assim se manifesta Nascimento e Silva, *idem*, *ibidem*: “Embora, de um ponto de vista puramente teórico, se possa dizer que a renúncia à imunidade de jurisdição deve significar renúncia automática, no tocante à execução da sentença, considerações várias, inclusive algumas políticas, justificam a manutenção da distinção. Em alguns casos, o Estado acreditante poderia concordar com a sujeição de um Agente diplomático seu à justiça local, visando conseguir uma perfeita elucidação do caso, sem desejar que medidas de execução fossem adotadas com relação ao mesmo. Além do mais, a distinção conta com a aceitação doutrinária e consuetudinária do Direito Internacional, e não haveria vantagem em abolir a citada distinção entre a imunidade de jurisdição e a imunidade de execução”.

a subsequente execução se efetivasse, por exemplo, portas adentro da sede da embaixada (com infração, portanto, da garantia de inviolabilidade prevista no § 3º do art. 31). Daí a absoluta correção topológica do art. 32, exatamente para disciplinar as hipóteses de renúncia quanto à imunidade prevista no artigo imediatamente anterior. Contudo, enfatize-se, desde que aberta a imunidade de jurisdição, inexistente na Convenção qualquer comando que proíba a subsequente execução; seguindo-se uma interpretação sistemática, esta será sempre possível, independentemente de qualquer ato de renúncia, desde que o poder judiciário cuide de observar os limites traçados no § 3º do art. 31.

Estabelecidos esses pressupostos, verifica-se a coerência do § 4º quando se refere às *medidas de execução*, e não à *execução*. Esta é o próprio processo, aquelas são os atos que levam o processo adiante. E, neste passo, uma nova indagação: quando a norma veda a efetivação de medidas executórias, não estaria impedindo a própria execução? Em tese, a resposta há de ser negativa, e mais uma vez é imprescindível a exegese sistemática, porque o § 4º do art. 32 tem de ser lido em combinação com o § 3º do art. 31. Este, ao estabelecer que determinadas providências executórias não podem ser realizadas, porque afetam a inviolabilidade do funcionário diplomático, está, por uma compreensão *a contrario*, permitindo a execução; ou seja, a execução é possível dentro de certos limites ou ressalvas. Por conseguinte, é a tais medidas executórias que se refere o § 4º, e somente isso. Se o § 4º estivesse endereçado ao processo de execução como um todo, resultaria absolutamente extravagante e desprovida de significado a regra do § 3º do art. 31. Pode-se objetar que, em certas passagens, a Convenção de Viena não primou pelo rigor terminológico, mas certamente não peca pela incoerência ou pelo conflito entre seus dispositivos. Seria mesmo desejável uma limpidez maior do texto – circunstância que tem sido alvo de críticas⁴² – sobretudo ante a superior relevância do instituto da imunidade, e só por razões de ordem política é que remanescem tais impasses, que, entretanto, estão longe de serem insuperáveis.

9 – EXECUÇÃO EM FACE DO ESTADO ESTRANGEIRO

Relativamente ao Estado acreditante, a Convenção fixou, modo expreso, inviolabilidades *in rem* (art. 22, *os locais da missão são invioláveis*); quanto ao agente diplomático, disciplinou inviolabilidades *in personam* (art. 29, *a pessoa*

42 Indispensável o registro da observação perspicaz de Pastor Ridruejo, em prólogo do livro de Quel Lopez, op. cit., p. 13-14: “Hay que señalar de otro lado que el régimen de Viena no es todo lo preciso que hubiese cabido esperar de un setor codificado del Derecho Internacional. El régimen presenta ambigüedades, vaguedades, quizá algunas deliberadas. Pero los Estados parecen querer convivir con esas vaguedades, parecen tener pánico por reabrir, para mejorarla, la obra codificadora”.

do agente diplomático é inviolável) e *in rem* (art. 30, *a residência do agente diplomático goza da mesma inviolabilidade*). A imunidade de jurisdição no tocante ao funcionário diplomático vem escorreitamente regrada (art. 31), enquanto que para o ente estatal não se usou a mesma linguagem. Para entender-se a distinção de tratamento, será bastante situar a Convenção no seu tempo: início da década de 60, passados já cinquenta anos, época em que não eram tão intensas as agressões ao princípio da imunidade absoluta do Estado, de modo que deve ter parecido dispensável um regramento mais minucioso sobre a matéria. De tal modo, não havia urgência em codificar regras sobre uma imunidade que para os Estados era, em virtude de arraigada tradição, internacionalmente admitida. Nesse terreno atuaria, como sempre atuou, o costume, e é também em virtude do costume, escoltado por inúmeros precedentes judiciais, que se pode afirmar a crescente relativização do conceito de imunidade estatal.

Numa perspectiva histórica, é instigante o estudo que busca aferir se por primeiro surgiu a imunidade dos lugares ou a das pessoas⁴³. Se a imunidade pessoal é quase tão antiga quanto à dos lugares, de igual sorte não seria preciso codificar a imunidade de diplomatas. E nem foi esse o objetivo primeiro da Convenção de Viena: o que se queria sim, muito mais do que positivar essa imunidade, era disciplinar as suas exceções. Como se a Conferência vienense tivesse sido instalada para prestar contas e dizer ao mundo que os diplomatas, não obstante a elevada importância de suas funções, não eram pessoas acima do bem e do mal⁴⁴.

Se, apesar das parcas resistências que ainda se verificam, é certo que deixou de ser, em todos os casos, absoluta a imunidade do ente estatal – o que leva forçosamente a admitir que possa ser demandado – como seria, então, efetivada a respectiva execução, em caso de sentença condenatória? Esse regramento, por certo, inexistente na Convenção de Viena e, embora ali se garanta uma inviolabilidade *in rem*, a matéria do art. 22 está aquém da magnitude do

43 V. Guido Soares, *Evolução e perspectivas do conceito de imunidade de jurisdição*, p. 5-6.

44 Quando mais não fosse para fixar o verdadeiro conteúdo do instituto da imunidade, exemplarmente traduzido por Deák, op. cit., p. 388: “El verdadero significado de la palabra ‘inmunidad’ en este contexto debe entenderse con toda claridad. Inmunidad significa del ejercicio de jurisdicción, no inmunidad de la jurisdicción misma. Los diplomáticos no se encuentran por encima del derecho vigente en el Estado que los recibe, y el Estado no queda impedido de formular una legislación aplicable a todas las personas que estén dentro de su jurisdicción territorial”. Também, com a sua reconhecida autoridade, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, p. 83: “Não se trata de falta de jurisdição, por princípio de direito das gentes; e sim de isenção a favor de alguém (exclusão relativa). Por isso é renunciável a isenção. Uma das consequências dessa distinção é que os Chefes de Estado e os agentes diplomáticos podem ser autores”. O resultado prático da aplicação de tal princípio encontra-se materializado no § 1º do art. 41 da Convenção.

problema. E, prosseguindo-se no questionamento, poderia o Estado acreditante renunciar à inviolabilidade prevista nesse art. 22?

Como ponto de partida, é fundamental a consideração de que os bens do Estado, por integrarem o patrimônio público, estão a salvo de qualquer espécie de constrição. Diz-se isto a respeito de bens de qualquer Estado. Ainda que não se possa, categoricamente, afirmar que a regra da impenhorabilidade, por exemplo, vigore nos quatro cantos do planeta, é inegável que se trata de um princípio universal. Portanto, se, no Brasil, seria impensável a hipótese de renúncia à impenhorabilidade, ante a absoluta indisponibilidade do direito, a mesma regra terá de ser observada relativamente aos Estados estrangeiros, seus pares no concerto internacional, que aqui mantêm suas missões. Como desdobramento desse princípio, incide, ou deveria incidir, a regra da reciprocidade, relativamente às missões que o Brasil possui no exterior⁴⁵.

Portanto, a norma do art. 22, ao regular a inviolabilidade dos locais da missão, é de um conteúdo extremamente rarefeito, se confrontado com o princípio da intangibilidade dos bens públicos. Em verdade, ela ali está não para esgotar o benefício da inviolabilidade, mas principalmente para assegurar a obrigação de fazer que o sistema impõe ao Estado acreditado, no sentido de resguardar os locais da missão de qualquer interferência externa, tal como no seu § 2º se encontra estatuído⁴⁶.

Como corolário, ainda que se tratasse de bens não afetados ou não destinados diretamente ao desempenho das atividades da missão, mesmo assim não poderia haver constrição sobre patrimônio do Estado estrangeiro⁴⁷. A situação, aqui, portanto, é diversa daquela que regula a inviolabilidade do agente diplomático, nos termos do previsto no § 3º do art. 31.

45 Tudo isso a despeito de serem conhecidos inúmeros casos de penhora de bens de embaixadas e consulados brasileiros no exterior. É inegável que, em tais ocorrências, configura-se uma direta violação ao princípio do *par in parem*, que deve ser entendido não só como a vedação de se sobrepor uma soberania à outra, mas também como a necessidade de se observar tratamento recíproco e isonômico, quando seja possível o exercício do *imperium* ou do *iudicium*.

46 Pastor Ridruejo, op. cit., p. 490-491, destaca a preocupação com problemas dessa espécie: “Queremos señalar que en los últimos años, la norma sobre inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas ha sido objeto de espectaculares *violaciones*, que en algunos supuestos han afectado a misiones diplomáticas españolas”.

47 Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, p. 70-71, alinhando-se a concepções ordinariamente vigorantes na Europa, admite exceções a tal princípio: “Esta inmunidad comprende las ‘medidas coercitivas, incluida cualquier medida de embargo y ejecución’ a los bienes del Estado extranjero, y es la regla de base que apenas contempla dos excepciones: por un lado, los bienes estatales afectos específicamente a fines comerciales y no gubernamentales; de otra parte, cuando el Estado extranjero ha consentido expresamente en la ejecución de sus bienes (arts. 21 y 22)”. Ressalve-se, porém, que tais exceções não são autorizadas no ordenamento brasileiro.

10 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Neste ponto, a abordagem que se propõe encontra foco no argumento de que, sob o ponto de vista do direito material, a fixação da responsabilidade civil do Estado estrangeiro, com o escopo de valer reciprocamente no âmbito internacional, se torna tanto mais viável na medida em que cada um dos Estados nacionais tenha aportado, em seus próprios ordenamentos, uma experiência mais ou menos uniforme sobre a matéria. Em outros termos, para estabelecer-se um critério unívoco, que pudesse ser admitido com facilidade, pressuposto relevante seria o reconhecimento de que cada um dos componentes da comunidade internacional consagra, no plano interno, a responsabilidade da Administração. Não seria mais do que projetar as soluções domésticas para o concerto planetário.

Se os atos de gestão praticados em solo estrangeiro acarretam danos, é certamente mais fácil de ser reconhecida a obrigação de indenizar se esse mesmo Estado, relativamente aos seus nacionais, também admite tal dever dentro de seu território. Isto significa que, se já está universalizado o princípio da responsabilidade administrativa – como efetivamente ocorre – não se legitima juridicamente a recusa do Estado de cumprir contratos ou de indenizar prejuízos que eventualmente cause no exterior⁴⁸.

Desse modo, é possível afirmar, com segurança, que os referidos postulados estavam na base na Convenção de Viena, embora a responsabilidade do Estado estrangeiro não tenha sido expressamente codificada. Mas era intuitivo que assim devesse acontecer, seja por uma exigência de direito natural, consubstanciada no *neminem laedere*, seja porque o costume internacional já estava impregnado por experiências marcantes no sentido da relativização da imunidade, seja, por fim, porque a Convenção vienense foi um documento de notável exercício da democracia no âmbito do direito das gentes. Não bastassem essas considerações, mais de ordem filosófica ou política, o propósito aqui é o de demonstrar que, por razões exclusivamente jurídicas, também procede esse pressuposto, o que exige algumas considerações, ainda que breves, sobre a evolução da responsabilidade civil no campo do Direito Administrativo e bem assim de sua repercussão em órbita internacional.

48 Ainda que algum ordenamento jurídico não contemplese, como regra, a responsabilidade civil do Estado, nem assim se poderia licitamente afirmar que, relativamente aos seus pares no concerto mundial, não lhe coubesse tal obrigação, seja por observância de um princípio de equidade, seja por um dever de reciprocidade inerente ao conceito de soberania.

10.1 *Notícia histórica*

Perlingeiro, com apoio em Mommsen e em Curtis Giordani, localiza no Direito romano manifestações embrionárias da responsabilidade estatal, e bem assim da respectiva execução, especialmente na *Lex Calpurnia* (149 a.C.)⁴⁹. Cunha Gonçalves também registra que, “apesar de não haver existido no Direito romano o moderno conceito de Estado, nem mesmo depois de bem delineada a figura do *Fiscus*, atribuía-se ao Príncipe, durante o Império, a responsabilidade civil pelos *acta gestave* do seu procurador, *perinde ac si ipso Caesare acta sunt*”⁵⁰.

Não obstante, seria impróprio afirmar-se que o Direito romano tenha conhecido a responsabilidade civil do Estado e, mesmo quando admitida a responsabilização de seus agentes, não se tem notícia de que tais ações tenham sido em algum momento efetivas⁵¹.

Semelhante impossibilidade de responsabilização do Estado atravessa quase toda a Idade Média, período em que a concepção da intangibilidade do rei torna, como consequência, inatingíveis os bens reais⁵². O então vigente conceito de soberania não comportava reservas ao poder, o que afastava, por inteiro, qualquer obrigação estatal⁵³. A rigor, o longo período da chamada *irresponsabilidade estatal* – assim identificada a fase em que não se admitia imputar ao Estado a responsabilidade *extracontratual* – somente veio a ser interrompido pela força criativa dos Tribunais franceses em fins do século XIX, portanto há pouco mais de um século. Isto implica afirmar que a regra, ao longo da História, foi a da mais absoluta imunidade⁵⁴, entendida esta num amplo sentido, pois, se em certo momento se admitiu que o Estado pudesse ser demandado e condenado, esse comando final acabava insuscetível de realização. Essa foi a característica da alta Idade Média, mesmo quando já firmada a ideia de que o direito natural se sobrepunha ao poder do Príncipe, o que entretanto não foi suficiente para ensejar o rompimento do princípio da inviolabilidade⁵⁵.

49 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, *Execução contra a Fazenda Pública*, p. 28.

50 Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*. v. XIII, p. 508.

51 Assim, Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, p. 85; e Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, p. 184.

52 Esta a notícia que traz Eduardo Garcia de Enterría, em apresentação do livro de Perlingeiro, op. cit., p. 7.

53 É o que assinala Gascon y Marin, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 548.

54 Este panorama é muito bem sintetizado por Jean-Michel de Forges, *Droit Administratif*, p. 270.

55 Cf. García de Enterría, op. cit., p. 7: “Ello no obstante, la ejecución forzosa de las deudas regias fue el límite de esa concepción: una coacción directa vuelta contra el Príncipe no era concebible, porque el juez no disponía de otra coacción que la que el propio Príncipe podía proporcionarle”. Veja-se também Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, p. 86.

Já na Era Moderna, superava-se em parte a tradição da *irresponsabilidade* estatal, compensada pela possibilidade de responsabilizar-se *o funcionário* que, como agente do poder público, viesse a praticar alguma ação de consequência danosa ao administrado. É exemplo dessa nova orientação, em França, o art. 75 da Constituição do Ano VIII⁵⁶ – aí, portanto, o período é o de pós-Revolução – o que, todavia, não evitou os subterfúgios que à norma retiravam eficácia⁵⁷. Apenas em 1870 é que referida garantia funcional viria a ser revogada⁵⁸. Nos anos seguintes, firma-se a tese da responsabilidade funcional, que encontrou na doutrina de Duguit um respaldo importante⁵⁹.

Só os movimentos consequentes às grandes revoluções do século XVIII, com a correlata inauguração do Estado de Direito, é que finalmente tornaram possível a submissão do poder à lei⁶⁰. Inegável que hoje se tem como universalmente agasalhada a obrigação de indenizar, quando da ação estatal resulte prejuízo a terceiros⁶¹. O ponto mais alto dessa evolução revela-se na concepção publicística dessa responsabilidade, que se caracteriza por critérios objetivos, dispensando a configuração da culpa do agente ou da ilegalidade da conduta administrativa⁶² – embora tivessem ficado por conta de Estados Unidos e Inglaterra, duas grandes potências, as adesões mais tardias a esse processo⁶³. Tudo preparava o caminho para a consagração da teoria do *risco social*.

56 A norma trazia a seguinte redação: “Os agentes do Governo que não sejam os ministros não podem ser sujeitos a processo por factos relativos às suas funções a não ser em virtude de uma decisão do Conselho de Estado; e, neste caso, o processo corre nos tribunais ordinários”. (Apud Jorge Miranda, *Textos históricos do Direito Constitucional*, p. 101).

57 É o que relata Forges, op. cit., p. 274. No mesmo sentido, a observação de Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 662, acrescentando, com apoio em Forsthoff, que disposições análogas existiam na Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse. Assim também Edimur Ferreira de Faria, *Curso de Direito Administrativo positivo*, p. 532.

58 Cf. Forges, op. cit., p. 274.

59 Duguit sustentava que essa responsabilidade era incompatível com o conceito de soberania (*Transformaciones del Derecho Público* apud Guillermo Varas, *Derecho Administrativo: nociones generales*, p. 358).

60 Sintetiza Bandeira de Mello, op. cit., p. 659: “A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito”.

61 Cf. Bandeira de Mello, op. cit., p. 654: “Esta noção é, hoje, curial no Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”.

62 Cf. Bandeira de Mello, op. cit., p. 659: “Aliás, no Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema, desde a Constituição de 1946 (art. 194), passando pela Carta de 1967 (art. 105), pela Carta de 1969, dita emenda 1 à ‘Constituição’ de 1967 (art. 105), cujos dispositivos, no que a isto concernem, equivalem ao atual art. 37, § 6º”.

63 Cf. Forges, op. cit., p. 274: “les fonctionnaires britanniques ont été civilement responsables sur leur propre patrimoine jusqu’à la fin de la Deuxième Guerre mondiale”; Bandeira de Mello, op. cit., p. 654: “Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumi-la em 1946 e 1947,

Juristas do mundo inteiro rendem homenagens à elaboração dos Tribunais franceses da segunda metade do século XIX, ante sua precursora e decisiva orientação no sentido de reconhecer, a partir do paradigmático Caso Blanco⁶⁴, a responsabilidade civil em decorrência de atos de gestão estatal, marco que se tornou fundamental para a consolidação da autonomia do Direito Administrativo⁶⁵.

10.2 Parâmetros para o direito internacional

Em certa passagem de seus comentários sobre o caso Blanco, e buscando destacar a sua importância para a consagração do princípio da responsabilidade e para a própria autonomia do Direito Administrativo, Forges introduz a seguinte observação: “Cette évolution s’explique par diverses considérations. Ainsi, par exemple, l’extension des missions de l’administration multiplie les occasions des dommages et fait de la responsabilité administrative une nécessité de l’équité sociale”⁶⁶. De tal sentença sobressaem uma realidade e uma perspectiva no campo do direito internacional, sugerindo a seguinte fórmula: se os braços dos Estados se alongam para serem cada vez mais interventivos nas economias dos povos – característica marcante a partir da segunda metade do século XX – multiplicam-se as possibilidades de que essas gestões sejam causadoras de prejuízos a terceiros, o que reclama a disciplina dessa responsabilidade, como providência de igualdade social.

No mundo contemporâneo, a submissão das Nações ao modelo político do Estado de Direito, fez com que se consagassem, de modo generalizado, os postulados da responsabilidade administrativa, em muitos casos elevada ao patamar de garantia constitucional⁶⁷. Nos ordenamentos em que não se fez

respectivamente, embora sem a extensão que seria de desejar, posto que ainda apresenta caracteres algo restritivos”.

64 Cf. Edimur Ferreira de Faria, op. cit., p. 531: “O primeiro caso de reconhecimento de responsabilidade do Estado registrado pela história jurídica, é o aresto Blanco que se tornou famoso pelo conteúdo inovador que apresentava.”

65 Cf. Bandeira de Mello, op. cit., p. 661, e também Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, p. 84: “No entanto, o longo período de uma contínua evolução jurisprudencial e doutrinária foi radicalmente encerrado, quando, em 8 de fevereiro de 1873, o famoso caso *Blanco*, decidido pelo Tribunal de Conflitos, abriu nova era na resolução do que se denomina de *autonomia da responsabilidade administrativa*, libertando-se de uma vez os doutrinadores das consequências rigorosas da *teoria privatista* e, em especial, do art. 1.382 do Código Civil francês”.

66 Forges, op. cit., p. 271.

67 Sem considerar as normas endereçadas à responsabilidade dos funcionários, mas somente aquelas que preveem a responsabilidade estatal, podem ser anotadas, entre outras: Constituição Espanhola de 1978, art. 9.3; Constituição da República Portuguesa de 1976 (3ª revisão, 1992), art. 22º; Constituição de Weimar, art. 131, e Constituição da República Democrática Alemã de 1974, art. 104; Constituição

previsão expressa desse dever estatal, não faltaram pronunciamentos doutrinários no sentido de alinhamento a essa tendência⁶⁸. Daí se pode inferir que, se a Convenção de Viena tivesse de regrar *in litteris* a responsabilidade estatal, para vigor no plano internacional, certamente esses mesmos postulados lhe serviriam de orientação, porquanto estariam em consonância com a prática dos integrantes da comunidade internacional.

11 – EXECUÇÃO CONTRA O ERÁRIOO

A execução em face do Estado, no plano interno, tem uma história mais antiga, porém tão acidentada quanto aquela que levou à construção das teorias mais completas quanto à responsabilidade da Administração. Desde que o Estado passou a assumir obrigações de ordem institucional ou contratual, sempre se admitiu, em princípio, a possibilidade de ações materiais ou judiciais em busca do respectivo adimplemento. O reconhecimento desse poder de demandar a Administração Pública, contudo, quase sempre esteve longe de ser um modelo de efetividade, e este fenômeno se verifica mesmo nos dias atuais⁶⁹. A satisfação da obrigação ora dependia de um ato de complacência da autoridade, porque esta era absoluta, ou o poder judiciário não tinha força coercitiva contra o soberano, porque o próprio tribunal era do rei.

No atinente à execução, com pequenas variantes, a história praticamente se repete. Se a partir de certo momento se admitiu que o poder público pudesse ser julgado e declarado devedor, não havia coerção possível ou suficiente para tornar efetivos esses comandos. No absolutismo medievo, a imposição da lei aos súditos era prerrogativa do príncipe, que por isso mesmo não lhe devia obediência, e isso ainda depois de superadas as concepções de direito

Federal Austríaca de 1929 (com as emendas aprovadas até 1972), art. 23; Constituição da República Popular da Bulgária de 1971, art. 56.1; Constituição da República da Coreia de 1948, com a emenda de 1987, art. 29.1. Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia de 1974, art. 199. Segundo Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, p. 1.243, “os Estados socialistas, à exceção da Jugoslávia, não conhecem a fiscalização jurisdiccional dos actos da autoridade administrativa”. Outras Constituições remeteram a matéria para a disciplina de lei especial, a exemplo: Constituição da Finlândia de 1919, art. 93; Lei Fundamental sobre a Federação Checoslovaca de 1970, art. 92.

68 Na Argentina, a incorporação ao Código Civil de norma incorretamente traduzida do *Esboço* de Teixeira de Freitas acarretaria prolongado obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado (v. José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, p. 574); Felix Sarría, *Derecho Administrativo*, p. 274, escrevendo na metade do século XX, sustentava a necessidade de atualização da lei argentina de acordo com a orientação francesa.

69 Cf. Perlingeiro, op. cit., p. 17: “E de nada adianta garantir ao cidadão o direito de ação em face da Administração Pública, para realização de um direito fundamental, se na execução lhe é negada uma jurisdição propriamente dita, em decorrência da adoção de um procedimento dependente da vontade unilateral do devedor”.

divino e assentado o poder monocrático em bases jusnaturalistas⁷⁰. Desta sorte, competindo com o poder papal, o soberano encarnava o próprio direito, que por mero decreto lhe era lícito modificar, ao sabor das necessidades ou dificuldades emergentes.

Confirma García de Enterría que, ainda na Idade Média, o poder do Príncipe cedera espaço às concepções de direito natural, de modo que em alguns casos devia ele explicações ou indenizações. No entanto, tais parâmetros ideológicos não eram suficientes para autorizar uma execução forçada contra o poder real⁷¹. Assevera o autor que esses velhos conceitos só acabariam superados com o advento do Estado de Direito.

Na sequência, com a doutrina que seria considerada uma abertura de rumo na modernidade, Hobbes iria lançar as bases para a fundação do Estado, e o propósito era o de encontrar fundamento para o poder como condição da paz. Quase na contramão da história⁷², talvez não tenha feito mais do que transpor para o *Leviathan* os privilégios que antes eram monopolizados pelo príncipe. Mesmo com a Revolução Francesa apenas se lançava o embrião do Estado de Direito, cujo arcabouço completo seria construção dos séculos seguintes.

Não obstante todas essas considerações – e, sobretudo, o reconhecimento já secularmente afirmado quanto à possibilidade de acionar-se em juízo a Fazenda Pública – o fato é que o exercício efetivo de tais demandas só se tornou corriqueiro em tempos muito recentes, circunstância que se acresce para justificar a incipiente disciplina sobre a matéria no plano internacional. Pelo menos, essa é uma experiência brasileira, porque o incremento de causas em face da Fazenda Pública é fenômeno das últimas décadas, determinada especialmente por fatores econômicos conjunturais, segundo o depoimento de Ari Pargendler, tanto mais autorizado pela sua experiência na magistratura federal⁷³.

70 Cf. Pierangelo Schiera, *Absolutismo: aspecto jurídico-institucional*, p. 3: “Trata-se da progressiva contestação do ‘bom direito antigo’, do simples e indemonstrado apelo a ‘Deus’ e ao ‘direito’, da concepção – de natureza evidentemente sacra – do direito ‘achado’ pelo príncipe-sacerdote na grande massa das normas, consuetudinárias, naturais e divinas, existentes desde tempos imemoriais. Em seu lugar afirma-se a ideia de um direito ‘criado’ pelo príncipe, segundo as necessidades dos tempos e baseado em técnicas mais modernas. Um direito concreto, adequado a seus fins, mas também mutável, não vinculado, ao qual o príncipe que o criou pode subtrair-se em qualquer caso”.

71 Cf. García de Enterría, na mesma apresentação, p. 7.

72 Tal ideal de Estado tanto podia adaptar-se à monarquia dos Stuarts, de quem Hobbes era protegido, como à república totalitária de Cromwell, com a qual mais tarde pactuou, tanto que a convite deste regressou a Inglaterra, o que lhe custou a pecha de haver criado o *Leviathan* como apologia desse regime.

73 Cf. Ari Pargendler, em prefácio ao livro de Perlingeiro, op. cit., p. 5.

DOCTRINA

11.1 Medidas executórias contra o Estado e seus limites

Tem, certamente, amplitude universal o princípio jurídico que qualifica os bens de domínio estatal como imprescritíveis e inalienáveis, embora por vezes em grau não absoluto. A regra teve origem no antigo regime francês com o Edito de Moulins, expedido em 1566 no propósito de regulamentar a disponibilidade dos bens de domínio real e, especialmente, para evitar a sua dilapidação, porquanto a venda costumeira dessas propriedades constituía uma das fontes de renda do Monarca. A norma, porém, não tinha o alcance de impedir essas alienações, senão que apenas o de permitir a sua revogação unilateral⁷⁴.

É conveniente, portanto, fixar a observação de Laferrière no sentido de que a condição de inalienabilidade do patrimônio público repousa mais em razões de conveniência política, o que explica, de sua vez, que durante a Revolução Francesa, por exemplo, se tenham declarado alienáveis as propriedades nacionais, porque tais medidas atendiam às necessidades sociais daqueles dias⁷⁵.

Numa acepção mais abrangente, públicos são todos os bens de domínio do Estado, independentemente de sua finalidade⁷⁶. Esta é uma orientação da tradição brasileira, e que desde a metade do século XIX não comporta ressalvas, como se verá adiante. Entretanto, em vários outros ordenamentos o conceito de inalienabilidade é frequentemente relativizado, seja como decorrência da destinação dos bens estatais, seja em face da natureza do crédito.

11.2 Domínio público, impenhorabilidade e comparativo de sistemas

Nesta seção se cuida apenas de oferecer um panorama geral dos procedimentos, mediante a seleção de alguns ordenamentos mais importantes, no propósito de informar sobre as características dos respectivos sistemas de execução em face da Administração.

Baudry-Lacantinerie, escrevendo ainda no final do século XIX, explicava que, na França, os bens do domínio nacional comportavam duas categorias: *bens de domínio público* e *bens de domínio do Estado*, considerando-se inalienáveis e imprescritíveis apenas os primeiros⁷⁷. Já as medidas de constrição, mesmo em se tratando de execução judicial, eram consideradas inadmissíveis, em virtude

74 A respeito, ver Lancis y Sánchez, *Derecho Administrativo: la actividad administrativa y sus manifestaciones*, p. 293.

75 Idem, *ibidem*, p. 295.

76 Neste sentido, Lancis y Sánchez, *op. cit.*, p. 291.

77 Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, p. 774-775.

DOUTRINA

de comandos legislativos muito antigos, como informa Hauriou⁷⁸. Atualmente, o sistema se conserva, conforme observação de Forges⁷⁹. Segundo Perlingeiro, não há previsão legal de execução forçada contra a Fazenda, embora se contemplem sanções pecuniárias (*astreintes*) em caso de mora, e mesmo a responsabilidade pessoal dos administradores⁸⁰. É curioso notar que a legislação francesa mais recente procura dar mais eficiência à execução dos julgados não em virtude da imposição direta da autoridade, mas sim através de ações materiais do próprio credor, que precisa se submeter a um rito administrativo de cobrança⁸¹.

Na Itália, há muito tempo se admite a execução em face do Estado, embora sempre tenham sido estabelecidas algumas reservas de inviolabilidades. A obra de Rispoli oferece essa nota histórica importante, e impressiona por sua atualidade nos aspectos ora enfocados, a despeito de ter sido considerada a primeira sistematização científica da legislação fascista em matéria de direito público, alinhando princípios que hodiernamente são adotados por nações reconhecidamente democráticas: não se deixa influenciar pela doutrina da *statolatria*⁸²; opõe ao conceito de soberania aquele de direitos subjetivos; admite a constrição de bens patrimoniais do Estado que não estejam afetados a um serviço público. A penhora direta nos cofres públicos, considerada viável no início do século XX⁸³, hoje, segundo atesta Perlingeiro, não é mais admissível⁸⁴.

Em Portugal, a regra da impenhorabilidade dos bens públicos comporta exceções, conforme a categoria da dívida⁸⁵.

Nos Estados socialistas toda a propriedade pertence ao Estado⁸⁶.

Em Cuba, a Constituição ocupa-se do assunto apenas para ressaltar a imprescritibilidade dos bens de instituições de beneficência (art. 93), porém a

78 Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 836-837.

79 Forges, op. cit., p. 230.

80 Perlingeiro, op. cit., p. 52, que acrescenta: “A inexistência de meios eficazes para execução das decisões administrativas tem sido considerada a causa da chamada ‘crise do contencioso administrativo francês’”.

81 Forges, op. cit., p. 372-373. E o autor não esconde seu otimismo, p. 373: “Grâce à la loi du 8 février 1995, la notion d’Etat de droit peut s’appliquer pleinement à la administration, comme dans la quasi-totalité des autres Etats européens”. Esse mesmo entusiasmo pelo procedimento francês é compartilhado por García de Enterría, como se pode ver em Perlingeiro, op. cit., p. 8.

82 Arturo Rispoli, op. cit., p. 415.

83 Arturo Rispoli, op. cit., p. 420.

84 Perlingeiro, op. cit., p. 58: “Em geral, não cabe execução forçada pela razão de os bens públicos estarem vinculados à atividade pública. A receita tributária, por também ser vinculada, não pode ser objeto de execução”.

85 Marcello Caetano, op. cit., p. 1403.

86 Este era o princípio estabelecido na Constituição da URSS (*Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*, art. 5).

matéria restou disciplinada, no sentido de abranger todos os bens de domínio público, pelo Decreto nº 4.464, de 16 de dezembro de 1947. Relativamente à inalienabilidade dos bens públicos, donde decorre o seu caráter de inembargabilidade, sempre teve vigência em Cuba a *Ley de Contabilidad* espanhola, que data de 1870. Exceções a este último princípio são previstas em leis especiais para alguns casos particulares⁸⁷.

12 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO ACREDITADO

Houvesse a chamada imunidade de execução, não se poderia prosseguir no processo sem renúncia expressa do Estado estrangeiro. Entretanto, não é isto o que ocorre, como se demonstrou acima, ou seja, a instauração do processo de execução é, sim, possível; o que se assegura ao Estado acreditante são as inviolabilidades relativamente a medidas executivas.

Sendo certo que essas inviolabilidades devem ser respeitadas, resulta que, na prática, são poucas as providências que restam ao credor para obter a satisfação de seu direito. São dois os caminhos normalmente propostos, um deles a reclamação ao Ministério das Relações Exteriores para que interceda e convença seu par a ter boa vontade, e, outro, o pedido de cobrança no Estado de envio da missão devedora. Como é intuitivo, nenhuma dessas alternativas se reveste de força coercitiva mais consistente, mesmo porque não são jurisdicionais, e por isso não envolvem o magistrado condutor da execução.

Todavia, sendo possível a execução, abre-se espaço para a discussão sobre a responsabilidade subsidiária do Estado receptor, que, no caso brasileiro, desde logo se afirma como procedente com base na teoria do risco administrativo, consagrada na Carta da República em seu art. 37, § 6º. Não se aprofunda o tema, devido aos limites deste trabalho, bastando por ora considerar que o Estado se obriga a indenizar ainda que o dano seja resultante de sua atividade normal e lícita, conforme Sérgio Cavalieri Filho⁸⁸. No mesmo rumo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “o Poder Executivo e outros órgãos administrativos com função normativa, bem como as agências reguladoras, muitas vezes baixam regulamentos, resoluções, portarias, para disciplinar situações concretas. São atos administrativos quanto ao aspecto formal, mas com conteúdo de atos administrativos com efeitos jurídicos concretos. Nesse caso, incide a responsabilidade civil objetiva, com base no art. 37, § 6º, da Constituição,

87 Cf. Lancis y Sánchez, op. cit., p. 295-296.

88 Cf. Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 252.

fundado no princípio da repartição, entre todos, dos encargos impostos a alguns membros da coletividade”⁸⁹.

Na Europa há precedentes importantes, como informa Attila Tanzi em obra de superior hierarquia, enfocando casos de demandas contra o Estado acreditado sob o argumento do prejuízo resultante da formalização de tratado internacional. Assim, na França, o caso *Burgat*⁹⁰, que revela existir disciplina antiga sobre a matéria, com a particularidade de que o Conseil d’Etat exige a demonstração da especialidade do dano. Na Itália, projeto legislativo regulamentador da responsabilidade do Estado estrangeiro, com especial previsão de responsabilidade subsidiária do Estado italiano⁹¹.

Portanto, no Brasil, se o Estado estrangeiro se recusar a cumprir o comando da sentença transitada em julgado, abre-se imediatamente o flanco para exigir-se do Estado brasileiro o cumprimento da obrigação, em caráter subsidiário. Indispensável para esse propósito, todavia, que a União tenha sido citada como litisconsorte no processo de conhecimento, para acompanhamento de todas as suas fases; insuficiente, pois, o seu chamamento apenas na fase executiva. Relativamente aos organismos internacionais, dá-se idêntica conclusão, não obstante sejam recomendáveis argumentos adicionais relacionados aos instrumentos de convênio, matéria para outro estudo.

A solução aqui proposta concilia a necessidade de convivência pacífica do país na comunidade internacional com o postulado da satisfação de direitos subjetivos de seus nacionais; o ponto de equilíbrio não será justo se desconsiderar a garantia do acesso à justiça e da inerente efetividade das decisões judiciais.

89 Maria Sylvia, *Direito administrativo*, p. 661. Na mesma obra (p. 660), a autora ilustra seu entendimento referindo Cretella Júnior, para quem “o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a um ou a um número restritíssimo de administrados”; Yussef Said Cahali, com sua observação de que “a lei, produto da vontade soberana do órgão competente, perfeita constitucionalmente, pode causar um dano injusto aos particulares”.

90 Attila Tanzi, *L’immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, p. 186: “In questa direzione si è posto il Conseil d’Etat francese nel 1976 nella causa Burgat, applicando il principio per cui lo Stato di sede deve, in speciali circostanze, risarcire i soggetti lesi in conseguenza dell’applicazione di un trattato Internazionale”.

91 Attila Tanzi, op. cit., p. 188: “Nel 1988, in Italia è stato introdotto un disegno di legge governativo di modifica della legge 15 luglio 1926, n° 1263, concernenti gli atti esecutivi sopra Beni di Stati esteri. Esso prevede che, in presenza di determinate condizioni, e, in particolare, nel caso in cui il Ministero di grazia e giustizia non conceda la necessaria autorizzazione a procedere, ‘la parte procedente in favore della quale è stata pronunciata dal giudice italiano sentenza passata in giudicato (...) ha il diritto verso lo Stato italiano ad un indennizzo commisurato al pregiudizio súbito per il mancato adempimento da parte dello Stato estero’”.

13 – CONCLUSÕES

O presente estudo pode ser sintetizado nas seguintes afirmações:

a) o argumento que distingue jurisdição de execução, no âmbito do direito das gentes, é apenas político, sem nenhum suporte jurídico;

b) as Convenções de Viena confirmaram o direito costumeiro quanto ao instituto da imunidade de jurisdição, porém excepcionando-a em várias circunstâncias, abrandando os privilégios – e, neste caso, tornando certo um costume em alguns casos duvidoso;

c) as Convenções de Viena nunca disciplinaram a chamada “imunidade de execução”; o que ficou regrado, além da imunidade de jurisdição – abrangente tanto do processo de conhecimento quanto da respectiva execução, por óbvio – foi a necessidade de, em caso de execução, entendida sempre como possível em face de decisão com trânsito em julgado, haver renúncia relativamente a determinadas medidas executórias, que se retiraram do poder de império do Estado acreditado para não comprometer a garantia das inviolabilidades (*in personam* ou *in rem*);

d) é equívoco falar-se em nova renúncia para o processo de execução; desde que admitido o processamento da demanda – seja por renúncia ou por afastamento da imunidade – a jurisdição estará aberta, logicamente, para os processos de conhecimento e de execução; o que vem a partir daí não é mais imunidade, e sim inviolabilidade;

e) no Brasil, quanto aos bens do Estado, é inviável qualquer constrição, eis que integram patrimônio público, resultando ineficaz qualquer renúncia a tal garantia; em alguns outros ordenamentos esse princípio é relativizado;

f) a obrigação do Estado de cumprir contratos, ou de indenizar prejuízos que eventualmente cause em solo estrangeiro, segue parâmetros da responsabilidade administrativa universalmente consagrados, e sua exigência não fere o princípio do *par in parem non habet imperium*;

g) a formalização de tratado pelo Brasil, não obstante sua inegável e especial relevância, se causa prejuízo a particulares nacionais, enseja a responsabilização subsidiária da União, com base na teoria do risco administrativo, com previsão expressa na Constituição Federal;

h) a exacerbação das imunidades, e mesmo das inviolabilidades, em última *ratio*, já não mais se justificam nos dias de hoje, ante a prevalência dos direitos humanos como novo paradigma, e que reclama maior possibilidade de acesso à justiça.

DOUTRINA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ÁUSTRIA. The Austrian Federal Constitution. Translated by Charles Kessler. Viena: Manzshel Verlags, 1972.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1973.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de Droit Civil*. 5. ed., Paris: L. Larose, t. I, 1894.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público: o Estado em direito das gentes*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. Constituições estrangeiras. Brasília: Senado Federal, v. 1, 5 e 6, 1988.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2 v., 1994.
- CALAMANDREI, Piero. Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, v. I: 65-93, 1965.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, v. II, 1998.
- COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes face à la théorie des immunités des États*. Paris: Éditions A. Pedone, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- CUÉLLAR, Javier Pérez de. *Manual de Derecho Diplomático*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- DEÁK, Francis. Órganos del Estado en sus relaciones exteriores: inmunidades y privilegios del Estado y sus órganos. In: SORENSEN, Max (Edit.). *Manual de Derecho Internacional Público*. Tradução: Dotación Carnegie para la Paz Internacional. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 375-450.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2 v., 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FINLÂNDIA. Constitution Act and Parliament Act of Finlandia. Helsinki: Ministry for Foreign Affairs, 1967.
- FORGES, Jean-Michel. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de direito internacional público*. São Paulo: LTr, 1986.

DOCTRINA

- _____. O princípio da dupla imunidade e a execução do julgado contrário a ente de direito internacional público. *Trabalho & Doutrina*, nº 8, p. 3-11. São Paulo: Saraiva, mar. 1996.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, v. XIII, 1939.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de droit public*. 10. ed. Paris: Sirey, 1921.
- KELSEN, Hans. *Principios de DIP*. Tradução: H. Caminos e E. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LOPEZ, F. Javier Quel. *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el derecho internacional y en la práctica española*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. 11. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, v. I, 1997.
- MARIN, Jose Gascon y. *Tratado de Derecho Administrativo: principios y legislación española*. 12. ed. Madrid: C. Bermejo, 1952.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. IV, 1983.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque (Org.). *Direito internacional público: tratados e convenções*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renes, 1970.
- _____. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do Direito Constitucional*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanalla Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976 (Primeira revisão 1982). Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1982.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- RISPOLI, Arturo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1938.
- RODRÍGUEZ, Luis Ignacio Sánchez. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.
- SÁNCHEZ, Antonio Lancís y. *Derecho administrativo: la actividad administrativa y sus manifestaciones*. 3. ed. Habana: Cultural, 1952.

DOUTRINA

- SARRIA, Felix. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Córdoba: Librerías Cervantes, t. I, 1950.
- SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo: aspecto jurídico-institucional. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. Tradução: João Ferreira (Coord.). 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2 v., 1999.
- SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SILVA, G. E. do Nascimento e. *A Convenção de Viena sobre relações diplomáticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1978.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Evolução e perspectivas do conceito de imunidade de jurisdição*. Brasília, 2000, mimeo com o autor; monografia apresentada em 25.02.01, por ocasião das *Jornadas de Direito Internacional* para o tema *Imunidade dos Estados: reflexões brasileiras para o próximo século*, promovida pelo MRE no Instituto Rio Branco.
- TANZI, Attila. *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*. Cedam, 1991.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. II, 1999.
- URSS. Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Moscú: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1961.
- VARAS, Guillermo. *Derecho administrativo: nociones generales*. Santiago: Editorial Nascimento, 1940.

ANTEPROJETO DO CPC E REPERCUSSÕES NO PROCESSO DO TRABALHO

José Antonio Pancotti*

Não se pode aguardar solução milagrosa para as inúmeras questões processuais que nos preocupam há muito tempo. Milagres são operados por serem humanos, não pela lei. (Tereza Arruda Alvim Wambier)

INTRODUÇÃO

Desde que se optou, no Brasil, por codificar a normatização do processo judicial, o Código de Processo Civil teve a função de ser a fonte subsidiária dos processos administrativo, eleitoral, penal e trabalhista. O Código tem, por isso, o caráter de um instrumento base e científico que fornece estrutura, conceitos e princípios para a construção consistente e orientadora de Teoria Geral do Processo.

De sorte que todas as vezes que se apresenta proposta de inovação do Código de Processo Civil desperta interesse geral e particularmente por todos quantos atuam ou militam na Justiça do Trabalho. É com esta preocupação que nos propomos a examinar alguns aspectos das repercussões do anteprojeto do Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional.

Ab initio louve-se a incorporação, no anteprojeto, o Livro I, Título I, Capítulo I, “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”, perfilhando a linha inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o novo Código contempla a visão do movimento pós-positivista que norteou o último quartel do Século XX e esse início do Século XXI. Neste sentido é o enunciado do art. 1º, *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*, além de preconizar que o juiz, no julgamento da lide deve aplicar os princípios

* Desembargador do TRT da 15ª Região; Mestre em Direito Constitucional; Prof. de Processo do Trabalho da UNITOLEDO de Araçatuba e Presidente Prudente.

constitucionais e as normas legais, *não as havendo*, supletivamente recorrer à analogia, aos costumes e princípios gerais de direito (arts. 6º e 108). A ordem enunciada indica a precedência dos princípios constitucionais de que se deve socorrer o magistrado para a construção do raciocínio jurídico, no ato de decidir.

A nova postura é consentânea com os ideais que norteiam a hermenêutica e a aplicação do direito material e processual, porque não se pode mais considerar a norma sem sua referência aos comportamentos reais da sociedade, quer sob o enfoque dos valores e ideais de justiça, quer por dever reconhecer o direito como busca de ordem jurídica justa. Esse movimento pós-positivista introduz, ainda, novo olhar e pensar o processo, com a normatização dos princípios, na dimensão axiológica dos direitos fundamentais, conquista histórica e intangível das sociedades pós-modernas.

A característica do pós-positivismo é fundamentalmente um conjunto de ideias que ultrapassam os limites do legalismo estrito do positivismo-normativismo de Hans Kelsen, não despreza a forte ascensão dos valores, reconhece a normatização dos princípios, a essencialidade dos direitos fundamentais e o retorno do debate ético nas questões jurídicas¹.

1 – O ANTEPROJETO E PROCESSO DO TRABALHO – HARMONIZAÇÃO OU POLÊMICA?

Não há dúvida em se afirmar que as disposições dos arts. 1º, 6º e 8º do anteprojeto se harmonizam com o que dispõe o art. 8º da CLT: “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”.

Além disso, está em perfeita consonância com o art. 769: “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”, quando no art. 14, o anteprojeto expressamente preconiza que “na ausência de normas que regulem os processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente”.

1 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, RJ, n. 54, p.77, 2001.

Neste ponto, ousou discordar do ilustre e respeitado professor Manoel Antonio Teixeira Filho², quando sustenta que não há harmonia, mas polêmica, entre o art. 14 do anteprojeto e o art. 769 da CLT, afirmando que “a aplicação é subsidiária por omissão axiológica, ontológica ou normativa”. Os requisitos para se admitir a subsidiariedade do Código de Processo Civil ao processo do trabalho são simultâneos: omissão e compatibilidade com a normatização da Consolidação das Leis do Trabalho. Destes parâmetros não se pode prescindir para a aplicação supletiva do Código. No decorrer deste trabalho, será ressaltado que a marca de celeridade do processo do trabalho pode perder terreno, em alguns aspectos, com os avanços das sucessivas minirreformas do atual Código de Processo Civil, especialmente na fase de liquidação e cumprimento da sentença, se se comparar o procedimento da liquidação por simples cálculo, a teor do art. 475-A e seguintes e com o que estabelece art. 879 da CLT. Estas inovações do Código de Processo Civil albergadas no anteprojeto imprimem maior celeridade, ainda, na medida em que elimina a necessidade de citação do devedor, mediante simples intimação, enquanto a CLT conserva a determinação de citação (art. 880), inclusive para a execução de acordos inadimplidos, mesmo celebrados em audiência com a presença das partes.

Sustenta-se, portanto, que a Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo nos pontos em que for omissa, não veda ao juiz do trabalho lançar mão de preceito do Código de Processo Civil que melhor atenda à celeridade e à efetividade do processo do trabalho, porque se estará procurando dar cumprimento ao preceito de direito fundamental da *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, consoante o inciso LXXVII da CF/88, agora reproduzido no art. 4º ao dispor que: *As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa*.

Não se pode, porém, criar um ambiente de crise ou de afronta, ao contrário, deve priorizar o princípio da segurança jurídica, por uma hermenêutica conforme a Constituição, afastando a aplicação tumultuária dos avanços do Código de Processo Civil a pretexto de subsidiariedade ou, como queira, em caráter supletivo. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil é enfático em estabelecer regras no caminhar do procedimento, a fim de que os litigantes tenham à sua disposição normas claras, precisas, objetivas e concisas. Obriga o magistrado a tomar atitudes antes impensadas. Assim, a ausência de pressupostos processuais deve ser noticiada à parte para que, se possível, a corrija (art. 350) ou se os atos e procedimentos revelarem-se inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e ampla

2 Conforme Prof. Dr. Homero, aula de 23.06.2010 – *Curso Orientação Jurisprudencial*, Curso FMB.

defesa, promover o necessário ajuste (§ 1º do art. 151), ou como se verá logo abaixo, introduz a estabilização da demanda, consoante (art. 314).

É visível no anteprojeto a prioridade da ausência de surpresas para os litigantes, a flexibilidade formal dos atos e procedimentos e a exigência da mais completa fundamentação dos despachos e das decisões, com absoluta atenção e à relevância dos princípios constitucionais que informam o direito processual: o contraditório, a ampla defesa, do devido processo legal, iniciando expressamente por preconizar que, *Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos princípios aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, observando os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da impessoalidade da decisão, da moralidade, da publicidade e da eficiência* (CPC, art. 6º).

Destarte, vislumbra-se a possibilidade de reconhecer ao juiz do trabalho, uma vez convertido o anteprojeto em lei, a legitimidade para aplicar os avanços que o novo Código de Processo Civil venha introduzir no ordenamento processual civil, sem desconsiderar, por serem óbvias as peculiaridades e os aspectos absolutamente incompatíveis com o processo trabalhista. O que se constata, porém, é que há progressos que não podem ser desprezados, do que decorre um vasto caminho a percorrer e um fecundo terreno para uma construção jurisprudencial que incorpore estes avanços para a segurança jurídica dos litigantes trabalhistas.

2 – A ESTABILIZAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR

Nos arts. 264 e 294³ do Código em vigor, uma vez ofertada a contestação, estabiliza-se o pedido e a causa de pedir que não podem mais sofrer modificações.

Sendo característica essencial para o processo do trabalho a necessidade da audiência, por priorizar conciliação, é a oportunidade em que o juiz tem contato direto com as partes e testemunhas. Neste mister, o juiz acaba por colher maiores informações, conhecer mais elementos e circunstâncias que podem aperfeiçoar e delinear com mais precisão os contornos do litígio que sequer constam da *litiscontestatio*.

O anteprojeto propõe que, antes de proferida a sentença, a parte possa aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que

3 “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.”

“Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.”

não importe em prejuízo ao réu, assegurada a sua impugnação ou manifestação, facultando-lhe a produção de prova suplementar, com igual oportunidade relativamente ao pedido contraposto (art. 314).

A respeito da inovação, Ada Pellegrine Grinover⁴ sustenta que:

“Sem se chegar ao extremo de se permitir a alteração do pedido e da causa de pedir em grau de apelação, como previsto em alguns ordenamentos – o que demandaria a observância do contraditório em segundo grau de jurisdição – certamente pedido e causa de pedir podem ser alterados até a sentença, desde que a modificação seja feita de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. Melhor reabrir o contraditório (alegando e provando) no mesmo processo, do que relegar a matéria ao ajuizamento de uma nova demanda. É questão de economia processual voltada a evitar a multiplicidade de processos.”

Acrescenta a autora que, no Brasil, isto já acontece no processo penal, em que a denúncia ou a queixa podem ser aditadas até a sentença, observado o contraditório.

A reclamação trabalhista só excepcionalmente traz pedido único, na sua generalidade são pedidos cumulados, em que, a rigor, comportariam uma ação e um processo distintos. Se um dos pedidos se mostra de plano inviável e que, se levado avante, demandaria produção de prova que onera inutilmente o processo, o juiz, na audiência, invariavelmente convence a parte de desistir daquele pedido. Desse mesmo modo, em diálogo franco e aberto com as partes, o juiz pode e deve, em prol da celeridade e efetividade, esclarecer que a alteração do pedido e o acréscimo de pedido, só evita a nova ação que inafastavelmente será proposta, *a posteriori*. Se não se sentir confortável, pelo menos aceite aditamento, nos moldes propostos pelo anteprojeto, para evitar, como sustenta a professora da USP, a multiplicidade de processos.

Assim, oferecida a defesa estabilizou-se a demanda, contudo, sem prejuízo do aditamento da causa de pedir ou pedido, bem assim do pedido contraposto.

De sorte que, salvo melhor juízo, a proposta deve ser bem vinda ao processo trabalho.

4 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais para o novo Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (Orgs.). *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2009. p. 24.

3 – DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

No processo do trabalho é usual declarar-se a desconsideração da pessoa jurídica, *ex officio*, na fase de execução, quando, pelos elementos dos autos, o juiz do trabalho infere que os administradores ou os sócios esvaziaram de tal modo o patrimônio da sociedade que a tornou insolvente, de sorte que o exequente nada encontrará, ou quando encontrar, só se depara com bens inidôneos a responder pelo crédito trabalhista. Não raro, a precária situação econômica da sociedade comercial, industrial ou de serviços, os administradores ou sócios ostentam patrimônio pessoal e particular incompatível com os rendimentos a título de *pro labore* ou de retiradas dos frutos da sociedade. Em comarcas do interior, em que a conduta das pessoas é mais exposta perante a comunidade, este quadro é extremamente desmoralizante para a Justiça, porque não se consegue entregar ao credor o bem da vida, fim último da prestação jurisdicional, a pretexto que não encontra patrimônio do devedor (sociedade). No entanto, os seus sócios não têm o menor constrangimento de ostentar padrão de vida que absolutamente nada condiz com a situação econômica da empresa.

Assim, é extremamente útil, na busca da real efetividade da execução, a declaração da desconsideração da pessoa jurídica de forma célere e expedita, com vistas alcançar os bens particulares dos administradores ou dos sócios, para responder pelas dívidas trabalhistas da sociedade. O administrador ou sócio passa a ser, então, o devedor e integra o polo passivo da execução trabalhista. Ato contínuo, determina-se sua a citação, para que a execução contra ele prossiga.

Apesar de ser um procedimento singelo e célere, não oferece insegurança jurídica, porque está sob a salvaguarda do contraditório e ampla defesa, por todos os meios processuais que a Lei Processual oferece ao devedor, para resistir à execução. Nesta oportunidade poderá alegar e provar todas as questões de fato e de direito, em defesa dos seus interesses, especialmente o eventual descabimento da declaração de desconsideração da pessoa jurídica.

O anteprojeto traz inovações profundas, porque pressupõe a necessidade de requerimento da parte, para a instauração de um incidente específico com vistas à obtenção de declaração judicial de desconsideração da pessoa jurídica. Ainda que possa ser requerida em qualquer processo ou procedimento (conhecimento ou execução), preconiza-se a concessão de um prazo de quinze dias para sócio ou terceiro manifestar e requerer as provas cabíveis, seguindo-se a possibilidade de instrução probatória específica que culminará com decisão impugnável por agravo de instrumento.

O Código é silente, mas parece visível a necessidade de suspensão do processo até a decisão do incidente, mesmo porque não há disposição de que sua instauração não suspenda o andamento do processo. Se se der na fase de conhecimento é admissível e até razoável a suspensão do procedimento, mas na fase de execução, como visto, será prejudicial à celeridade e efetividade. Não se vislumbra, porém, a necessidade de instauração do incidente no processo do trabalho, na fase de conhecimento.

De sorte que, à primeira vista, estaria inviabilizada a desconsideração da pessoa jurídica, por iniciativa do juiz ou de ofício.

Não obstante omissa a Consolidação das Leis do Trabalho, este é um dos pontos que o anteprojeto atrita frontalmente com os princípios da informalidade, celeridade e efetividade do processo do trabalho, tornando, por isso, desaconselhável a sua aplicação. A possibilidade de cabimento de recurso da decisão, nitidamente de natureza interlocutória, vai na contramão do espírito do anteprojeto que alardeia a irrecorribilidade imediata dos interlocutórios.

Na Justiça do Trabalho, se aplicado tal procedimento incidental, será o caos, especialmente na execução, porque deflagraria um procedimento incidental complexo que postergaria e até atravancaria a prestação jurisdicional. A dinâmica da atividade econômica que envolve a atuação empresarial, seja com a alienação do patrimônio da empresa ou alteração da personalidade jurídica, retirada e admissão de sócios, ou os escaninhos artificiosos de desvios de patrimônio das empresas, inviabiliza o uso de tal procedimento, sem prejuízo à efetividade do processo do trabalho.

Este é um dos pontos que o anteprojeto se distancia do processo do trabalho.

4 – IRRECORRIBILIDADE IMEDIATA DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

As características das decisões interlocutórias são proferidas no curso do processo e destinam-se a resolver questão incidente⁵, sem pôr fim ao processo. No Código de Processo Civil vigente, tais decisões, se não atacadas oportunamente, se cristalizam e tornam-se imutáveis, pelo fenômeno da preclusão, impedindo que sejam revistas pelo tribunal.

Diversamente, a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 893, § 1º, preconiza que *Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio juízo ou*

5 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 3. v. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 7.

Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

Consagrou-se aí a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, no processo do trabalho.

O receio de se consolidar a preclusão das decisões interlocutórias, no processo do trabalho, tem levado a advogados mais cautelosos a lançarem protestos diante de tais decisões desfavoráveis, em audiência ou no curso do processo, reavivando-os nas razões finais, a fim de que o juiz se pronuncie na sentença, possibilitando a rediscussão nas razões recursais. É uma cautela válida, porém, não necessariamente exigida.

Neste sentido, não sob a forma de protesto, mas de agravo retido oral, a constar do termo, expostas sucintamente, o § 3º do art. 523 do vigente Código de Processo Civil, admite a impugnação de decisões interlocutórias proferidas em audiência, conforme redação da Lei nº 9.139, de 30.11.95. Alguns juízes do trabalho tinham restrições no lançamento de protestos no termo de audiência, porém, prática consagrou, a ponto de, hoje, inexistindo o protesto, há entendimentos que configuram preclusão. Equivale dizer, não será conhecida a matéria, se for veiculada apenas no recurso ordinário.

Pois bem. O art. 929 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, depois de restringir as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, no parágrafo único traz uma inovação que muito aproxima o processo civil do processo do trabalho: *As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.*

Não se pode descurar que o anteprojeto, no inciso IV do art. 929, ressalva *em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei*, como, por exemplo, no caso de decisão em incidente de desconsideração da pessoa jurídica.

É inegável, porém, o avanço no parágrafo único do art. 923 do anteprojeto do novo Código: *As questões resolvidas na fase cognitiva não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final.*

Ada Pellegrine Grinover⁶, referindo-se às preclusões sustenta que:

“3.1. Preclusões

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais para o novo Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (Orgs.). *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2009. p. 24.

O sistema brasileiro, de preclusões rígidas, dificulta a prestação jurisdicional rápida e expedita, contrariando o dogma constitucional da duração razoável do processo.

3.1.1. A recorribilidade das interlocutórias

O sistema pátrio é um dos poucos que permite a recorribilidade das decisões interlocutórias, por meio de agravo (retido ou de instrumento). O Agravo retido constitui uma antigualha, completamente destituída de sentido. Se o recurso vai ser apreciado como preliminar futura, eventual apelação, para quê agravar?

Bastará dizer que as decisões interlocutórias não se sujeitam à preclusão, devendo ser impugnadas na oportunidade de interposição da apelação, ressalvado o recuso contra as decisões interlocutórias que possam provocar lesão grave e irreparável à parte.”

O processo do trabalho convive pacificamente com a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, sem ofensa a nenhum princípio constitucional, porque nos casos em que possam provocar lesão grave ou irreparável à parte, como as tutelas de urgência, se proferida antes da sentença, podem ser atacadas por mandado de segurança ou proferidas na sentença, será possível obter a sua suspensão, por meio de medida cautelar que dará efeito suspensivo ao recurso cabível (vide Súmula nº 414 do TST).

Ademais, como visto acima, os mais cautelosos não deixam lançar seus protestos, para afastar qualquer interpretação de que se curvaram à decisão interlocutória desfavorável.

Assim, o grande avanço do anteprojeto do novo Código de Processo Civil já se encontra incorporado, desde as suas origens, ao processo do trabalho.

5 – INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Livro IV do anteprojeto se ocupa “Dos processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”. Introduziu-se este expediente processual: “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

A transcrição do preceito, por si só, ressalta em que ações repetitivas com potencialidade de decisões conflitantes causam grave insegurança jurídica. É uma realidade nos nossos Tribunais que ninguém pode ignorar. O expediente

de uniformização de jurisprudência nas segundas instâncias não se mostrou eficiente para impedir o fenômeno, especialmente na Justiça do Trabalho.

Este novo incidente poderia ser acolhido pelos regimentos internos dos Tribunais do Trabalho, mediante aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, porque compatível com a ordem dos processos nos Tribunais, o que, por óbvio, vai requerer infraestrutura adequada para a sua implementação.

Eis um ponto que pode aprimorar a atividade jurisdicional dos tribunais do trabalho.

6 – DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRINCÍPIO DA MELHOR APTIDÃO PARA A PROVA

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil no art. 261 manteve o clássico ou tradicional sistema de que ao autor cabe o ônus de provar os atos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Entretanto, no art. 262 incorporou o princípio de distribuição dinâmica do encargo probatório, atribuindo o ônus de provar à parte que tem maior aptidão para produzi-la:

“Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observar o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica em alteração das regras referente aos encargos da respectiva produção.”

No processo do trabalho, a jurisprudência vem, ainda que timidamente, admitindo o emprego da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo ao empregador, a quem compete documentar fatos e ocorrência no contrato individual de trabalho, o ônus de prova mediante cartão de ponto, por exemplo, a efetiva jornada do empregado, quando a empresa contar com mais de 10 empregados. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil vai mais além, quando expressamente consagra que o encargo probatório fica a cargo da *parte que detiver melhores condições de produzi-la*.

Ada Pellegrine Grinover⁷ critica, com razão, o anteprojeto no que mantém o princípio clássico, “Trata-se de um princípio estático e superado pela realidade, em que réu tem mais condições de provar fatos constitutivos do que o autor, sobretudo quando existe desigualdade real na posição das partes”. Entretanto, ressalta a autora a inovação é bem vinda e salutar, porque dá nova dinâmica à instrução probatória.

O anteprojeto, na proposta original, era mais enfático, ao cogitar que *a carga da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*. Infelizmente foi retirada, na tramitação no Senado.

No caso do processo do trabalho, a empresa é a parte que terá conhecimento técnico e detém informações específicas acerca de fatos, sem contar que, em face do natural poder gerencial e de documentação que decorre do poder, organização, direção e controle no ambiente de trabalho, terá sempre maior facilidade para demonstração dos fatos, em busca da verdade.

Na controvérsia acerca da extinção do contrato, por exemplo, em que o empregador alega pedido de demissão e o empregado sustenta que foi dispensado sem justa causa, quem melhor tem condições de provar que houve pedido de demissão é a empresa, não sendo o caso de se atribuir exclusivamente ao empregado o ônus de provar a dispensa sem justa causa. Assim, não provado o pedido de demissão, deve prevalecer o argumento da dispensa sem justa causa. Na sistemática vigente, se o empregado não prova a dispensa sem justa causa, invariavelmente acolhe-se que houve pedido de demissão, porque desconsidera a dinâmica da distribuição do ônus da prova.

7 – O PEDIDO CONTRAPOSTO E O FIM DA RECONVENÇÃO

O art. 337 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil explicitamente adota o sistema de que em todas as ações têm caráter dúplice, sempre que seria cabível a reconvenção. Assim, o réu na contestação, depois de expor toda a matéria de defesa poderá formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

E mais, a desistência da ação ou a sua extinção não obsta o prosseguimento do pedido contraposto, com a instrução do pedido efetuado na defesa.

7 REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano XIV, 14 – 15.02.2010, p. 31.

DOCTRINA

O art. 307, parágrafo único, transporta todos os requisitos para o pedido do autor, com aplicação ao pedido contraposto, isto é, quanto à necessidade de pedido certo e determinado, facultando-se a formulação de pedido genérico, com a determinação desde logo das consequências do fato ilícito, ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato da parte contrária.

Não há aí nenhum prejuízo, porque não exige para o pedido contraposto identidade de rito, para o pedido posto, requisito para a reconvenção.

No processo do trabalho, o pedido contraposto vinha sendo adotado exclusivamente nos dissídios coletivos, admitindo-se que o suscitado formule pedido de cláusulas, e por vezes acolhe-se, embora não fora objeto do pedido do suscitante.

No dissídio individual trabalhista de procedimento sumaríssimo não se admite pedido contraposto, como no procedimento sumário, no cível, conforme art. 278, § 1º (*É lícito ao réu, na contestação, formular pedido a seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial*).

Este avanço do anteprojeto do novo Código de Processo Civil deve ser incorporado ao processo do trabalho, extirpando, por exemplo, a polêmica do cabimento da reconvenção, no caso de ação de consignação em pagamento de verbas rescisória, em que o empregado reconvém, formulando verdadeira reclamação trabalhista ou no inquérito judicial para a apuração de falta grave em que a reconvenção pede a reintegração ou indenização correspondente ao período estável. Será suficiente que o trabalhador reclamado na consignatória, depois de esclarecer os fundamentos da resistência da recusa em receber as verbas que a empresa quis pagar, deduza pedido próprio de pagamento correto do que lhe entender devido, decorrente de dispensa sem justa causa, por exemplo.

Não é mais oponível o argumento da incompatibilidade de rito procedimental, como, por exemplo, se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumaríssimo e o pedido contraposto rito ordinário, porque no sistema trabalhista, com alguma exceção, o que define o rito é o valor do pedido inicial.

De sorte que se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumaríssimo e o pedido contraposto rito ordinário, é viável que o juiz do trabalho converta para este rito, na própria audiência, determinando a reautuação e reclassificação do feito, para fins cadastrais e estatísticos. Esta postura é mais consentânea com a razoável duração do processo, porque busca a sua celeridade e efetividade, em vez de exigir que o reclamado venha propor reclamação trabalhista autônoma.

8 – A CONCILIAÇÃO – CONCILIADORES E MEDIADORES NÃO JUÍZES

Na Justiça do Trabalho a conciliação sempre foi e continua sendo o meio mais eficaz para a composição dos litígios, tanto no dissídio individual quanto no coletivo. No dissídio individual, o Juiz do Trabalho tem por dever, de ofício, propor a conciliação, no mínimo, em duas oportunidades, na mesma audiência: no início e depois de encerrada a instrução. Em nenhum momento se descarta a busca da conciliação, em qualquer fase do processo, e na prática, mesmo depois de desencadeada a execução forçada.

A opção da Justiça do Trabalho pela conciliação remonta às suas origens, tanto na primeira instância, como na segunda instância, basta um exame da Consolidação das Leis do Trabalho⁸.

A particularidade é que a conciliação no processo do trabalho se dará sempre com a participação efetiva do juiz do trabalho. Há uma forte resistência em se delegar a tentativa de conciliação a servidores, como havia reserva em delegá-la aos juízes classistas, enquanto subsistiram as Juntas de Conciliação e Julgamento.

O novo Código avança, de forma significativa, se comparado com a sua versão original de 1973 e mesmo depois das minirreformas. Assim, o processo civil aos poucos foi se enriquecendo com as contribuições da experiência da Justiça do Trabalho e avança criando conciliadores não juízes, o que se pode tornar efetivo na tentativa de conciliação.

8 “Art. 678. Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete:

I – ao Tribunal Pleno, especialmente:

a) processar, *conciliar* e julgar originariamente os dissídios coletivos.

Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à *conciliação*.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução *conciliatória* dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo *conciliatório* converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo *conciliatório*.”

“Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a *conciliação*.”

“Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de *conciliação*, e não se realizando esta, será proferida a decisão.”

“Art. 858. A representação será apresentada em tantas vias quantos forem os reclamados e deverá conter:

a) designação e qualificação dos reclamantes e dos reclamados e a natureza do estabelecimento ou do serviço;

b) os motivos do dissídio e as bases da *conciliação*.”

DOCTRINA

O anteprojeto expressamente preconiza que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por magistrados, advogados, defensores públicos do Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial (art. 135). Nunca, a conciliação no processo civil, teve tratamento tão enfático. Não se desconhece o preconceito que os civilistas tinham, em relação ao processo do trabalho, exatamente por seu caráter marcante de enfatizar e priorizar a conciliação.

No art. 333 o anteprojeto do novo Código diz expressamente que: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias”. As únicas ressalvas serão: se as partes se mostrarem, de pronto, contrárias à conciliação; por outros motivos o juiz constatar a inviabilidade de conciliar.

No mais, o propósito é que a tentativa de conciliação se mostre obrigatória, com pauta de audiências específicas e que precede à audiência de instrução e julgamento. Não há cominação de nulidade, mas fica evidente que se o juiz for omissivo, está contrariando o preceito legal.

Inova, ainda, de maneira antes impensada, quando insere entre os auxiliares do juízo a figura dos conciliadores e mediadores oficiais; facultando a criação, pelos tribunais, de setor específico para tal fim. Resgata-se, com isso, a figura do pretor, no processo civil romano, na medida em que se facultará aos litigantes escolher o conciliador ou mediador e, se infrutífero este acordo, haverá sorteio entre os inscritos no registro do tribunal (veja arts. 134 e 144 do anteprojeto).

O anteprojeto traz, ainda, algo que não se depara na Consolidação das Leis do Trabalho, nem no Código do Processo Civil que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. O novo Código introduz, então, os princípios que norteiam a postura do conciliador e das partes.

Além de criar um padrão de conduta para quem quiser ser conciliador, institui requisitos para a função: não são servidores; obrigatoriamente devem estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil; constar do quadro de conciliadores e mediadores do tribunal; ostentar prova de capacitação específica que o habilite para função; não patrocinar causas em que funciona como conciliador. A satisfação destes requisitos será exigida, para a habilitação perante o tribunal.

Depreende-se que os conciliadores voluntários dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95) não foi uma experiência de sucesso, por falta de capacitação

e porque o trabalho voluntário não vincula o conciliador ao juiz encarregado da homologação do acordo. Observe-se que o anteprojeto preconiza que o juiz responsável traçará os parâmetros para a atuação do conciliado ou mediador.

A propósito, está em curso uma experiência do TRT da 23ª Região, de Mato Grosso, um núcleo de conciliação, na sua sede, executadas por servidores que centralizam as tentativas de conciliação de processos em curso na primeira e segunda instâncias, contando com a coordenação de um Juiz do Trabalho. É o caso de se colher experiência e aprimorar o sistema. Além disso, cogita-se de remunerar o conciliador e o mediador.

No Fórum Trabalhista de Paulínia, cidade próxima à Campinas, no TRT da 15ª Região, há outra experiência que tem se mostrado eficaz, em que o juiz faz uma triagem dos processos a serem submetidos à conciliação, permitindo a atuação de um conciliador leigo, não servidor. Trata-se de um servidor público aposentado, com larga experiência como conciliador no juizado especial cível da Comarca e que se propôs a desenvolver tais serviços no Fórum Trabalhista, sob a supervisão direta dos juízes do trabalho.

Há, ainda, as experiências relatadas por técnicos do Ministério da Justiça, na oficina da Escola Judicial do TRT de Campinas, em juizados especiais federais e estaduais, com a participação de conciliadores e mediadores não juízes, por servidores devidamente capacitados. É o caso de a Justiça do Trabalho acompanhar e avaliar melhor a instituição de centros de conciliação monitorados por um juiz do trabalho, auxiliado por servidores públicos que tenham perfil para essa tarefa, não sem passar antes por um curso de capacitação.

Sem estes requisitos do conciliador ou mediador, ainda que se trate de servidor, pode-se chegar ao insucesso a que se verificou nos juizados especiais estaduais e federais.

Eis aí um avanço que o projeto traz e pode ser utilizado pela Justiça do Trabalho.

9 – TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a partir do art. 277, reúne e disciplina as tutelas de urgência – cautelares e satisfativas – inovando com o que denominou de tutela de evidência. Equivale dizer, engloba medidas cautelares em geral ou inominadas (CPC, art. 798) e a tutela antecipada e tutela específica (CPC, arts. 273 e 461).

DOCTRINA

E mais, com maior concisão que o art. 798 do atual CPC, o anteprojeto preconiza, no art. 278, que: *O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.*

A norma se insere no poder geral de cautela do juiz que, por sinal, é muito pouco utilizado pelos juízes de direito, exceto em questões de família, da infância e adolescência, ações possessórias e previdenciárias.

No processo do trabalho, o poder geral de cautela é mitigado pela jurisprudência.

Aliás, a jurisprudência é conservadora, ainda, quando o juiz do trabalho defere a tutela antecipada do art. 273 do Código de Processo Civil, em obrigação de pagar verbas rescisórias, ante a inquestionável dispensa sem justa causa. É certo, porém, que se o empregado não a solicitou na peça de ingresso, mas durante a audiência surgem indícios e ou a evidência de que o empregador, que se recusa a conciliar, está se mudando do município ou comarca, ou corre o risco de desaparecer, sem considerar a natureza alimentar das parcelas, não há razão para subtrair do juiz o poder de determinar de imediato tal pagamento. Não é necessário dizer que o deferimento da tutela antecipada, acompanhada de *astreinte* para o caso de descumprimento, é fator que estimula o adimplemento da decisão judicial.

A concentração das tutelas de urgência e de evidência com idêntica disciplina contribui em muito para a celeridade e efetividade do processo e deve ser adotada, de pronto, pelo processo do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho só contempla duas hipóteses de tutela antecipada, no art. 659, IX e X, carecendo de uma norma genérica para contemplar outras em que a medida se mostre viável, diante do caso concreto. Trata-se de medida absolutamente compatível com o processo trabalhista, em harmonia com os princípios da celeridade e efetividade.

A tutela da evidência é uma ideia nova que merece destaque especial.

O art. 285 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil diz expressamente:

“Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco e dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

DOUTRINA

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independerá igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

Não se reproduziu a exigência do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil acerca da *prova inequívoca* que convença o juiz da *verossimilhança* da alegação da parte. Andou bem o legislador em enumerar, a título de exemplo, as hipóteses que ensejam a adoção da medida. Com efeito, não aí *numerus clausulus*, mas enunciado de hipótese que a jurisprudência pode perfeitamente enriquecer, ampliando-as.

Há ampla possibilidade de aplicação das tutelas de evidência no processo do trabalho. É rotineira a presença das partes em audiência, ante a dispensa sem justa causa, em que é indiscutível a estabilidade provisória (gestante, dirigente sindical, cipeiro, véspera de aposentadoria, acidentado, etc.). A tutela judicial se limita a aguardar a decisão final do curso ordinário, para ao final converter a decisão em indenização, por decurso do prazo estável. Não difere o exemplo já citado da incontroversa dispensa sem justa causa, sem pagamento das verbas rescisórias.

A grande novidade é que havendo pedido com fundamento em julgamentos repetitivos enseja a aplicação da medida. Vislumbra-se que, por exemplo, os mais de quatrocentos verbetes de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, que resultam indiscutivelmente de julgamentos repetitivos, autorizam o juiz a aplicar a tutela de evidência. Com maior razão, por exemplo, em pedidos com respaldo em Súmula do TST, ainda que estas não tenham força vinculante.

Nas hipóteses de cumulação de ações, muito comum na Justiça do Trabalho, se um pedido ou parcela for incontroverso, a solução mediante a tutela de evidência é definitiva, significa, execução definitiva de imediato.

10 – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – *AMICUS CURIAE*

Por preocupação com a celeridade e a efetividade do processo do trabalho, as diversas formas de intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil sempre encontraram resistência para a sua aplicação por juízes do trabalho.

Não é necessário dizer que a CLT só cogitava do chamamento em caso do art. 486, *factum principis*.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil resumiu as hipóteses antigas e de interpretação complexa de intervenção de terceiro à assistência e o chamamento ao processo. Inovou com a introdução do *amicus curiae*.

O chamamento ao processo foi sempre aceito no processo do trabalho, havendo resistência quanto à denúncia da lide que, finalmente, acabou sendo admitida pela jurisprudência, porque o advento da Emenda Constitucional nº 45 que incluiu na competência da Justiça do Trabalho as ações de reparação de danos materiais e morais, o empregador invariavelmente pretende a denúncia da lide à seguradora, para resguardar o seu de regresso (CPC, art. 76). Neste sentido, o TST cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 227, conforme Diário da Justiça de 22.11.05.

Acredita-se que a proposta de dar nova feição do chamamento ao processo que engloba a denúncia da lide, é perfeitamente aceitável na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, se aceita o chamamento do tomador de serviços para integrar o polo passivo da relação processual, quando acionada a empresa terceirizada.

Houve avanços e aperfeiçoamento que se compatibiliza com o processo do trabalho.

Amicus Curiae

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, no Capítulo V, Título I, Livro II, art. 320, dispõe que:

“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.”

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi inicialmente em resistir a figura, tanto que o regimento interno da Excelsa Corte expressamente vedava, nas ações direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Evoluiu-se, porém, para admitir como forma especial de intervenção de terceiro fora da nomenclatura do Código de Processo Civil. Tratava-se do instituto *amicus curiae* ou *amigo da corte*.

O amigo da corte é aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito, objeto de controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de alguma forma, escapar-lhes ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* pode ser produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte, contribuindo para o acerto da decisão, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa dos interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão⁹.

Segundo o Professor Gustavo Binenbojm¹⁰, *é tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do amicus curiae em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso do amicus curiae serve, assim, para pluralizar o debate que no sistema americano é originariamente travado apenas entre as partes no processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do amicus curiae é prevista na Rule 37 do Regimento Interno da Corte – Brief for an amicus curiae.*

Na verdade, a introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro só se deu com tal propósito, por meio da promulgação da Lei nº 9.868/99, que sepultou de vez a disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que vedava a intervenção de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como bem definido no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99:

“Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

9 Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, Barn's Educational Series, Inc., 1975, p. 112.

10 *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, n. 1 – jan./fev./mar. 2005 – Salvador-Bahia-Brasil.

DOCTRINA

§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Finalmente, a Lei nº 9.882/99, que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, no § 1º do art. 6º prevê a participação do amigo da corte:

“Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que a figura do *amicus curiae* é uma importante inovação no direito admitida na esfera constitucional, igualmente na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de Lei Federal (vide EDcl no AgRg no Mandado de Segurança nº 12.459-DF – 2006/0273097-2).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.321-7 – DF, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, conforme Ementário nº 2195-1, publicado no DJ de 10.06.05, analisando o pedido de intervenção do *amicus curiae*, assim se pronunciou à fl. 47:

“PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABS-TRATO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*,

permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade.” (grifei)

No contexto do ordenamento jurídico e da jurisprudência, o *amicus curiae* pode ter razões para intervir quando tiver contribuição para oferecer ao juiz ou ao relator da decisão, desde que se mostre pertinente e necessária para a solução da controvérsia, a fim de superar grave questão ligada à legitimidade democrática das decisões emanadas do Poder Judiciário.

A sua introdução no anteprojeto do novo Código de Processo Civil é uma inovação salutar porque amplia o alcance dessa forma de intervenção de terceiro, para as ações cíveis em geral, a fim de que, *considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da lide, o juiz de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias de sua intimação* (art. 320). Neste sentido se harmoniza com o que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99.

No exame prévio, para determinar ou admitir a intervenção do *amicus curiae*, cabe ao juiz aquilatar a representatividade da pessoa, órgão ou entidade especializada, bem como a relevância da matéria controvertida. O binômio representatividade e relevância não podem escapar à análise para se aquilatar

se será útil, desejável e necessária a sua atuação processual, para a melhor solução da lide.

Por fim, não tem cabimento ao *amicus curiae* deduzir pretensões iguais, semelhantes, subsidiárias ou supletivas àquelas formuladas pelo autor da ação ou réu, já que sua intervenção é de amigo da corte e não da parte.

Daí, o sábio comando do parágrafo único do art. 320, da decisão que admitir ou rejeitar a intervenção do *amicus curiae* não cabe recurso.

A pergunta que não cala:

Tem cabimento essa modalidade de intervenção no processo do trabalho?

Não se pode descartá-la *a priori* em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

De sorte que em determinada ação movida por um sindicato, em face de uma empresa, postulando a colocação de um equipamento de proteção coletiva, em determinada secção, o juiz pode chamar para ser ouvida a FUNDACENTRO – Fundação Centro Nacional de Prevenção de Acidente de Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de seu pessoal técnico, se uma ou mais perícias realizadas se mostrarem deficientes, por exemplo.

Em ação de dissídio coletivo ou ação de cumprimento de instrumento normativo, em que preliminarmente, se discute a legitimidade de representação sindical, não seria o caso de chamar o sindicato a que as partes aludiram, a fim de ser ouvido?

Em caso de profunda alteração das condições de trabalho por inovação tecnológica, em sindicato que vem alegando prejuízo aos trabalhadores, o juiz poderia ouvir empresa especializada na matéria, para apreciar a legitimidade ou não do ato patronal.

Nas dispensas coletivas sob o argumento de inovação tecnológica ou por razões de mercado, porque não ouvir especialista na matéria?

Vislumbra-se que, evitando burocratização ou alongar a demanda, admitir ou determinar a oitiva de um *amicus curiae*, pode ser solução célere, não onerosa e eficiente, para questões mais complexas que por outras formas de o juiz obter informações implicaria em morosidade e aumento de custos do processo.

11 – DA REJEIÇÃO LIMINAR DA DEMANDA

É uma inovação que permite agilizar a prestação jurisdicional, introduzida no art. 317 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

“Art. 317. Independentemente da citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se:

I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

II – o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

III – verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição;

§ 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.”

Não se trata, portanto, de mero indeferimento da petição inicial, por defeito de forma, mas rejeição liminar da demanda. Curiosamente, o art. 469 do anteprojeto não a inclui nas hipóteses de sentença de mérito.

Na Justiça do Trabalho é manifestamente improcedente, por força da Súmula Vinculante nº 04 do STF, o pedido de diferença de adicional de insalubridade, em que se pretende ver adotada, como base de cálculo, a remuneração superior ao salário-mínimo.

Certas demandas em face de Estado de São Paulo, Município e autarquias, postulando diferenças salariais, a pretexto de inclusão de parcelas na base de cálculo, vêm sendo reiteradamente rejeitadas pela jurisprudência, inclusive pelo TST.

12 – UM PROCESSO CIVIL SINCRÉTICO E AS SUAS REPERCUSSÕES

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil incorpora todos os avanços que as minirreformas no atual Código introduziram, nitidamente materializando, ainda que timidamente, a longa experiência do processo na Justiça do Trabalho.

O exemplo mais significativo no processo do trabalho é o art. 799 da CLT, segundo o qual o reclamado deve arguir todas as questões e exceções em sua defesa e a arguição de exceção não suspende o andamento do feito, exceto em caso de incompetência absoluta e reafirma a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Introduziu, ainda, a proposta de um processo civil sincrético, na medida em que a execução da sentença se dá de forma célere e mais simplificada, privilegiando os interesses do credor, se comparada com a execução de título extrajudicial ou com o rito da Consolidação das Leis do Trabalho.

O anteprojeto já enuncia que a execução da sentença em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação independe de citação do devedor (art. 490). Sendo parte pessoalmente intimada por carta para cumprimento da sentença ou decisão que reconhecer a existência de decisão, excetuadas as hipóteses de revelia, falta de informação do endereço da parte nos autos ou quando não for encontrada no endereço constante dos autos. De modo geral, decorrido o prazo previsto em lei ou na sentença para o cumprimento espontâneo da obrigação, seguir-se-á, imediatamente e de ofício, a sua execução. Para se exigir o cumprimento da sentença em face do fiador, será necessário que tenha participado da fase de conhecimento (art. 490 e §§).

É convincente o argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho tem forma mais simplificada e célere se nos referimos à fase de conhecimento. Na fase de execução exige-se, ainda, o requerimento do credor e a necessidade de citação do devedor para pagar, depositar ou oferecer bens à penhora¹¹.

Não é por outra razão que há um enorme conflito jurisprudencial, na própria Justiça do Trabalho, em torno da aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil vigente ao processo do trabalho, exatamente em razão da norma expressa do art. 880 da CLT.

Não se desconhece que o art. 878 legitima a execução *ex officio*¹², porém, o procedimento executório só se deflagra pela citação do devedor, enquanto no anteprojeto do Código de Processo Civil se inicia por mera intimação do devedor, por carta.

11 “Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

12 “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.”

Na liquidação da sentença o avanço do atual Código de Processo Civil foi preservado no anteprojeto, em se tratando de apuração do valor por cálculo, como é caso de expressiva maioria das execuções trabalhistas. Como já nos referimos acima, não se submete ao complexo e moroso procedimento do art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho¹³.

Na sistemática do anteprojeto, o processo prosseguirá para que, de imediato, se proceda a sua liquidação (art. 494), em que o credor apresentará demonstrativo de cálculo discriminado e atualizado do débito, seguindo a intimação do executado para pagamento no prazo de quinze dias, sob pena da multa de dez por cento (art. 495). Se a elaboração do cálculo depender de dados que estejam em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do devedor, poderá requisitá-lo (art. 495, § 1º).

Ora, estes dispositivos caem como uma luva no processo do trabalho, enquanto os juízes do trabalho relutam em aplicá-los, por apego às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, não obstante flagrantemente ultrapassadas.

O cerco ao devedor contumaz se torna mais efetivo, se não efetua o pagamento espontâneo, quando institui honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da execução, sem prejuízo daqueles arbitrados na sentença (§ 4º do art. 495).

O anteprojeto se aproxima do processo do trabalho, quando permite a avaliação por oficial de justiça, o que desonera o procedimento de execução, em vez de nomear um avaliador.

13 “Art. 879. Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

§ 1º Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.

§ 1º-A. A liquidação abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas.

§ 1º-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente.

§ 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

§ 3º Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação da União para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão.

§ 4º A atualização do crédito devido à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária.

§ 5º O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União quando o valor total das verbas que integram o salário de contribuição, na forma do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.

§ 6º Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.”

DOCTRINA

A alienação se dará por iniciativa particular e por leilão judicial eletrônico ou presencial (art. 802). Admite-se a alienação por iniciativa própria do credor, ou por corretor credenciado. Não se fala mais em hasta pública, sob a forma de praça, remetendo-se diretamente a alienação por leilão. Nisso se aproximou do processo do trabalho.

A simplificação do procedimento para a adjudicação direta que encontrar forte resistência nos tribunais do trabalho, no anteprojeto é avanço digno de nota.

A definição de limite para a qualificação de preço vil, se inferior a 50% do valor da avaliação, será um entrave, exceto se o juiz da alienação estipular outro preço. O percentual é elevado e pode dificultar a alienação em leilão.

Anteprojeto do novo Código de Processo Civil preconiza que a satisfação do crédito far-se-á, inclusive, pela adjudicação, pelo exequente, dos bens penhorados.

Admite-se expressamente a prescrição intercorrente na execução, tanto que o art. 845, VI, preconiza que o processo permanece, suspenso, por tempo suficiente para perfazer a prescrição, quando o devedor não possuir bens penhoráveis, ou se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em dez dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis.

CONCLUSÃO

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, não obstante as críticas que lhes estão impondo alguns juristas, representa um grande avanço, porque se preocupou em oferecer à sociedade um Código extremamente didático, de fácil interpretação e, sobretudo, com a simplificação de procedimentos. A par destes avanços incorpora valores e princípios constitucionais, para oferecer à sociedade um diploma legal comprometido com a sua natureza de um método de resolução de conflitos. É lamentável, porém, que no Congresso Nacional já excluiu o Capítulo acerca das ações coletivas, porque a proposta da Comissão de Juristas, neste ponto, era avançadíssima, corrigindo algumas distorções de que foram vítimas a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O processo do trabalho foi um berço da experiência positiva de simplificação dos procedimentos em prol da celeridade e efetividade, não traz riscos à segurança jurídica para os litigantes. Essas experiências foram, em grande parte, incorporadas ao anteprojeto, o que é salutar e louvável. Este é o momento em que os magistrados, advogados e membros do Ministério Público que militam e estudam o processo do trabalho devem preocupar-se em contribuir para que

DOUTRINA

esses avanços não sofram nenhuma resistência para serem incorporados, sem apego às formas ultrapassadas. Isto, agora, inspirando-se em muitos avanços no processo civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, RJ, n. 54, p. 77, 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso Orientação Jurisprudencial*, Curso FMB – 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças Estruturais para o Novo Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (Orgs.). *Bases científicas para um renovado Direito Processual*. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3. v.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano XIV, 14 – 15.02.2010.

PODER DIRETIVO DO JUIZ: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SUA APROXIMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Júlio César Bebber*

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo se destina a cumprir os escopos: a) *jurídico* – que compreende a aplicação da lei. Não qualquer aplicação da lei, mas a aplicação da lei que produza resultados jurídicos substanciais; b) *social* – que compreende a educação das pessoas (para o respeito aos direitos alheios e para o exercício dos seus direitos) e a pacificação dos litigantes; c) *político* – que compreende a participação dos cidadãos na administração da justiça. Sendo assim, não se destina a uma simples definição de direitos entre particulares. Há nele enorme carga de interesse público (interesse de toda a sociedade). E esse interesse ostenta primazia, mesmo sob a ótica daqueles que veem no processo a existência unicamente do escopo jurídico¹.

Se o processo está impregnado do interesse público, não se pode mais encará-lo com visão privatista. O poder do juiz para dirigir o processo, portanto, deve ser amplo. Dizer que o poder diretivo do juiz deve ser amplo não é o mesmo que dizer que deve ser absoluto. Significa dizer, apenas, que esse poder somente poderá sofrer limitações indispensáveis à garantia de uma atuação judicial transparente.

* *Juiz do Trabalho; Doutor em Direito.*

1 Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC de 1973, asseverou que o processo “é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina à simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade” (BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*).

O Direito Processual do Trabalho, desde o seu nascimento, observa essa premissa (CLT, art. 765), embora não seja incomum encontrar entendimentos vacilantes a esse respeito daqueles que indevidamente se deixam influenciar pela ideologia liberal individualista. Essa ideologia, aliás, é cultuada em vários dispositivos legais importantes do Direito Processual Civil que impedem a livre atuação do juiz como diretor do processo.

Embora ainda tímido e caminhando a passos lentos, o Direito Processual Civil tem buscado (por meio de reformas legislativas) se livrar da concepção privatista mediante o aumento dos poderes de direção do juiz. Desse modo, aproxima-se do Direito Processual do Trabalho que, muitas vezes, lhe serve de inspiração.

É dessa aproximação entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual do Trabalho, sob a ótica do poder diretivo do juiz, que me ocuparei nesse brevíssimo estudo.

2 – OS PODERES DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL CLÁSSICO

Até a Idade Média, a maioria dos Estados eram totalitários. O poder era absolutista. Concentravam-se na realeza, então, todos os poderes. Ocupado com a administração, defesa e ampliação do reino, a realeza delegava a atividade jurisdicional. A delegação era definitiva e tinha cunho patrimonial. Poderia ser cedida, alienada, herdada. Das decisões dos magistrados os interessados poderiam apelar, devolvendo-se à realeza, então, o poder de julgar (daí a origem histórica da denominação dada ao efeito devolutivo dos recursos).

Designados pela realeza, que tinha como aliados os senhores de terras, os magistrados não possuíam independência, nem se submetiam ao dever de imparcialidade, principalmente quando um destes estivesse envolvido em uma demanda. O favorecimento dos senhores de terras, então, era a regra; a justiça, a exceção.

Essa ordem foi rompida somente no século XVIII, com a Revolução Francesa (1789) e suas ideias liberais. Após tomar a Bastilha, a burguesia teve de conviver com juizes do antigo regime, reconhecidamente imorais, corruptos e comprometidos com o poder feudal. Como forma de garantir seus direitos, a burguesia adotou as ideias de que: *a lei é fonte única do Direito* (legalidade pura); *somente a lei liberta* (redução do direito à lei); *todas as pessoas são livres, absolutamente iguais e estão dotadas das mesmas necessidades* (a igualdade é formal, a lei deve ser genérica e abstrata e vale como ordem e não por qualidades morais e lógicas). Atentar para a intenção do legislador e obedecer às

formas sem questionamentos (culto irracional da forma) passaram a constituir a ordem. Com isso, controlava-se a atuação dos juízes, evitando que pusessem a perder as conquistas positivadas.

Nesse modelo de Estado Liberal Clássico, em que a igualdade formal e a liberdade eram valores absolutos, cabia aos próprios interessados regularem as suas relações privadas. Essa ideologia, no Direito Processual, fez emergir o juiz equidistante, que classicamente corresponde ao juiz passivo (destituído de amplos poderes). O processo era considerado um negócio entre as partes (coisa das partes) e tinha o escopo exclusivo de tornar concreta a vontade da lei. Todas as iniciativas processuais, portanto, cabiam às partes. O juiz era mero espectador dos movimentos e dos atos destas, e sua intervenção ocorria na medida do necessário e somente se fosse chamado. Qualquer atuação oficial era considerada invasiva e afrontava a liberdade dos litigantes.

A concepção privada do processo, com a destituição ou o amesquinha-mento dos poderes do juiz, como se vê, foi indispensável naquele momento histórico, uma vez que o sistema então existente afrontava bases éticas e morais de justiça.

3 – OS PODERES DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO

A concepção privada do processo foi um mecanismo necessário para colocar freios em um sistema composto por juízes imorais, corruptos e comprometidos com o poder feudal. Encontramo-nos, porém, no século XXI:

“a) os juízes não são mais designados pela realeza;

b) os cargos da magistratura não são mais concedidos (comprados, adquiridos, herdados). O recrutamento dos juízes se dá por meio de concurso público (CF, art. 93, I);

c) a independência e a imparcialidade do juiz, exigidas objetivamente, constituem garantias de julgamento isento para todos os cidadãos;

d) a publicidade dos atos e a fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) constituem garantia de transparência da atuação judicial;

e) a lei, que ideologicamente deveria revelar a vontade popular, passou a ser o resultado da coalizão das forças de grupos de um parlamento formado por pessoas comprometidas com certos interesses e com atuação pautada em *lobbies* e pressões de bastidores. Por isso, ‘frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos’,

sendo necessário ‘submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça’² e os direitos fundamentais³;

f) o princípio da legalidade assumiu uma nova configuração (ganhou novo conteúdo), uma vez que era conceituado unicamente sob a *dimensão formal*, transfigurando-se, assim, para uma *dimensão material* (conformação da lei à Constituição)⁴;

g) o Estado Legal passou a ser o Estado constitucional. A lei, ao invés de ostentar supremacia, encontra-se subordinada à Constituição e deve a ela se conformar⁵. A lei não vale por si; depende da sua adequação às regras e princípios constitucionais, que sobre ela exercem controle.”

Não se justifica mais, portanto, a destituição ou o amesquinamento dos poderes do juiz. Ao contrário, os juízes devem atuar com amplos poderes, a fim de cumprirem o papel de verdadeiros órgãos (agentes) políticos do Estado, responsáveis pela manutenção da ordem jurídica, que compreende mais que o substrato puramente normativo.

4 – LIMITES LEGÍTIMOS AOS PODERES DO JUIZ

O juiz não pode e não deve ser um mero burocrata que segue formas e aplica fórmulas. Ao mesmo tempo, não pode e não deve ser senhor de verdades e poderes absolutos. Um sistema legal que não concede, restringe em demasia ou concede poderes absolutos ao juiz para dirigir o processo é um sistema fadado ao fracasso. Nem a ausência (ou restrição severa) que impede a eficiência, nem a concessão de poderes absolutos que leva ao arbítrio. O equilíbrio, como para tudo na vida, é o ideal.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 43.

3 “Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas. (...) A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 94).

4 Atento a isso, Ferrajoli sustentou a superação do velho princípio da legalidade formal (e da ideia de jurisdição voltada à atuação da lei) pelo *princípio da estrita legalidade* ou da *legalidade substancial* (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53).

5 No Estado constitucional: a) há subordinação da lei às normas constitucionais; b) o princípio da legalidade e da ciência do direito cede espaço às normas (regras e princípios) constitucionais; c) há plena eficácia jurídica das normas constitucionais; d) a constituição exerce função unificadora, sendo imprescindível a realização do controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão.

O equilíbrio na quantidade de poderes do juiz é dado por limites legítimos, que são a publicidade dos atos processuais e a fundamentação das decisões judiciais:

“a) a publicidade está prevista no art. 93, IX, primeira parte, da CF: ‘Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (...)’. Essa publicidade pode ser: (i) *popular* – permite que todos os cidadãos, incondicionalmente, tenham ciência dos atos processuais. Essa é a regra, uma vez que por meio dela a sociedade exerce a fiscalização sobre a atuação jurisdicional. A publicidade popular é da essência ‘de todo e qualquer sistema de direito que não se embasa na força, na exceção e no autoritarismo. A democracia não se compraz com o secreto, com o que não é notório’⁶; (ii) *restrita* – permite, em situações especiais, a ciência dos atos processuais apenas às partes e aos seus procuradores, ou somente a estes;

b) a fundamentação está prevista no art. 93, IX, segunda parte, da CF: ‘Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)’. Fundamentar significa explicitar as razões (de fato e de direito) que formaram o convencimento. O juiz deve dizer, então, que caminho tomou para decidir, reproduzindo, ‘como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que (...) percorreu para chegar à sua conclusão’. Desse modo, estando esta errada, pode-se facilmente encontrar, nos fundamentos, ‘em que altura do caminho o magistrado se desorientou’.⁷

A publicidade dos atos processuais e a fundamentação das decisões, portanto, constituem a garantia de uma atuação judicial transparente, uma vez que tanto legitimam quanto estabelecem limites aos poderes do juiz.

5 – CONSEQUÊNCIAS DO AMPLO PODER DE DECISÃO DO JUIZ

O amplo poder de direção do processo pelo juiz, limitado unicamente pela publicidade dos atos processuais e pela fundamentação das decisões judiciais, facilita a atuação destinada a assegurar:

“a) *o acesso material à justiça*, uma vez que o acesso à justiça, como garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXV), não se resume à possibilidade de ingresso em juízo (acesso ao judiciário). Compreende a

6 PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 167.

7 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica, p. 143.

defesa eficaz do Direito rumo à solução justa do conflito (justiça material). Como ressalta Mauro Cappelletti, o acesso à justiça deve ser encarado como o ‘requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar direitos’⁸. Daí a necessidade de atuação interessada, comprometida e participativa do juiz. Não cabe a ele dirigir o processo zelando unicamente pela observância formal das regras processuais, mas como instrumento de realização efetiva dos direitos individuais e coletivos. Cumpre-lhe, por isso, intervir diretamente no processo para assegurar que seus escopos sejam atingidos;

b) *a efetividade do processo*, uma vez que o processo é o instrumento destinado a produzir transformações positivas e concretas no mundo empírico (real). A efetividade, como garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXV) faz prevalecer (no mundo dos fatos) os valores (escopos) sociais, políticos e jurídicos tutelados pelo processo. Daí dizer-se que efetivo é o processo que atinge os seus escopos e concretamente satisfaz o direito das partes, com vistas, sempre, ao interesse público;

c) *a tempestividade do processo*, uma vez que o reconhecimento tardio do Direito frustra o direito básico de resolução do litígio sem dilações indevidas e causa sensações profundas de desconforto, angústia, ansiedade e, principalmente, de injustiça. A tempestividade do processo, como garantia constitucional (CF, art. 5º, LXXVIII), exige que a tutela jurisdicional (do Direito) seja prestada dentro de um tempo apto ao gozo deste;

d) *a segurança jurídica dinâmica*, uma vez que a segurança jurídica estática (previsibilidade e constância) não se conforma à natureza das coisas e às relações individuais e sociais, que são mutáveis e estão em constantes e permanentes mutações. Nada está em repouso. Tudo se move. A humanidade evolui sem cessar. A segurança jurídica, por isso, possui um *valor funcional* para a realização do *justo*. Daí a necessidade de se buscar a *segurança jurídica dinâmica*, adaptada, pois, às variantes da vida moderna. Nas palavras de Siches, ‘somente o grau de certeza e segurança necessários para o cumprimento de valores superiores de justiça e de bem-estar geral, e somente até o ponto em que seja compatível para lograr estes valores mais elevados’⁹;

8 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

9 SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 298-299.

DOCTRINA

e) *a instrumentalidade*, uma vez que a técnica processual não tem, por si só, valor algum. Não deve, por isso, ocupar o primeiro lugar das discussões, sob pena de transformar os juízes em meros controladores de exigências formais;

f) *a simplicidade*, uma vez que não se pode mais admitir o direito reverente a ritualismos que o transformam em mera ciência abstrata. Como ferramenta de defesa do Direito, o processo deve ser simples, deve ser facilmente manejado e compreendido;

g) *a cooperação*, uma vez que sendo do interesse público a resolução do conflito, ninguém poderá se eximir de cooperar para esse escopo. A cooperação decorre de um princípio de convivência social denominado *princípio da igualdade dos cidadãos diante dos ônus da vida em sociedade*, e impõe a colaboração (cooperação) dos sujeitos do processo e de terceiros, que devem agir (operar) juntamente com o Poder Judiciário, auxiliando-o a prestar tutela jurisdicional justa.”

6 – PODER DE DIREÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO DO TRABALHO

O Direito Processual do Trabalho sempre considerou a liberdade de atuação diretiva do juiz como fundamento para a efetividade e tempestividade do processo. A razão histórica dessa liberdade do juiz possui íntima ligação com a história da própria Justiça do Trabalho.

Diante dos conflitos trabalhistas e da implantação da legislação trabalhista, no ano de 1932 foram criadas as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento. Tais órgãos, que tinham como atribuição, respectivamente, solucionar administrativamente conflitos trabalhistas coletivos e individuais, eram vinculados ao Poder Executivo (ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio). Não exercendo poder jurisdicional (Decreto nº 22.132/1932, art. 23), as CMC e as JCJ atuavam com ampla liberdade na direção das reclamações, o que permitia certa informalidade e grande celeridade e efetividade na solução dos litígios.

Valendo-se dessa exitosa experiência, ao instituir e organizar a Justiça do Trabalho, integrando-a ao Poder Judiciário, o Decreto-Lei nº 1.237/1939 (modificado pelo Decreto-Lei nº 2.851/1940 e regulamentado pelo Decreto nº 6.596/1940) outorgou aos juízes liberdade na direção e condução dos processos, assegurando, assim, a mesma efetividade e celeridade já existentes. O art. 31 do Decreto-Lei nº 1.237/1939, então, dispunha o seguinte:

“Art. 31. As Juntas, juízes e tribunais do trabalho terão ampla liberdade na direção do processo, velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar quaisquer diligências necessárias ao esclarecimento delas, inclusive a intimação e condução coercitiva das pessoas, cujas informações como testemunhas se tornem precisas.”

Consolidadas as normas de Direito Material e Processual do Trabalho, em 1943 foi editada a CLT. Nela reproduziu-se o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.237/1939, sintetizado no texto do art. 765, *litteris*:

“Art. 765. Os juízos e tribunais do trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Desse modo, exceto quanto ao ajuizamento da demanda e às alegações fáticas, que delimitam a atuação jurisdicional, todos os demais atos do processo podem ser impulsionados de ofício. A iniciativa deles, portanto, é concorrente da parte interessada e do juiz.

Essa ampla liberdade do juiz para dirigir o processo é facilitada pela disciplina procedimental não detalhada do Direito Processual do Trabalho, que permite a adaptação das situações às suas necessidades concretas, colocando o processo, assim, a serviço do direito material.

A liberdade diretiva do juiz do trabalho, evidentemente, não é absoluta. Há os limites das garantias e princípios constitucionais. Há de se ter em conta, porém, que as garantias e princípios constitucionais também não são absolutos e, muito frequentemente, diante de situações concretas, estão em conflito, exigindo sua resolução por meio de um juízo de ponderação (proporcionalidade, razoabilidade).

O enlace entre o as normas processuais constitucionais e as normas processuais trabalhistas autoriza-nos afirmar que o sistema do Direito Processual do Trabalho é um sistema *aberto* e de *valores*. Isso permite o aprimoramento constante e contínuo de suas normas sem a necessidade de modificação da legislação, de acordo com a realidade plástica e cambiante das relações individuais e sociais.

7 – PODER DE DIREÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

O Direito Processual Civil, cujas bases foram colhidas no Direito europeu ocidental, foi impregnado da ideologia do Estado Liberal Clássico. Passando

do Regulamento nº 737 para os CPCs estaduais e destes para o CPC de 1939, tentou-se dar ao processo natureza pública. Não obstante isso, a ideologia liberal clássica se fez presente em vários institutos, prevalecendo neles a ideia privatista.

Essa ideologia mista (público-privado) do CPC de 1939 foi reproduzida no CPC de 1973. Note-se: não me refiro à ciência, à técnica e à estrutura do processo. Essas foram aprimoradas, atualizadas e sistematizadas no CPC de 1973, representando imenso avanço diante de uma disciplina até então atécnica e confusa. Refiro-me à ideologia que influenciou algumas regras processuais.

Sentido o aprisionamento do Direito Processual Civil dentro de uma espiral de falta de efetividade e tempestividade, iniciaram-se várias reformas no CPC. As de maior vulto ocorreram em 1984-1985; 2001-2002 e 2005-2006. Muitos foram os retoques feitos, mas muitas foram, também, as inovações, como, por exemplo, a restrição à impugnação de decisões interlocutórias (CPC, art. 522); a instituição do sincretismo para as demandas de obrigações de fazer (CPC, art. 461), dar (CPC, art. 461-A) e pagar (CPC, art. 475-J). Vários foram os dispositivos legais que ampliaram o poder diretivo do juiz (v.g.: CPC, art. 14, V; art. 515, §§ 3º e 4º; art. 652, § 3º), mas muitos, também, foram os que limitaram esse poder.

Atualmente tramita no CN projeto de lei destinado a instituir um novo CPC. O projeto retoca algumas das imperfeições existentes, reposicionando, em certas situações, a sua localização topográfica, cria alguns novos institutos e algumas novas regras. Quanto ao poder diretivo do juiz, o projeto do novo CPC o amplia, aproximando sua disciplina da do Direito Processual do Trabalho, mas não o bastante, como se vê no art. 118:

“PL-NCPC, art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I – promover o andamento célere da causa;

II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei;

III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

DOUTRINA

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

VI – determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial;

VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso;

IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades processuais.”

Apesar de outorgar uma série de poderes ao juiz, em dispositivos legais importantes e fundamentais para a efetividade e tempestividade do processo, o projeto do novo CPC limita a atuação oficial, condicionando a prática de certos atos à iniciativa das partes, a fim de não subtrair-lhes a liberdade e garantir a igualdade formal. Revela-se, assim, a presença de concepções liberais individualistas, permeando a disciplina processual. São exemplos disso os seguintes artigos:

“PL-NCPC, art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, *a requerimento da parte* ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

PL-NCPC, art. 272. A tutela de urgência e a tutela da evidência *serão requeridas* ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

PL-NCPC, art. 496. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á sua liquidação, *a requerimento do vencedor*.

PL-NCPC, art. 500. (...) § 1º O cumprimento da sentença, provisorio ou definitivo, far-se-á *a requerimento do credor*.

DOCTRINA

PL-NCPC, art. 509. No caso de condenação em quantia certa ou já fixada em liquidação, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á *a requerimento do exequente*, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de quinze dias, acrescido de custas e honorários advocatícios de dez por cento.

PL-NCPC, art. 518. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, *a requerimento do exequente*, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

PL-NCPC, art. 521. Para cumprimento da sentença condenatória de prestação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, *a requerimento*, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor.

PL-NCPC, art. 810. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, *a requerimento do exequente*, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

PL-NCPC, art. 875. (...) § 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, *a requerimento da parte*, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.”

Repete-se e amplia-se, então, o que já há no CPC vigente:

“CPC, art. 273. O juiz poderá, *a requerimento da parte*, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

CPC, art. 475-A. (...) § 1º Do *requerimento* de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

CPC, art. 475-B. (...) § 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, *a requerimento do credor*, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

DOCTRINA

CPC, art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, *a requerimento do credor* e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

CPC, art. 689-A. O procedimento previsto nos arts. 686 a 689 poderá ser substituído, *a requerimento do exequente*, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado.

CPC, art. 739-A. (...) § 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, *a requerimento da parte*, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.”

Tanto no CPC vigente como no projeto do novo CPC, o poder diretivo do juiz é ilegítima e injustificadamente limitado. Prevalece, ainda, uma ultrapassada concepção liberal individualista conservadora, que não é digna do Estado contemporâneo, que tem o dever de prestar tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa.

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Processual Civil tem dado passos importantes, embora curtos, rumo à efetividade e tempestividade processuais, aproximando-se cada vez mais do Direito Processual do Trabalho. Para a ele se igualar, entretanto, terá de se desprender da ideologia do Estado Liberal Clássico e fazer valer a promessa enunciada no art. 262 do CPC (“O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”), repetida no art. 2º do PL-NCPC (“O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial”).

O juiz, como órgão (agente) político do Estado, tem de ter liberdade para gerir o processo. O interesse do juiz no processo não é pessoal, mas do Estado em solucionar o conflito de interesses com justiça. O processo não é *coisa das partes* e a justiça “não é negócio entre particulares, mas assunto que o Estado deve chamar a si para resolver, atendendo não só às necessidades das partes, como também à necessidade maior da paz e da prosperidade coletiva e do prestígio público da Justiça”¹⁰.

10 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995, v. I, p. 665.

INDENIZAÇÃO POR DOENÇA PSÍQUICA NO AMBIENTE DE TRABALHO. O DIREITO (E O JUIZ) NO FOGO CRUZADO DO NEXO CAUSAL

Marcelo Furtado Vidal*

“Viver é muito perigoso (...) Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar.”

Guimarães Rosa

1 – INTRODUÇÃO

Vêm-se tornando cada vez mais frequentes as reclamações trabalhistas que veiculam o sofrimento psíquico e doenças mentais às condições de trabalho, com subsequente pedido de indenização por dano moral.

Essa expansão veio acompanhada de recepção normativa. O Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 (Regimento da Previdência Social), alterado pelo Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, no anexo II, que trata dos Transtornos Mentais e do Comportamento relacionados ao trabalho, enumera diversas patologias psíquicas, como o *stress* grave, transtornos de adaptação, *stress* pós-traumático, a neurose profissional, transtorno do ciclo vigília-sono, síndrome de *burn out* (sensação de estar acabado) e síndrome do esgotamento profissional, todas possuindo como agentes etiológicos determinadas condições de trabalho, como reação após acidente do trabalho grave, problemas relacionados com o emprego e desemprego, ameaça de perda de emprego, desacordo com o patrão e colegas de trabalho, outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho, má adaptação à organização do trabalho e ritmo de trabalho penoso.

* Juiz titular da 16ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte; Mestre em Filosofia do Direito (UFMG); Mestre em Direito Social (Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha).

DOUTRINA

O anexo II foi incorporado pela Portaria nº 1.339/99, do Ministério da Saúde, que tratou, entre outros tópicos, dos “transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho”.

Quanto à depressão, apesar da ausência de previsão expressa, a doutrina não deixa dúvidas de que poderá ser considerada como doença do trabalho a partir do reconhecimento do nexa causal entre a doença e o trabalho, na forma do § 2º do art. 20 da Lei nº 8.213/91.

Aliás, por força do mesmo dispositivo legal, além da depressão, a lista de possíveis doenças mentais ou estados de sofrimentos psíquicos relacionados ao trabalho permanece um tipo aberto que pode ser configurado, ainda que não conste da relação do anexo II do Decreto nº 3.048/99, dado o seu caráter exemplificativo. Para que a doença mental seja enquadrada como acidente do trabalho basta que exista perícia médica que ateste o nexa causal.

Ainda no apontado quadro de expansão normativa, merece destaque a Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 3.751/90, que alterou a Portaria nº 3.214/78 da NR-17.

Entre as medidas estabelecidas para a proteção da saúde do trabalhador, inclusive mental, a Portaria consigna que a organização do trabalho deve ser adequada às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado, devendo levar em consideração, no mínimo, as normas de produção, o modo operatório, a exigência de tempo, a determinação do conteúdo de tempo, o ritmo de trabalho e o conteúdo das tarefas.

O entendimento de que a saúde mental deve ser protegida emana da própria Constituição Federal, que fixa, como direito do trabalhador, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII).

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, de outro lado, protege expressamente a saúde mental, quando pontifica no parágrafo único do seu art. 3º que: “Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

No plano internacional, a Convenção nº 155, art. 3º, alínea *e*, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabeleceu que “o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas

também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”¹.

Por fim, conforme ressalta Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt, a lista de Doenças Ocupacionais de que trata a Recomendação nº 194 da OIT foi recentemente atualizada pelo seu Conselho de Administração, que aprovou, em 25 de março de 2010, a nova relação de doenças ocupacionais, com a inclusão, pela primeira vez, de distúrbios mentais e comportamentais, por exemplo, o transtorno de estresse pós-traumático (SCHMIDT, 2010, v. 51, nº 81, p. 498).

Não pode restar qualquer dúvida de que a saúde mental é bem juridicamente protegido, enfeixando o quadro normativo atual elementos mais que suficientes à conclusão de que o sofrimento mental possui ou pode possuir conexão com o contrato de trabalho, bastando o seu reconhecimento pela perícia médica previdenciária.

Com base nessa conclusão, pergunta-se: um empregado que recebe benefício acidentário por sofrer de transtorno psíquico (neurose profissional, F48.8) em decorrência de desentendimentos com o patrão e os colegas de trabalho (Z56.6), tem assegurado o recebimento de indenização por danos morais e materiais em reclamação trabalhista ajuizada com esse fim?

A recepção normativa que possibilita o enquadramento legal do sofrimento mental, no quadro de diversos distúrbios psíquicos, tem engendrado dois entendimentos principais.

A primeira parte do pressuposto de que o nexo causal da doença mental, no âmbito da normatividade que lhe deu origem, tem repercussão exclusiva na esfera da infortunistica, ou seja, significa que o legislador optou em vincular determinados quadros de sofrimento psíquico às condições de trabalho, dando ensejo ao trabalhador receber auxílio-doença acidentário, ou mesmo se aposentar por invalidez.

A responsabilidade, aqui, é objetiva, porque o trabalhador também contribui para a Previdência Social e a empresa paga um percentual a mais para financiar os benefícios previdenciários, não se confundindo com a responsabilidade civil, restando íntegro o direito de o empregador comprovar em juízo a não configuração do nexo causal, bem como a ausência de culpa do empregador, neste último caso, com base na teoria subjetiva da culpa (art. 7º, XXVIII, da CF).

1 Convenção aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17 março de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.

Realmente, na esfera administrativa, o enquadramento da patologia mental como de natureza ocupacional advém de um nexó presumido, o nexó técnico epidemiológico, instituído pelo art. 21-A da Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006, enquanto, em Juízo, a patologia recebe investigação mais detalhada, estando a perícia médica obrigada a cumprir todo um itinerário na investigação do nexó, tal como previsto no art. 2º da Resolução nº 1.488 do Conselho Federal de Medicina.

Sobre essa distinção, leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

“De todo modo, o reconhecimento pela Previdência Social de um benefício de natureza acidentária não assegura, necessariamente, a existência do nexó causal para fins de responsabilidade civil. Por se tratar de presunção *juris tantum*, poderá o empregador apresentar provas em sentido contrário, demonstrando que aquele acidente ou adoecimento não teve vínculo causal com a execução do contrato de trabalho. A decisão administrativa do INSS, apesar de todos os atributos do ato administrativo, não vincula o Poder Judiciário. Entretanto, se o empregador não apresentar provas convincentes para afastar a presunção, tem-se como atendido o pressuposto do nexó causal para fins de reparação civil.” (OLIVEIRA, 2009, p. 142)

Para efeito do seguro acidentário, a Lei conferiu uma amplitude maior ao nexó causal, incluindo situações não relacionadas diretamente com o trabalho, a causalidade indireta, ocorrendo que “algumas hipóteses de eventos cobertos pelo seguro acidentário, no âmbito da responsabilidade civil são enquadradas como excludentes do nexó causal ou da indenização como são os acidentes ocorridos por motivo de força maior, caso fortuito, bem como aqueles provocados pela própria vítima ou por terceiros” (OLIVEIRA, 2009, p. 135-136).

Prossegue o mesmo doutrinador estabelecendo outras diferenças:

“Essa diversidade de tratamento de nexó causal decorre da diferença do bem jurídico protegido ou do interesse tutelado: de um lado os benefícios da infortunística e de outra parte as reparações da responsabilidade civil. O seguro acidentário tem caráter marcadamente social com apoio na teoria da responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral. Se a sociedade como um todo é beneficiária do progresso e do trabalho dos empregados, também deve ampará-los por ocasião dos infortúnios, socializando os riscos. (...) Por outro lado, no âmbito da responsabilidade civil, só haverá obrigação de indenizar se houver nexó causal ou concausal ligando o acidente ou a doença com o exercício do

trabalho a serviço da empresa. (...) Na esfera da responsabilidade civil o interesse protegido é individual. Pelo seguro acidentário a sociedade, por intermédio da autarquia previdenciária, ampara a vítima ou seus dependentes, concedendo-lhes prestações alimentares para garantir a sobrevivência digna; na responsabilidade civil o lesante deve reparar o prejuízo total, apoiado no princípio *restitutio in integrum*.” (OLIVEIRA, 2009, p. 137-139)

Assim, segundo essa primeira interpretação, o nexo causal sofreria evidente restrição na esfera da responsabilidade civil, como, por exemplo, nas hipóteses das excludentes do nexo causal (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior e fato de terceiro). E, ainda que ultrapassadas as etapas da configuração do dano e do nexo causal, haveria a possibilidade de o empregador provar que não agiu com culpa, respaldado na teoria subjetiva, consoante interpretação emanada do art. 7º, inciso XXVIII, da CF².

Não obstante esse primeiro posicionamento, corrente doutrinária e jurisprudencial tem dado maior alcance ao nexo causal estabelecido pela infortunística, além de não entender cabível a aplicação da teoria subjetiva da culpa.

José Affonso Dallegrave Neto, por exemplo, apesar de reconhecer que a prova do nexo estabelecido pela infortunística seja apenas *juris tantum*, atribui um efeito transcendente ao nexo técnico epidemiológico, afirmando:

“Geralmente a caracterização de acidente do trabalho por parte do médico perito do INSS para fins de liberação de benefícios previdenciários é suficiente para também caracterizar o nexo causal entre o trabalho executado pelo reclamante e a doença desenvolvida em sede de ação trabalhista indenizatória.” (DALLEGRAVE NETO, 2007, v. 46, nº 76, p. 146)

Afora esse viés exegético, é de conhecimento geral que a indenização baseada na culpa está cada vez mais cedendo espaço para a teoria objetiva, sendo a sua prevalência uma questão de tempo.

Nas hipóteses de doenças mentais ou sofrimentos psíquicos, portanto, com o enfraquecimento da teoria da culpa, a tendência é que a matéria controvertida fique reduzida ou restringida à discussão do nexo causal, cabendo ao empregador produzir prova robusta da não configuração do nexo, ou da confi-

2 Neste último caso, Teresinha Lorena Saad, citada por Sebastião Geraldo de Oliveira, diz o seguinte: “a reparação infortunística decorre da teoria do risco, amparada pelo seguro social a cargo da Previdência Social, enquanto a responsabilidade civil comum tem como supedâneo a culpa do patrão ou seu preposto” (OLIVEIRA, 2009, p. 79).

guração das excludentes do nexó (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior)³.

O assunto adquire a dimensão que lhe é própria quando se constata que, de acordo com dados e previsões da Organização Mundial de Saúde (OMS), no ano de 2020, a depressão, uma das doenças causadoras de sofrimento psíquico, será a primeira causa de incapacitação para o trabalho.

Daí a importância de uma melhor compreensão sobre o nexó causal nas hipóteses de doenças mentais e sofrimentos psíquicos relacionados com o trabalho.

A matéria não apresenta grande dificuldade quando os transtornos ditos mentais estão relacionados a agentes etiológicos físicos, químicos ou biológicos.

A polêmica emerge quando o alegado sofrimento se diz relacionado aos chamados riscos psicossociais e outros de tipos abertos, como “condições gerais de trabalho”, “problemas relacionados com o emprego e o desemprego”, “desacordo com o patrão e colegas”, “ritmo de trabalho”, “divisão de tarefas” e toda uma gama de questões subjetivas e objetivas envolvendo a convivência diária das pessoas no ambiente de trabalho, sendo essas as causas mais presentes que vêm determinando o aumento do número de pedidos de indenizações por dano moral e material em reclamações trabalhistas, ficando o desenlace dos pedidos, em grande parte, dependente das conclusões da perícia médica.

Entretanto, a conclusão cartesiana da infortunistica no sentido de que “sofro, logo meu empregador é o responsável”, não vem recebendo a chancela pericial em grande parte dos laudos médicos que são apresentados em Juízo.

Da mesma forma que no Direito há jurisprudência conflitante sobre um mesmo assunto, no âmbito dos domínios científicos vizinhos ao Direito, e que se ocupam historicamente do estudo do sofrimento psíquico, como a psicopatologia, a psiquiatria e a psicanálise, existem grandes divergências entre os marcos teóricos.

3 Sobre isso, preleciona José Affonso Dallegre Neto: “Não há dúvida de que a presença de NTEP entre o ramo da atividade econômica (CNAE) e a entidade mórbida motivadora da incapacidade relacionada na CID constitui-se em um critério eficaz para fins de enquadramento na hipótese do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Trata-se de método objetivo, científico e com guarida legal (art. 21-A da Lei nº 8.213/91). Logo, pode-se dizer que em todos os casos em que se presumir que a doença seja ocupacional pela adoção do NTEP, estar-se-á diante de atividade normal de risco, aplicando-se a responsabilidade civil do empregador independentemente de investigação de culpa patronal. Nada mais razoável se considerarmos que esse critério se fundamenta em estatísticas epidemiológicas. Nessas circunstâncias, o empregador somente se desobrigará da indenização se comprovar de forma robusta que aquela doença ocupacional, a despeito de estar relacionada com o trabalho, foi adquirida por culpa exclusiva da vítima, fato e terceiro ou força maior” (DALLEGRAVE NETO, 2007, v. 46, nº 76, p. 146).

DOCTRINA

Muitos dão importância maior à subjetividade e à personalidade prévia do empregado, a ponto de excluir onexo causal e a responsabilidade do empregador.

Outros entendem que o intrapsíquico é fator de somenos importância, existindo determinantes sociais do sofrimento.

O ápice dessa polêmica, agora transportada para o Direito, teve início com as seguintes afirmações de Christophe Dejours:

“Contrariamente ao que se poderia imaginar, a exploração do sofrimento pela organização do trabalho não cria doenças mentais específicas. Não existem psicoses do trabalho, nem neuroses do trabalho. Até os maiores e mais ferrenhos críticos da nosologia psiquiátrica não conseguiram provar a existência de uma patologia mental decorrente do trabalho (...) As descompensações psicóticas e neuróticas dependem em última instância da estrutura das personalidades, adquirida muito antes do engajamento na produção.” (DEJOURS, 1992, p. 122)

A divergência, originalmente estabelecida entre médicos, psicólogos, psicanalistas e psiquiatras, foi integralmente transferida para o campo do Direito, convocando o jurista a tomar uma posição.

2 – A CONTROVÉRSIA ENTRE OS REFERENCIAIS TEÓRICOS

Ao longo do século XIX, o Judiciário apelou para o discurso médico para que esse se pronunciasse sobre a responsabilidade do sujeito, ou se ele era ou não imputável.

Agora, o fenômeno, de certa forma, inverteu-se, porquanto é a área da “psi” que constantemente procura convencer o Direito sobre a maior ou menor responsabilidade do sujeito.

Atualmente, as chamadas interfaces entre Direito e psicanálise, Direito e psicologia, Direito e psiquiatria e Direito e perícia médica consubstanciam iniciativas tanto de institutos ou associações de psicanalistas como de médicos, psicólogos, psiquiatras, advogados, juízes e outros profissionais do Direito.

A demanda é mútua, não cabendo mais aquela tradicional indagação impressionante que o psicanalista formulava antes de uma palestra ou conferência: “por que o convite?” ou “fiquei pensando por que um analista nessa esfera?”

Psicólogos, com ou sem formação psicanalítica, fazem concurso e ingressam nos Tribunais de todo o país, fazem pesquisa, executam projetos e realizam encontros nas suas respectivas áreas discutindo a prática jurídica.

Não cabe mais dizer que estão ali por acaso, ou porque simplesmente foram convidados. A demanda é mútua e os domínios estão coimplicados.

Esse enredamento acabou por transferir para o campo do Direito do Trabalho uma disputa obstinada em torno das causas do adoecimento mental, que o militante desse ramo do Direito, no mais das vezes, nem mesmo sabia existir.

2.1 A psicopatologia

A psicologia apresentou ao Direito do Trabalho a psicopatologia do trabalho.

A professora Maria Elizabeth Antunes Lima resume a polêmica sobre o nexos causal em dois grupos teóricos principais. De um lado, estão aqueles que acreditam que a doença mental advém de fatores orgânicos ou psíquicos, sendo os primeiros organicistas e os segundos adeptos de uma concepção dita psicogênica. Os organicistas, segundo a professora, explicam os problemas apresentados pelos trabalhadores como decorrentes de causas biologizantes, endógenas, não admitindo os fatores exógenos, como o trabalho, que teria influência secundária. De igual sorte, a psicogênese seria representada pela psicanálise, que atribui as queixas de sofrimentos psíquicos à estrutura da personalidade. E, finalmente, no lado oposto, haveria aqueles que admitem a existência de transtornos mentais decorrentes do trabalho, existindo formas de desgaste psíquico afetando um número importante de trabalhadores pertencentes às mesmas categorias profissionais, às mesmas empresas ou submetidos a condições semelhantes de trabalho (LIMA, 2005, p. 74).

Esta última corrente, da qual a professora se diz adepta, sintetizaria as demais, acreditando que o transtorno mental seria resultado de um conjunto de fatores biopsicossociais, enfeixando um fenômeno multidimensional, sendo necessárias equipes interdisciplinares para efetuar os diagnósticos.

Aponta como precursor dessa perspectiva Le Guillant, da chamada psiquiatria social francesa, cujo referencial teórico, de inspiração marxista, se manifestaria com as seguintes características, entre outras: captar os determinantes sociais da doença mental, mas sem perder a dimensão psicológica; propor um esboço de psicopatologia social, verificando o papel do meio no surgimento e desaparecimento dos distúrbios mentais; apesar de não negar a presença de fatores orgânicos e psíquicos no adoecimento, buscaram-se os deter-

minantes sociais da doença mental; se valer de dados estatísticos, entrevistas, dados obtidos junto a sindicatos e serviços médicos especializados e literatura em geral (LIMA, 1988).

Segundo a mesma pesquisadora, Christophe Dejours propôs que a disciplina psicopatologia passasse a ser chamada de psicodinâmica, introduzindo um dissenso, na medida em que introduziu postulados da psicanálise no estudo do adoecimento mental no trabalho, preocupando-se não somente com a doença no trabalho, mas também com a saúde, além de estudar as estratégias defensivas adotadas pelos trabalhadores com a finalidade de evitar a doença.

Maria da Graça C. Jacques, em palestra proferida sobre as implicações psíquicas das doenças ocupacionais, critica a perspectiva do médico brasileiro de culpar o próprio trabalhador pelos acidentes sofridos, em perícias elaboradas na Justiça do Trabalho, nas quais as doenças ocupacionais são “decorrentes de uma personalidade anormal, com neurose de responsabilização dos padrões pelo acidente, sentimento rotulado de sinistrose, neurose de renda e indenizofilia” (JACQUES, 2006, p. 151).

A pesquisadora dá as boas-vindas ao nexa técnico epidemiológico que, segundo ela, possui valor simbólico contrário à tendência de individualização e culpabilização do trabalhador, externando a sua discordância quanto ao enfoque da psicanálise: “A hegemonia do pensamento psicanalítico no campo da ‘psi’ é uma das justificativas para a pouca importância conferida aos vínculos entre trabalho e saúde/doença mental que, embora presentes na obra freudiana, foram relegadas a um segundo plano no campo conceitual” (JACQUES, 2006, p. 157).

Maria Elizabeth Antunes Lima aduz que os manuais de psiquiatria, em suas classificações nosológicas, não contemplam diversos quadros de patologias mentais decorrentes do trabalho, como “quadros depressivos e de fadiga nervosa, síndrome do pânico, estados de estresse pós-traumático, transtornos orgânicos de personalidade, dentre outros” (LIMA, 2005, p. 77).

Diz que Dejours se contradiz ao admitir a síndrome subjetiva pós-traumática como decorrente do trabalho, aduzindo sobre a psicanálise que:

“Nossa crítica dirige-se, sobretudo, contra a importação de um arcabouço teórico que foi construído para um determinado fim – a clínica individual – para um campo que deve necessariamente ultrapassar o indivíduo, alcançando o campo social e, sobretudo, colocar o trabalho no seu centro”. E conclui: “Uma proposta que temos feito com frequência consiste na inclusão de psicólogos do trabalho nas perícias realizadas

com trabalhadores que apresentem queixas de transtornos mentais.” (LIMA, 2005, p. 79)

Uma rápida passagem pelos trabalhos especializados da psicopatologia evidencia que se multiplicam as críticas feitas pelos psicólogos não só aos pontos de vista de médicos, psiquiatras, ou profissionais da área médica com formação psicanalítica, como também aos próprios trabalhos periciais realizados em reclamações trabalhistas.

Artigo publicado na *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional* revela que um vigilante teve pedido de indenização por dano moral decorrente de assédio e um assalto julgado improcedente, com fundamento em laudo oficial, que concluiu que as alegadas desordens psíquicas não tinham relação com o trabalho. O articulista, professor e coordenador de pesquisas financiadas por sindicato de classe, esclarece que a reclamação trabalhista correu perante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e, após o trânsito em julgado, entrou em contato com o vigilante, por intermédio de seu sindicato profissional, produzindo estudo sobre o caso, com base em dissertação de mestrado. Sobre o trabalho da perícia médica e psiquiátrica realizada nos autos, diz que “as afirmações da perita são meramente especulativas, respeitam mais a sua suposição teórica do que as evidências provenientes da realidade”⁴ (VIEIRA, 2009).

Todavia, o Direito do Trabalho não ouviu somente a psicopatologia. A psiquiatria e psicanálise também se manifestaram.

2.2 *A psiquiatria e a psicanálise*

Antonio Quinet afirma que enquanto os critérios de diagnósticos têm variado e se amplificado na psiquiatria contemporânea, a psicanálise vem lidando

-
- 4 O autor do artigo afirma que o empregado tinha desejo de reparar os danos sofridos e liquidar uma dívida subjetiva: “Inconformado e revoltado por ter se sentido humilhado pelos colegas de trabalho, Ricardo manifestava, recorrentemente, o desejo de ‘reparar’ os danos sofridos por meio de uma ação concreta, efetiva, uma ação judicial. Do nosso ponto de vista, tratava-se da necessidade de ver reconhecido e reparado o dano sofrido e, finalmente, liquidar a ‘dívida subjetiva’ que se originou no conflito entre as escolhas que fez, com base em seus valores, e as acusações dos gerentes que ainda lhe pesam”. Esclarece, ainda, que a perícia médica, com auxílio de um laudo psiquiátrico, concluiu que o Reclamante era portador de ideia fixa persecutória, com componente psicótico, transtorno delirante e paranoico. Prossegue afirmando que não concorda com o diagnóstico. Critica a atuação do Advogado do Reclamante, que não teria recorrido. Poupa o Juiz de críticas diretas, afirmando que o magistrado tinha que julgar de acordo com a prova dos autos. E termina reproduzindo, como endosso, as seguintes palavras do Reclamante sobre a perícia que lhe foi desfavorável: “Foram uns quinze minutos que ela ficou comigo (...) Ela nem me perguntou nada sobre o assalto (...) me fez pergunta, acho até que me ironizando mesmo, de deboche, entendeu (...) perguntou se eu estava vendendo título de capitalização quando o assaltante chegou. Perguntou, porque eu falei antes pra ela que eu vendia título de capitalização”. (VIEIRA, 2009, p. 150-162)

com praticamente as mesmas referências diagnósticas empregadas por Freud. Se as formas dos sintomas mudam de acordo com o discurso prevalecente da civilização, as estruturas clínicas permanecem as mesmas e se declinam em neurose, perversão e psicose para a psicanálise, ou seja, conforme a maneira como o sujeito lida com a falta inscrita na subjetividade, falta que condiciona a forma de cada um se haver com o sexo, o desejo, a Lei, a angústia e a morte.

O autor traça alguns contornos entre esses dois domínios, *verbis*:

“O ‘invólucro formal do sintoma’ varia segundo a época: a histeria muda de cara, a psicose de vestes, a obsessão de ideias. Essa evolução acompanha o desenvolvimento da ciência: novos males, novos remédios. Ou será que é o avesso – a novos remédios, pseudonovos males? A nosografia psiquiátrica em constante mutação com sua série de DSM (Manual de Diagnóstico e Estatística da Associação Norte-Americana de Psiquiatria) se diferencia da nosografia psicanalítica das estruturas clínicas (neurose, psicose e perversão) – diante da qual o analista não deve recuar – nosografia conforme a posição do sujeito no Édipo em relação ao gozo. (...) Para que o diagnóstico não seja uma etiqueta ou um simples procedimento classificatório digno de um ‘jardim das espécies’ apropriado para a botânica ou para o zoológico é necessário que ele cumpra a função de remeter à estrutura que o condiciona. Como não temos na psiquiatria a autópsia que venha confirmar a doença da qual o sintoma seria o sinal, é na construção do caso clínico – a partir de um saber sobre a subjetividade particular de cada paciente que a psicanálise permite elaborar – que um diagnóstico aparecerá como conclusão do processo de investigação. (...) Freud construiu as entidades clínicas da psicanálise com base na nosografia da psiquiatria clássica, o que foi continuado pelas diversas correntes da psicanálise, inclusive por aquela em que nosso projeto se inscreve que é a de Jacques Lacan. As categorias que utilizamos hoje provêm da psiquiatria clássica: neurose, perversão e psicose, esta última repartida em dois grandes tipos, esquizofrenia e paranoia. A cada uma dessas categorias fazemos corresponder um nome na história pré-psicanalítica. Para a paranoia, Kraepelin, para a esquizofrenia, Bleuler, para a perversão Krafft-Ebing e para a neurose, Charcot. Podemos acrescentar à nosografia analítica também os dois grandes tipos clínicos da neurose – histeria e neurose obsessiva – e à psicose um terceiro tipo clínico que é a melancolia, base da psicose maníaco-depressiva, que Freud adota principalmente a partir de Emil Kraepelin.” (QUINET, 2006, p. 10-11)

A psiquiatria, portanto, à luz da psicanálise, e no dizer de Philippe Julien (2002, p. 102), faz uma espécie de recenseamento, semiologia, classificações descritivas de sintomas, evitando fazer avançar a ciência das causas.

E essa descrição infinita de sintomas, historicamente utilizada para responder aos Juizes sobre a responsabilidade do sujeito, sofreu um influxo ainda maior com o advento do manual de diagnósticos a partir da década de 1950, servindo, agora, não somente para responder às perícias classificatórias, como também para vender os psicofármacos. A cada sintoma um nome e um remédio correspondentes.

A incompatibilidade entre a psicopatologia e a psicanálise, nesse ponto, revela-se ainda maior. Se a psicanálise diverge da psiquiatria pelo enfoque superficial do sofrimento psíquico, com a criação de inúmeros rótulos para os sintomas, o que diria da psicopatologia, que, ainda não satisfeita com a nosografia psiquiátrica, propõe ainda mais novos nomes de doenças mentais que entende, agora, originárias do trabalho, como quadros depressivos e de fadiga, transtornos orgânicos de personalidade, entre outros. Todavia, a divergência entre psiquiatria e psicanálise sofre diversas modulações, de acordo com o enfoque e o quadro cultural de cada país.

Segundo Antonio Quinet, Freud dizia que a psiquiatria não se opõe à psicanálise. A psicanálise está para a psiquiatria assim como a histologia para a anatomia, ou seja, “a estrutura é apreendida pela psicanálise e os fenômenos pela psiquiatria” (QUINET, 2006, p. 13).

Jacques-Alain Miller, em conferência realizada no Brasil em 1980, ao discorrer sobre as diferenças entre a psiquiatria e a psicanálise, afirmou: “Disseram-me que no Brasil há uma certa barreira entre psiquiatras e psicanalistas. Não é o que ocorre na França; pelo menos de nosso lado há interesse permanente pela psiquiatria” (MILLER, 1977, p. 130).

Na psicanálise, como terapêutica, o paciente está implicado com seu sintoma, sendo por ele responsável, independentemente da sua posição subjetiva, como neurótico, psicótico ou perverso. Freud utilizava a expressão “escolha da neurose” para designar a implicação do sujeito com seus atos, inclusive os atos falhos, que são sempre bem-sucedidos em dizer o desejo inconsciente (QUINET, 2006, p. 162).

O sintoma freudiano só existe a partir do discurso do paciente, dentro do dispositivo analítico (MILLER, 1977, p. 123).

O paciente, em sua demanda, e por meio da livre associação, transfere ao analista a posição daquele que possui um suposto saber. A sua fala navega em

atos falhos, embaraços, contradições, entrelinhas, em que a verdade e a responsabilidade por sua queixa acabam por se manifestar, podendo advir, daí, a cura.

Como diz Luiz Alfredo Garcia-Roza, “O sintoma, como presença, assinala a ausência da palavra. Será, portanto, pela palavra, que sua cura poderá ocorrer”. Ou, em outros termos, “interpretar o sintoma é preencher o vazio” (GARCIA-ROZA, 1998, p. 227). E esse preenchimento atribuído à interpretação no *setting* analítico não é novidade para o profissional do Direito. Fazemos isso toda hora, não com a finalidade de cura, mas com o propósito de atender à demanda que se nos apresenta, seja como advogados, juízes, promotores, etc.

O juiz responde à demanda de interpretação com a sentença. E, o analista, na sua clínica, responde com o silêncio: “quando o médico cala e, ocupando o lugar de objeto causa de desejo em transferência, faz o paciente segredar aquilo que ele mesmo nem sabia que sabia, vemos a emergência do discurso do analista” (QUINET, 2006, p. 19).

Nessa terapêutica, o que desponta, segundo Miller, é uma autoclínica e não uma heteroclínica psiquiátrica. (MILLER, 1977, p. 123).

À primeira vista, isso pode parecer desumano, inclemente, mas para a psicanálise, a heteroclínica do remédio, ou do amparo emocional e da compreensão, tamponam, remediam o sofrimento, produzindo efeito contrário: “o humanismo que consistiria pura e simplesmente dizer ‘tu és meu irmão’ é a via mais opressiva, a via da dominação”⁵ (MILLER, 1977, p. 128).

Essa compreensão da clínica psicanalítica, ou seja, de que a psicanálise, ao responsabilizar o sujeito, estaria agindo de forma cruel, emerge a todo instante na psicologia e pode ser detectada nas obras de Marie-France Hirigoyen.

Ao estudar as desavenças, as brigas e potenciais situações de assédio moral entre casais, desaconselha as mulheres a procurarem um psicanalista ao fundamento de que, para Freud, o ser humano, na vida adulta, é sempre responsável. E isso faria mal às mulheres porque elas se sentiriam corresponsáveis pelas situações de assédio que denunciavam, perdendo a condição de vítimas. O mesmo raciocínio foi transposto ao discorrer sobre o assédio moral no ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2010, p. 165; 2008, p. 21, 203, 206, 215, 216)⁶.

5 Diz, ainda, o mesmo autor, à p. 129: “Precisamos saber quando estamos dando apoio a alguém, no caso o psicótico, pois, se nos dispusermos a ajudar uma histérica, afundá-la-emos, não deixando chance alguma para que se safe”.

6 Esse parágrafo resume o que está escrito em duas obras da autora Marie-France Hirigoyen, citadas nas referências bibliográficas.

Nessa vertente, a psicopatologia convida o Direito do Trabalho a privar o trabalhador da sua condição de sujeito responsável, de autor da sua própria vida, de sua própria história, para, logo após, introduzir a psicologia e o Direito como braços acolhedores de carinho e compreensão, o que se concretizaria mediante a devida reparação pecuniária em ação indenizatória, subsidiada por perícias psicopatológicas, cujo substrato teórico seria a de que o trabalhador não pensa, mas é pensado.

Na visão psicanalítica, isso não é querer o bem, mas desejar o mal.

Essa pretensão reparatória, cada vez mais presente nas sociedades atuais, levou o psicanalista Charles Melman a falar de uma nova “economia psíquica”. Se o sujeito não é mais responsável por sua determinação subjetiva, pelas escolhas que faz ao longo da vida, parece-lhe ser inteiramente legítimo pensar que seu percurso e seu destino ocorrem em decorrência de circunstâncias exteriores ou coletivas. Assim, a coletividade lhe deve uma reparação por tudo que lhe falta já que é assim, por ela, que foi concebido. O relato de um caso pelo psicanalista ilustra:

“Recentemente recebi uma mulher, de certa idade, cujo percurso não havia sido muito feliz. Ela se dirigia a mim à espera de uma reparação. E se mostrava agressiva ao constatar que eu não me aplicava em ‘reparar’ seu infortúnio: o fato de que seu marido lhe tenha deixado dívidas, de que ela não encontre trabalho, de que sua filha se mostre ingrata, de que o empregador que ela havia encontrado lhe tenha pagado um baixo salário, de que ela sofre de cefaleias, de insônias. Tudo estava no campo da reivindicação.” (MELMAN, 2003, p. 66-67)

Num trabalho sobre o adoecimento psíquico, Eduardo Reche Bertolini, Michele Hidemi Ueno Guimarães, Renato Chiavassa e Teresa Genesini, fazem as seguintes indagações:

“Termos como bipolaridade, depressão, anorexia, entre outros, estão cada vez mais na boca do povo. Temos diagnósticos à vontade, para todos os gêneros e gostos. Basta fazer um teste disponível em uma revista de grande circulação para saber se você sofre de depressão, de transtornos de humor, ou se possui um distúrbio alimentar e qual a sua intensidade. Não nos surpreenderemos se as pessoas começarem em breve a se apresentarem desse modo: ‘Bom dia, meu nome é Márcia. Tenho 25 anos e sou bipolar há seis’. No site de relacionamentos Orkut, por exemplo, vemos isso acontecer. Encontramos em diversas comunidades temas relacionados a diagnósticos psiquiátricos: ‘Depressão’ (15.950

membros), ‘Eu tenho transtorno bipolar’ (6.052 membros), ‘Transtorno de Ansiedade Social’ (1.042 membros), ‘Timidez e depressão’ (18.234 membros), ‘Anorexia / Bulimia’ (4.744 membros), ‘Eu tenho déficit de atenção’ (1.848 membros), ‘TOC’ (4.003 membros), ‘Eu sou maníaco depressivo’ (1.653 membros), ‘Síndrome do pânico’ (3.860 membros), ‘Comer é um vício, liberte-se’ (2.184 membros) ou ‘Deprimidos com a vida’ (2.730 membros). Esses dados foram colhidos em setembro de 2007, quando iniciamos este trabalho. Ao final, um mês depois, constatamos um aumento nesses índices, sendo que a comunidade ‘Depressão’ já contava com quase 18 mil membros. O que une essas pessoas em tais comunidades? O que as faz se autodenominar ‘depressivas’, ‘bipolares’, ‘bulímicas’ e, desse modo, relacionar com o mundo e outras pessoas, a partir desse significante que pretensamente as nomeia? O que, nesse caso, faz laço social?”⁷

Apesar de ressaltar que a psicanálise pode contribuir no campo jurídico com uma lógica do particular, Terezinha de J. Dias Souza, no mais, afirma sem rodeios: “Concluo com a convicção de que o saber psicanalítico não pode operar na Justiça do Trabalho com seus dispositivos clínicos essenciais” (SOUZA, 2010, v. 51, nº 81, p. 410).

A esta altura, já se pode perceber que um psicanalista não se sentiria muito confortável ao ser chamado para opinar numa perícia trabalhista, em que o trabalhador culpasse exclusivamente o seu empregador por seu sofrimento, almejando uma reparação.

Não obstante, observadas as diferenças do referencial teórico da psicopatologia, mas com o mesmo intuito de dialogar com o Direito do Trabalho, algumas iniciativas da área psicanalítica têm opinado sobre casos submetidos a julgamento na Justiça do Trabalho, envolvendo pedido de indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho, ou mesmo assuntos que, direta ou indiretamente, digam respeito ao adoecimento mental.

Assim como ocorre com a psicopatologia, emergem críticas aos trabalhos periciais elaborados nos processos: “(...) daí, a meu ver, a inadequação do primeiro parecer pericial que, ao invés de afirmar o desenvolvimento de uma esquizofrenia, poderia melhor ter se referido a um desencadeamento de uma patologia que esteve lá desde sempre com aquele sujeito” ou mesmo críticas ao

7 Disponível em: <<http://www.psicanaliselacanianiana.com/estudos/depressao.html>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

perito do juízo com observações “sobre o desconhecimento do perito médico acerca do mundo da saúde mental”⁸.

Por fim, entremeia-se na disputa dos referenciais teóricos, muitas vezes, a inserção da pessoa do juiz no debate, à primeira vista destinado apenas ao cidadão que recorre ao Judiciário, com assertivas de que o juiz também sofre no exercício da jurisdição e padece de angústia.

Transpostos os quadros da polêmica, resta saber sobre as possíveis respostas do Direito do Trabalho.

3 – AS RESPOSTAS DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho não pode se esquecer de que a psicologia, a psiquiatria e a psicanálise, juntamente com suas diversas aproximações ao tema do sofrimento psíquico, constituem o seu objeto de pesquisa, e não o contrário.

Como ilustra Agostinho Ramalho Marques Neto, o objeto principal da ciência do Direito é o fenômeno jurídico que, embora específico, jamais se encontra em estado puro, visto que existe mesclado com fenômenos de outra natureza, sendo n-dimensional.

Assim, qualquer fenômeno social, inclusive a doença mental, naquilo em que nos interessa, é, em princípio, passível de se constituir em objeto de conhecimento da ciência do Direito: para tanto, basta que ela o torne seu (MARQUES NETO, 1982, p. 146-147).

Cada disciplina, ao focar interdisciplinarmente ramos do conhecimento diversos do seu, ou quando estabelece interfaces junto a outros domínios, não deve renunciar o lugar de onde fala, sob pena de perder sua especificidade.

E o propósito, agora, é desenhar algumas respostas do Direito do Trabalho ao problema do nexos causal, mesclando algumas aproximações e distanciamentos em relação às ciências conexas.

3.1 As pesquisas sobre o sofrimento e o processo

No que tange à psicopatologia, a perspectiva que procura estudar as condições de trabalho enquanto geradoras ou não de sofrimento no trabalho, utilizando-se, inclusive, de questionários, não é desconhecida dos Juizes do Tra-

8 ALBUQUERQUE, Judith Euchares Ricardo de. Considerações sobre a saúde mental do trabalhador. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=821#>. Acesso em: 9 abr. 2011.

balho da 3ª Região. As nossas condições de trabalho já foram objeto de pesquisa conduzida pela Dra. Ada Ávila Assunção, respeitável pesquisadora e médica do trabalho, cujas conclusões foram expostas no primeiro Emat (Encontro dos Magistrados Trabalhistas da 3ª Região), por meio da palestra “O desgaste gerado pelo trabalho intelectual”, proferida em 7 de maio de 1999. Aliás, na mesma linha ocorre o atual estudo a cargo da Anamatra sobre a saúde dos juízes do Trabalho, que está em curso, sob a responsabilidade da mesma profissional.

A psicopatologia, efetivamente, fornece elementos importantes para o Direito do Trabalho e para os trabalhadores, quando procura estabelecer um paralelo entre as condições de trabalho e a saúde mental. A Portaria nº 3.751/90, ao consignar que as condições de trabalho devem se adequar às características psicofisiológicas dos trabalhadores, à natureza do trabalho, ao tempo e ritmo de trabalho, além do conteúdo das tarefas, é um exemplo dessas conquistas e da proximidade do Direito com a psicopatologia do trabalho.

O que acontece, entretanto, é que, em nossas audiências diárias, em nossas perícias médicas, e quando escutamos partes e testemunhas, as estatísticas produzidas pelos estudos psicopatológicos nem sempre se confirmam.

Marie-France Hirigoyen, ao pesquisar o sofrimento psíquico decorrente do assédio moral, já advertia sobre as deficiências do seu método, que consistia em obter repostas a questionários. Por mais cuidadosa que fosse a elaboração das perguntas, as contradições das respostas, não era possível saber a versão da parte contrária (HIRIGOYEN, 2010, p. 93).

Falava-se, assim, de projeções ou tendências.

O Direito, entretanto, cuida do caso singular e, aqui, o que a parte diz não faz prova em seu próprio benefício.

Para a psicopatologia, o que a parte responde nas pesquisas faz prova contra a parte contrária. Não existe contraditório.

Mesmo as entrevistas presenciais, em suas diversas modalidades, com a oitiva de pessoas próximas ao trabalhador, não se comparam com o contraditório, o depoimento sob juramento, a escuta que o Judiciário faz de ambas as versões e a prova levada a cabo nos autos.

Com todos os defeitos, esse é o método que, até agora, tem permitido a pacificação dos conflitos, impedindo a barbárie, ou a sua disseminação.

O sistema jurídico não condena ou absolve com base em estatísticas.

Na Espanha, Mikel Urrutikoetxea Barrutia recomenda cautela ao jurista em relação a alguns institutos que procuram, por meio de questionários, recensear o sofrimento psíquico, como o *barómetros Cisneros*, fazendo referência à crítica feroz, mas não injusta, que discute a base científica desses indicadores, como o estudo de Fernandes Enguita: “Vivir de la alarma social” (BARRUTIA, 2007, p. 84).

Jacques-Alain Miller, a despeito de afirmar que na psicanálise nada que você disser pode ser utilizado contra você, ressalta que na regra da associação livre você está, continuamente, obrigado a testemunhar contra si (MILLER, 1977, p. 257).

O Direito, nessa escuta, afasta-se da psicopatologia e se aproxima da psicanálise.

Numa primeira mirada, poder-se-ia dizer que, para o Direito, as coisas só existem se tiverem nome, o mesmo ocorrendo com a psiquiatria, com suas diversas nomenclaturas e conceitos, não estando o Judiciário apto para enxergar o invisível.

Diz uma abordagem psicanalítica: “para o juiz, a verdade é sempre factual e pode ser toda dita, ou melhor, confessada” (SOUZA, 2010, v. 51, nº 81, p. 408).

Não é verdade. A convivência, ainda que casual, do iniciante do Direito com as audiências permite ver, no desenrolar dos depoimentos, os atos falhos, as contradições, as encenações, as entrelinhas, os olhares, enfim, o invisível. Apesar de o ritual da audiência não ser o da associação livre, o inconsciente, aqui, não raro, aflora, pega os depoentes de surpresa, e é registrado na ata de audiência pelo Juiz.

Anota Geneviève Koubi:

“De qualquer forma, em Direito, ‘não definir não faz existir’ – o que não é equivalente de ‘não dizer, portanto, não querer ver’ –, mas os juízes, juristas e administradores são obrigados concomitantemente a suas tarefas, a ler as entrelinhas para extrair a substância dos textos, descobrir as regras nos silêncios, avaliar a flexibilidade das margens para nelas inserir ou não o caso estudado no campo da aplicação das leis.” (KOUBI, 2006, p. 21)

3.2 *A representação dramática*

O Direito se aproxima da psiquiatria quando, paulatinamente, vai enquadrando em sua doutrina o que, antes, era invisível.

DOUTRINA

A jurista argentina Matilde Savale de Gonzáles, ao analisar as queixas de lesão psíquica, vai passar a falar de *lesões simuladas* (que não existem, mas se aparentam de forma maliciosa), as *supersimuladas* (quando a sintomatologia subjetivamente manifestada pela vítima é mais grave a que racionalmente pode ser-lhe atribuída, concorrendo o fator exageração), as *imaginárias* (as que são fruto de fantasia do sujeito, que de boa-fé entende sofrer a perturbação, sendo que esse dano imaginário pode obedecer a uma verdadeira enfermidade psíquica) e as *dissimuladas* (que existem, mas se ocultam ou disfarçam deliberadamente) (SAVALE DE GONZÁLES apud SIMM, 2008, p. 168).

O Direito, neste aspecto, vai recolher os subsídios tradicionais da psiquiatria e seus estudos sobre a simulação, com as diversas nomenclaturas e classificações. Cita-se, a esse respeito, o simulador puro, que inventa a patologia de forma consciente, e o relativo, que aumenta e potencia um problema preexistente, para obter benefício financeiro. A psiquiatria vai também discorrer sobre a neurose de renda e a sinistrose, como formas diferenciais de pedidos de ressarcimentos, nas quais ocorrem “*delírios de reivindicação*”, com o convencimento de que o que se pede é lícito. Igualmente, o transtorno factício, com a sua forma particular da síndrome de Münchhausen, na qual aparecem sintomas físicos autoinfligidos, até o transtorno de Ganser, no qual o sujeito, de tanto fingir e exagerar, perde o controle, convertendo-se a teatralidade inicial em autêntica patologia psiquiátrica. O paciente não sabe mais o que é fingido e o que é verdadeiro em seus sintomas (GARCÍA SILVA; RIVERA Y REVUELTA, 2003, p. 1.699-1.705).

Esse encontro entre o Direito e a psiquiatria, ensejando, muitas vezes, a improcedência de diversos pedidos de indenização em decorrência de sofrimento psíquico, não é casual e não decorre de uma formação médica equivocada do perito. Alguns quadros de simulação são, inclusive, empiricamente observáveis no dia a dia das audiências.

A simulação é um dado da natureza (existe no reino animal) e da cultura (está disseminada na vida, nas artes, na literatura), e sobre ela falou longamente Eduardo Giannetti como “autoengano”.

A relação entre autor, ator e espectador nas artes cênicas foi analisada por Diderot: “O ator está cansado e vós triste; é que ele se agitou sem nada sentir, e vós sentistes sem vos agitar” (FONSECA, 1997, p. 239).

O poeta fingidor finge, é verdade, mas “finge tão completamente que chega a fingir que é dor a dor que deveras sente”. Mas o leitor hipócrita é a alma gêmea do fingidor. Um não existe sem o outro. O que finge necessita do outro

que sinta compaixão. Se o ator dramático age e chora sem sentir, o espectador sente e chora sem agir. Um é negativo fotográfico do outro (FONSECA, 1997, p. 131). Como diria Fernando Pessoa: “Sentir? Sinta quem lê!” (PESSOA, 1976, p. 164-165).

O Direito, ao acolher, doutrinariamente, a descrição de alguns sintomas simulatórios feitos pela psiquiatria, distancia-se da psicopatologia, dado a perspectiva desta última de que o trabalho é produtor de doença mental.

E também se vai distanciar da psicanálise, porquanto a sua nosografia (neurose, psicose, perversão) é mais restrita. Aliás, a quase todos esses nomes atribuídos aos diagnósticos de simulação, a psicanálise responderia com as novas vestimentas da antiga histeria, nome esse que foi banido da nosografia psiquiátrica, não sendo mais encontrada nos manuais de diagnósticos.

A desavença, entretanto, não é do Direito do Trabalho, porquanto o seu enfoque principal é o exame das condições de trabalho mesmas, se estão ou não de acordo como as normas de saúde e segurança.

Se as condições de trabalho são psicologicamente hostis, se existem agressões aos direitos da personalidade, conforme a prova que fizer em cada caso concreto, já se delineiam os elementos para o Direito intervir, em face de um possível dano moral, cuja configuração não está vinculada à discussão teórica da existência ou não de um sofrimento psíquico com essa ou aquela nomenclatura.

Como defende Antônio Gomes de Vasconcelos, “(...) a questão primordial a ser examinada pelo magistrado desloca-se da doença para a garantia de um ambiente sadio e seguro” (VASCONCELOS, 2010, v. 51, nº 81, p. 434).

3.3 Causalidade e contingência

O Direito, ao pretender concretizar o ideal de um ambiente de trabalho saudável, não deve olvidar que, mesmo ambientes de trabalho que estão de acordo com as normas de proteção e saúde podem ensejar a eclosão de quadros psíquicos de sofrimento mental. Ou seja, a doença mental pode vir a se manifestar no trabalho ainda que o empregador observe o dever de cautela, cumpra as normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares e técnicas.

Christophe Dejours relata o caso de um chefe de armazém. Contramestre, além de organizar uma equipe de meia dúzia de operários, punha a “mão na massa”, pegava no batente e jogava suas partidas de futebol. Por pressão da esposa e amigos, passou a trabalhar em uma companhia de seguros, onde lia

autos policiais de seguros e verificava sua conformidade. Algum tempo depois, dá entrada em um hospital psiquiátrico com diálogos incoerentes, alucinações e movimentos de agressividade. Uma investigação detalhada revelou que a causa do padecimento psíquico foi o novo emprego, onde houve “melhoria das condições de trabalho”, com a diminuição da carga física. Esclarece Dejours que a inadequação entre o conteúdo ergonômico do trabalho e a estrutura da personalidade pode levar a síndromes psicopatológicas. O empregado não teve mais qualquer padecimento ao retornar a antigo emprego na fábrica (DEJOURS, 1992, p. 57-58).

Não havia nada de errado com as condições de trabalho do segundo emprego que eram, em tese, até melhores que aquelas do primeiro emprego. No entanto, não estavam de acordo com a “economia psicossomática do trabalhador”, donde adveio a reação psíquica do empregado para compensar o estreitamento de sua energia pulsional.

Essas conclusões de Dejours evidenciam a fragilidade da afirmação de que “(...) num ambiente humano com qualidade para o trabalho, os fatores desencadeantes da depressão não ocorrem, conforme consenso dos profissionais da área da saúde mental (...)” (TEIXEIRA, 2007, v. 46, nº 76, p. 42).

O fato de um ambiente de trabalho causar determinado sofrimento psíquico não significa necessariamente que as condições de trabalho sejam ilícitas ou que o empregador tenha agido com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) na eclosão da patologia, porquanto um mesmo conteúdo de trabalho pode causar prazer num empregado e desprazer em outro. E se as condições de trabalho obedeceram às normas de saúde e segurança, fica caracterizada a excludente do nexo causal por culpa exclusiva da vítima.

O problema é que a expressão “culpa exclusiva da vítima”, em se tratando de doença mental ou sofrimento psíquico, adquire um tom pejorativo, dando a entender que o empregado praticou ato reprovável. A terminologia é tecnicamente inadequada, porquanto a exclusão de responsabilidade está na esfera da causalidade e não da culpabilidade. Assim, quando o Direito diz que a vítima é culpada, não está produzindo juízo moral, ou religioso, mas técnico-jurídico. Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 64) sugere a expressão “fato da vítima” e não “culpa da vítima”, apesar de a primeira ser aquela tradicionalmente utilizada pelo Código Civil, atual art. 936. A sugestão, aliás, já se encontrava em Aguiar Dias (1983, p. 770) que defendia a expressão mais abrangente “ato ou fato da vítima”. No exemplo de Christophe Dejours, a circunstância de o empregado ter adoecido porque escolheu novo emprego incompatível com suas características psicossomáticas, não implica que ele tenha agido com culpa. Signi-

fica, tão somente, que o trabalhador possui atributo da personalidade ou fato psicossomático peculiar que lhe impedem de trabalhar em atividades que não exijam esforço físico, sem que seu empregador tenha que lhe pagar qualquer indenização por isso.

Não se trata de culpa do empregado, mas um fato seu, ou seja, uma característica ou atributo da sua personalidade que o Direito juridiciza como excludente donexo causal.

No Direito comparado, a Espanha tem oferecido algumas respostas particulares às alegações de sofrimento psíquico, tendo em vista a personalidade do trabalhador e a sua interferência no nexo causal.

Segundo Mikel Urrutikoetxea Barrutia, a doutrina e a jurisprudência espanhola têm entendido que a personalidade do trabalhador *pode* ser relevante na geração de algumas patologias, como o *stress*, e é considerada relevante em outras, como a síndrome do *burn out*. Esclarece que são correntes, por exemplo, decisões que não consideram a configuração do *stress* laboral quando é apurado no processo que o empregado possui personalidade de base instável, a ponto de perceber como agressões comportamentos inócuos de outras pessoas. No caso de acoso moral, a personalidade do empregado perde relevância, bastando a configuração do ilícito para ensejar a reparação (BARRUTIA, 2007, p. 78).

Existe, ainda, na doutrina espanhola, o entendimento de que, em se tratando de alegação de sofrimento psíquico decorrente de acoso moral, não é permitida a realização de perícia psiquiátrica no reclamante para se saber se está simulando ou não, ao fundamento de que a perícia vulneraria os direitos da personalidade, que são direitos humanos fundamentais (art. 11 da Lei Orgânica do Poder Judicial) (AROSHENA, 2007).

A influência da personalidade ou subjetividade da vítima em relação ao dano alegado não deixou de ser cogitada pela doutrina brasileira. Caio Mário da Silva Pereira fala das vítimas que possuem “uma receptividade excepcional para o dano”; vítimas que são portadoras de “síndromes desfavoráveis ou taras latentes” e aquelas nas quais existe um “estado patológico anterior à lesão”, como fatores que podem interferir na responsabilização (PEREIRA, 1999, p. 80-81).

Em muitos casos, o trabalho, como no exemplo citado de Dejours, não atua como causa do adoecimento, mas como contingência.

A lógica modal aristotélica oferece alguns subsídios para que o Direito enriqueça sua perspectiva na análise da genealogia do sofrimento psíquico na medida em que, dentre as categorias do *possível*, do *impossível* e do *necessário*, acolhe o *contingente* como uma das possibilidades do ser.

DOCTRINA

Na linguagem de Aristóteles, o contingente opõe-se ao necessário. A expressão “*É contingente que ‘p’*”, no qual “*p*” representa uma proposição, é considerada em lógica como uma das expressões modais, ou seja, a contingência é uma possibilidade de que algo seja e de que algo não seja (MORA, 1982, p. 81). Sofrimento e trabalho são, portanto, fenômenos que podem ocorrer juntos, paralelamente, sem que um seja necessariamente causa do outro.

Na literatura lógica clássica, a contingência significa que existe algo além do verdadeiro e do falso, da causa e da consequência, e que “nem toda a verdade pode ser dita”. É a tese de São Tomás, segundo a qual o contingente é aquilo que pode ser e não ser, em que o “ser contingente opõe-se ao ser necessário” (MORA, 1982, p. 81).

Naomar de Almeida Filho e Denise Coutinho, ao dissertarem sobre a contingência no âmbito da estrutura lógica de Aristóteles, esclarecem sobre a etimologia:

“O latim imperial registra o uso de *contingens*, participio presente de *contingere*, que significa ‘tocar, atingir’. Daí resvalou para ‘acontecer por acaso’. O adjetivo surge com o sentido de ‘que acontece, mas não necessariamente’, desenvolvendo-se em filosofia como o ‘não essencial’.” (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 99)

Como, à luz de umnexo causal, ou concausal, condenar o empregador a indenizar o empregado por um sofrimento psíquico se as condições de trabalho estão de acordo com o Direito vigente, e o sofrimento poderia eclodir, como contingência, em qualquer lugar, em casa, na rua, no engarrafamento do trânsito e sob os mais diversos fatores, como as relações familiares, a segurança pública, o transporte, a prestação estatal de serviços essenciais, etc.?⁹

O Direito do Trabalho, se optar por esse caminho, não estaria agindo pedagogicamente ou mesmo colaborando com a diminuição de patologias mentais, mas implementando a sua disseminação, transformando o sofrimento mental em objeto de mercancia e lucro.

9 O TST, no AIRR-1162740-98.2005.5.09.0651, da relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, publicado em 10.08.07, manteve decisão regional que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral de trabalhador que alegou depressão por ter sido dispensado. Entre os argumentos do Colendo TST, destaca-se que a dispensa foi lícita. Ou seja, significaria autêntica contradição condenar alguém por ter agido conforme o Direito.

Os manuais epidemiológicos, ao falarem de “multicausalidade”, não esclarecem sobre a complexidade da doença mental, mas sobre sua complicação¹⁰.

No Brasil, o manual de procedimentos para as doenças relacionadas ao trabalho, elaborado pelo Ministério da Saúde, indica três categorias de doenças relacionadas com o trabalho, conforme relação de Schilling. A doença mental faz parte do inciso III: “Trabalho como provocador de um distúrbio latente, ou agravador de doença já estabelecida”.

Sobre isso, Lincoln José Cueto de Almeida faz a seguinte observação:

“Reitera-se que até o ano 2020, a depressão, enquanto diagnóstico sintomático, será a principal causa de afastamento do trabalho, ainda que não seja considerada uma enfermidade diretamente consequente a ele, mas sim agravada e decorrente de uma situação prévia latente, pre-existente. Abre-se uma interrogação com relação ao que de fato sustenta esta probabilidade estatística no sentido de que, não sendo o trabalho a razão mais direta da previsão, mas sim uma consequência, quais fatores de adoecimento prévio – como preconiza a classificação de Schilling – contribuirão para uma realidade tão contundente assim esperada?”¹¹

De outro lado, se a depressão se tornar mesmo a principal causa de afastamento do trabalho em todos os ramos e profissões, as pesquisas psicopatológicas cairiam na seguinte aporia: se todos sofrem, ninguém sofre.

A complexidade da doença mental, portanto, demanda a inserção doutrinária de mais uma hipótese excludente de responsabilidade civil. Proponho chamá-la de *nexo contingente*.

Ainda que a doença mental decorra de causas latentes e o Direito do Trabalho atue na preservação de condições de trabalho seguras e saudáveis, as reflexões de Dejours também convidam o Direito a refletir sobre as condições de possibilidade de um trabalho absolutamente sem risco para a saúde mental. Existiria um ambiente de trabalho com risco zero? Será que as ciências conexas sabem o que é um ambiente de trabalho 100% seguro, 100% saudável, de forma a legitimar o sistema jurídico a proferir condenações quando se alega

10 “Como tal, a expressão “multicausalidade” não indica qualquer aumento substancial do nível de complexidade. Multiplicar causas e/ou efeitos em algum modelo explanatório não resolve as limitações fundamentais do causalismo, e nada nos diz em relação à natureza potencialmente rica e diversa das funções de risco (VINEIS, 1997). Tal abordagem, ainda no sentido preciso, porém restritivo dos manuais epidemiológicos, refere-se exclusivamente à complicação, e não à complexidade.” (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 110)

11 ALMEIDA. Disponível em: <<http://www.comunicacaoesaude.unb.br>>. Acesso em: 9 abr. 2011>.

que a doença mental decorreu das condições de trabalho? O que é um ambiente totalmente saudável? Ele existe?

O art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, afirma que “a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

O art. 7º, inciso XXII, da CF/88, por outro lado, afirma que são direitos dos trabalhadores, entre outros, que visem à melhoria de sua condição social: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Sebastião Geraldo de Oliveira esclarece que a redução de riscos à saúde, inclusive à saúde mental, consubstancia um princípio constitucional que atua como “mandamento de otimização” (OLIVEIRA, 2010, p. 125).

Ou seja, um ambiente de trabalho totalmente seguro e saudável é um objeto infinito de aproximação, que se aperfeiçoa na medida em que o Direito incorpora o desenvolvimento e descobertas das ciências, o que é sempre provisório¹².

E partindo desse pressuposto, o Direito do Trabalho, nas respostas que oferecer, deve desconfiar das aproximações psicopatológicas que concentram a atenção em assessorar condenações, como se o complexo panorama da doença mental pudesse consubstanciar “dívidas subjetivas”, monetariamente saldáveis¹³.

12 Em outros termos: “A Proteção à Saúde como estratégia, por vários ângulos de análise, é logicamente impossível, apesar de historicamente ter sido construída como campo de prática plausível. Seu modelo é o controle e a intervenção requerida, o experimento. Tal modalidade – o impossível – deve ser tomada em sua estrutura lógica, não significando com isso que não exista. Apenas que controle e experimento não são realidades em si, mas realidades linguísticas não encontráveis nas condições efetivas da pesquisa ou da intervenção; tal como os eventos contingentes, são realizados e somente então reconhecidos por seus efeitos. Em termos lógicos, ‘o que não cessa de não se escrever’ se impõe (não cessa) e, ao mesmo tempo, por escapar ao simbólico, não se escreve. Rigorosamente, um experimento nunca pode ser reproduzido, é único, podendo, sim, ao ser replicado, constituir série. Ademais, tal replicação nunca se dá conforme o planejado, posto que a situação do laboratório não tem com a vida outra relação senão de verossimilhança. É por esse motivo que Lacan define o Real, registro do impossível lógico, como ‘o que não cessa de não se escrever’; por mais que ensaiemos, jamais a realidade do experimento corresponderá ao real do evento” (ALMEIDA FILHO; COUTINHO, 2007, p. 128-129).

13 Célio Garcia cita uma experiência extremada no caso de assédio sexual, que não deu certo. “A vítima acusava o parceiro declarando, diante da justiça, absoluta isenção. O livro de Frederick Crews, que reúne uma série de artigos sobre a matéria, inicialmente publicados no New York Review of Books, documenta processos de filhos, levando à barra dos tribunais pais e/ou adultos acusados de assédio sexual ou ultrajes na infância, tudo obtido à recuperação de lembranças, por ocasião de análise ou outro meio de investigação da memória” (GARCIA; FERREIRA (Org.), 2002, p. 61).

3.4 A responsabilidade do sujeito

No quadro das divergências da “psi”, uma outra questão que desafia o Direito do Trabalho é se posicionar a respeito da responsabilidade do trabalhador nas queixas de doença mental.

A psicopatologia diz que psiquiatria social nasceu com um referencial marxista. Fala-se, assim, de “determinantes sociais” da doença mental, ou que “o sofrimento psíquico ou as expressões da personalidade são sociais, porque resultam da atividade histórica dos seres humanos, criadores e criaturas de determinada organização social (...)” (MESSIAS, 2010, p. 143).

Antes de Le Guillant, a concepção já se encontrava em Georges Politzer, com o entendimento de que as condições sociais regulam a vida mental, sendo o pensamento um fenômeno social (POLITZER, p. 145).

Essa é uma visão determinista do marxismo ortodoxo, da consciência determinada pela existência, da superestrutura determinada pela infraestrutura, que Boaventura Souza Santos chegou a chamar de “metáfora topográfica” (SANTOS apud SOUZA Jr., 1985, p. 85).

Agostinho Ramalho Marques Neto afirma que tal interpretação que se faz de Marx não procede, resultando de um pinçar de trechos isolados da obra *Ideologia Alemã*. Em relação à afirmação fatalista da história, afirma que Marx disse exatamente o contrário, ou seja: “A História nada faz. É o homem, o homem real, o homem vivo, que faz, que possui, que combate” (MARQUES NETO, 1982, p. 31).

Roberto Lyra Filho chamou essa dialética de periférica, ou seja, a dialética não é somente um enlace de perspectivas (no caso o trabalhador condicionado pelo trabalho e vice-versa), encontrando-se em cada um dos polos (LYRA FILHO, 1982, p. 24-25).

É conhecida a terceira das teses sobre Feuerbach, segundo a qual as circunstâncias fazem os homens tanto quanto os homens fazem as circunstâncias (MARX; ENGELS, 1998, p. 100). No entanto, segundo Leandro Konder, no final da tese Marx aduziu a autotransformação (*Selbstveränderung*), que significa a capacidade de se questionar internamente, a subjetividade, que foi esvaziada pelo stalinismo. Assim, a consciência foi delegada a “uma instância externa, objetiva”, no caso a direção do partido. E o comissário era “um sujeito que, em nome de ações necessárias a libertar outros sujeitos, atuava no sentido de reduzi-los à condição passiva de objetos” (KONDER, 1988, p. 41).

DOCTRINA

Esse referencial, até hoje presente nas pesquisas psicopatológicas, corresponde a uma leitura estruturalista do marxismo que vigorou nas décadas de 60 e 70 do século passado (Althusser foi um dos principais representantes desta tendência), no sentido de dissolver o sujeito histórico de sua autonomia, e conceituá-lo como suporte das relações de produção (MARQUES NETO, 1994, p. 88).

O enfoque de irresponsabilizar o trabalhador do sofrimento mental em razão de “determinantes” sociais, a pretexto de proteger, priva o trabalhador de sua subjetividade, tornando-o mero sujeito passivo de inexoráveis substanciações mentais.

Se a doença mental é reflexo de agentes externos, além do trabalho, teríamos outros fatores, como, por exemplo, o acesso a bens e serviços essenciais, a educação, o transporte, o saneamento básico, o lazer, a renda, cada um desses agentes determinando síndromes mentais dos mais variados nomes.

À evidência, existe alguma coisa errada nessa lógica reducionista.

Originalmente, coube à hermenêutica heideggeriana da existência, centrada no processo circular do conhecimento, o abandono do paradigma idealismo-realismo, sujeito-objeto, o que foi perflhado por toda a hermenêutica filosófica que se seguiu, de H. G. Gadamer a Paul Ricœur, passando inclusive pelo eixo procedimentalista de J. Habermas e A. Garapon, sempre contrários “ao gozo passivo de direitos” e a “uma justiça da salvação”, com a “redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos clientes de um Estado providencial” (VIANNA, 1999, p. 23-24).

A noção de círculo hermenêutico, do sujeito como parte do objeto, implica que o trabalhador, no mínimo, é corresponsável por suas queixas. No mesmo viés, a ideia da “sociedade aberta de intérpretes da constituição”, de Peter Häberle, para quem o cidadão, na atualização da Constituição, não só cointerpreta a norma, como também atua como pré-intérprete, produzindo uma interpretação constitucional antecipada (HÄBERLE, 1997, p. 13-14). O cidadão, portanto, quando questiona a Constituição e sua materialização, questiona a si próprio. E fazendo um paralelo do trabalhador cidadão, com o trabalhador queixoso de sofrimento psíquico, cito Quinet: “a retificação subjetiva de Freud consiste em perguntar ‘qual é sua participação na desordem da qual você se queixa?’” (QUINET, 1991). Observa-se, aqui, uma aproximação evidente entre a hermenêutica filosófica, a hermenêutica constitucional e a psicanálise.

Não se desconhece que tanto o sujeito da filosofia quanto o sujeito do direito consubstanciam o sujeito cartesiano, do “penso, logo existo” e que o

sujeito da psicanálise é outro, o sujeito do desejo, assim enunciado por Lacan: “Penso onde não sou, portanto sou ali onde não penso”. (LACAN, 1988, p. 521). A descoberta do inconsciente promoveu um abalo nesse sujeito da consciência, que fala do sujeito cognoscente que controla a si e o mundo que o cerca. O que resta ao direito e à filosofia quando se descobre que o sujeito não é mais senhor de si? O *cogito* torna-se um conceito ferido, humilhado¹⁴. O debate, entretanto, não instiga uma visão unificadora das perspectivas, que não existe, mas aponta para um caminhar paralelo, pois o sujeito de desejo inconsciente, o sujeito da psicanálise, só será sujeito se estiver juridicamente marcado. Sem Lei, inclusive pela anterioridade simbólica do Nome-do-Pai, não há desejo (SILVA, 2003, p. 23).

O enfoque que diz querer o bem, que tenciona proteger o semelhante, apontando o trabalhador com um ser vitimizado, psicologicamente frágil, com quadros psíquicos “determinados” por forças sociais externas, produz efeito contrário, sendo incompatível com o pensamento jurídico contemporâneo.

Geneviève Koubi, jurista francesa, ao analisar o sofrimento psíquico no âmbito do assédio moral no trabalho, posiciona-se da seguinte forma:

“O pensamento crítico desconfia, portanto, do enfoque compassivo que consiste em retirar do indivíduo sua relação com o outro, reduzindo-o progressivamente a uma ser fragilizado, fraco e vulnerável, levando-o a solicitar a assistência e o socorro de associações, e de juízes para lutar contra os fenômenos do assédio de que é objeto ou para escapar das situações de assédio que vivencia.” (KOUBI, 2006, p. 18)

Michel Rosenfeld enxergou algumas afinidades entre o sujeito constitucional e o sujeito da teoria psicanalítica de Sigmund Freud e de Jacques Lacan. Menelick de Carvalho Netto, no prefácio do estudo, afirmou:

“Para a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se

14 Segundo Paul Ricœur, esse momento de descentramento do sujeito é provisório e não impedirá um novo centramento. Segundo o filósofo, a psicanálise fere o *cogito* e ao mesmo tempo lhe preserva a vida, o que se concretiza pelo trabalho da interpretação, ou seja, é possível um reapossamento do sujeito pela via da interpretação. Interpretar é preencher um vazio. É deixar de ser terra do outro. (VIDAL, 2003, p. 125).

apresentam como os seus tutores, como os seus defensores (...).” (CARVALHO NETTO. Prefácio. In: ROSENFELD, 2003, p. 14)

A crítica que parte da doutrina trabalhista faz a essas aproximações diz respeito ao fato de o Direito do Trabalho regular relações em que existe um desequilíbrio estrutural de forças. O empregado se encontra subordinado ao empregador numa equação de exploração da força de trabalho. O receio é que a psicanálise seja utilizada como instrumento do capital, ou como uma técnica de adaptação do trabalhador a condições desumanas de trabalho, que permaneceriam inalteráveis. Entretanto, essa observação reflete a dificuldade de o Direito do Trabalho compreender que a hipossuficiência econômica não é sinônimo de hipossuficiência mental, e que a opção pela responsabilidade do sujeito não é antagônica à defesa intransigente de condições de trabalho dignas.

3.5 O juiz convocado a sofrer

Poucas intervenções que se apresentam em nome da psicanálise têm promovido um giro no debate do nexos causal, acrescentando o juiz como portador de um “sofrimento”.

Com o processo de redemocratização, não se estabeleceu no Brasil, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni (1995, p. 160), um juiz “asséptico”, “sobre-humano”, identificado acima dos conflitos sociais e pessoais. Assim, falar que o juiz sofre não tem nada de inusitado.

A questão é o tom dramático e o alarde feito por alguns operadores da “psi”, que, embaraçados com a incumbência de auxiliar a Justiça, acabam criando um pavoroso cenário de amargura e padecimento dos protagonistas da justiça.

Cyro Marcos da Silva, há mais de 10 anos, anteviu a tendência de alguns excessos da psicanálise na medida em que, ao se aventurar na difícil interlocução com o Direito, acaba por constituir novos sofrimentos no campo jurídico, “um excesso, um derrame, uma hemorragia” de sofrimentos, como que pretendendo “calçar o jurídico com botas psi apertadas” (SILVA, 2003, p. 123).

Aqui, o exercício da função jurisdicional é retratado como um martírio, uma penúria, com dores morais insuportáveis das partes, das testemunhas e do juiz. Uma verdadeira tragédia:

“uma jovem mãe amamentando em audiência seu filho com um mês de vida e dizendo que precisa deixar o emprego porque não tem ninguém que fique com seus três filhos”; ‘marido desempregado (...) Sensibilizado o juiz, que tem um filho pequeno em casa, me diz que uma

situação como essa lhe angustia muito'; 'mãe desesperada porque perdeu seu jovem filho, quando este fazia o carregamento de um elevador da empresa que se desprende e o esmagou. Situação difícil para qualquer juiz que, mesmo fazendo com que o empregador assuma o que é de responsabilidade, sabe que é impossível haver uma resposta suficiente para o desespero de uma mãe que se vê diante da perda de seu verdadeiro amor'; 'empregador falido, mas que tentando apresentar uma masculinidade impotente, chora em audiência, absolutamente constrangido, ao ser informado de que terá de quitar sua dívida trabalhista, mesmo sem condição para isso. Situação que deixa claro o sofrimento de um homem que se vê na posição feminina'; 'audiências em que casos amorosos de difícil solução entre patrão empregado chegam ao judiciário'; 'pedófilo que traz horror a uma juíza ao descrever o que fazia, como empregado de uma igreja, às criancinhas (...)'; casos submetidos à juíza 'de inédito manejo', iniciando-se um 'contato com as partes, que envolve muito sofrimento'; 'testemunha agarrada ao corrimão da escada, em, pânico'; 'a subjetividade toca o Juiz que continua acompanhando o processo mesmo após a sentença; se a sentença é mantida pelo tribunal talvez fique a eterna dúvida do por que foi capaz de convencer tão bem a turma de desembargadores, já que nem ele mesmo estava tão confortável com sua decisão'; 'o juiz tem seus pontos de vulnerabilidade (...) e muitas vezes ele se angustia'; 'ele é solicitado a decidir mesmo com suas dificuldades'; 'jovem mulher (...) que se suicida'." (ALBUQUERQUE, 2010, v. 51, nº 81, p. 437-438)

Em outro estudo, o psicanalista Antonio Beneti diz que "os juízes me relatam o sofrimento corporal, o cansaço, as dores, a exaustão, a depressão; corpos em sofrimento". E que o juiz em certas audiências "responde através de sua subjetividade, em ato, enquanto igual, humano, rompendo e desvestindo-se de seu semblante, de sua toga; fora do campo jurídico. Temos aí uma situação em que dois sujeitos emergem, o juiz e o trabalhador reclamante. Contudo, são ambos reclamantes, trabalhadores" (BENETI, 2010, v. 51, nº 81, p. 450-451).

No seminário de 69/70, Lacan introduz o conceito de discurso como promotor do laço social. Naquele que define como o da histeria, o que o sujeito histórico apresenta ao outro é a sua própria divisão subjetiva, o seu sintoma como enigma a ser decifrado. Dessa forma, o discurso histórico promove o outro à condição de mestre, incitando-o a produzir um saber sobre o seu sintoma. O Direito encerra uma dessas possibilidades de ser eleito como o operador do discurso do mestre. Todavia, o discurso histórico, em face de sua divisão subjetiva, encontra-se em dupla função, promover o saber científico e apontar

a sua falha, ou a sua impossibilidade enquanto saber. E ao destituir o mestre de seu saber, o discurso histérico não pretende o seu lugar, mas como diz Lacan: “ele quer um mestre sobre o qual possa reinar” (TEIXEIRA, 1991, p. 24-25).

Esse Outro que a histérica/histérico pode vir a escolher é sempre um local do gozo de direitos insatisfeitos, ora é forte e supremo, ora é fraco e doente, sempre decepcionante em relação às expectativas.

“O histérico procura – e sempre encontra – os pontos em que seu semelhante é forte e abusa dessa força para humilhá-lo, e os pontos em que seu semelhante é fraco e, por essa fraqueza, suscita a compaixão. O histérico identifica em outrem, com uma percepção muito aguçada, o sinal de um poder humilhante que o torna infeliz, ou de uma impotência comovente de que ele se apieda, mas é incapaz de remediar. (...) Dotado de aguda sensibilidade perceptiva, ele detecta no outro a menor falha, o menor sinal de fraqueza, o mais íntimo indício revelador de seu desejo. Mas, à semelhança de um olhar penetrante que não se contenta em varar e transpassar a aparência do outro para encontrar ali um ponto forte ou uma brecha, o histérico inventa e cria aquilo que percebe. (...) O mundo do histérico é um mundo infantil, composto de poderosos e impotentes, fortes e fracos, moços e velhos, atletas e deficientes’.” (NASIO, 1991, p. 16-17, 123)

Esse é também o mundo das audiências trabalhistas, sob o olhar do discurso histérico.

Segundo Quinet, Lacan elevou a histeria a uma forma de laço social, ou seja, para além do tipo clínico e seus sintomas, elegendo-a como uma forma de as pessoas se relacionarem (QUINET, 2005, p. 185). Fala-se, assim, em histericização da vida social, ou seja, um *link* relacional, presente em todas as conversas, em todas as instâncias da vida comunitária.

O histérico, ou histérica, segundo Christopher Bollas, induz o outro a revelar seus pensamentos privados, propondo uma troca quase que mediúmica, sendo a traição a regra do jogo: “O histérico conduz o outro à crença a fim de quebrá-la ante os olhos dele” (BOLLAS, 2000, p. 86, 214).

Para capturar o outro, o discurso histérico é sempre ambíguo, possuindo dois ou mais sentidos. Não se sabe se está querendo edificar ou destruir, elogiar ou maldizer, sempre instigando o outro a uma reação, à produção de algum saber. No dito popular, seria “cutucar a onça com vara curta”. Ou “mostre-me se você é corajoso”. E quando vem a resposta, o discurso histérico geralmente contrapõe com um pedido de reparação: “Quem? Eu? Não foi isso que eu quis

dizer”. É a fala da vitimativa, sempre fazendo o outro desejar, pois deseja o desejo do outro, inclusive o desejo de saber. Demanda, enaltece e desbanca o saber do mestre. Como uma bola de vôlei, levanta o saber para depois cortá-lo (QUINET, 2005, p. 181-185). O discurso histérico, diz Lacan, “(...) é o inconsciente em exercício que põe o mestre contra a parede de produzir um saber” (LACAN apud SOLER, 2005, p. 42). A psicanálise nasceu da histeria, do clássico caso Anna O. Mas a histeria não se contentou com a resposta freudiana, continuando a fornecer novos sintomas para os cientistas, provocando a produção de novos saberes na medicina, na neuropsiquiatria, na psicopatologia, pondo todo mundo para pensar, vindo daí as infundáveis síndromes. O que não se esperava é que a histeria lograsse transmitir suas vestes para certo viés da psicanálise, e esta, transvestida, viesse a provocar, agora no Direito, o desejo de produção de algum saber.

Como o Direito não atua nessa área, nem é analisando, seria o caso de o psicanalista voltar ao divã.

A psicanálise tem produzido algumas iniciativas de como se relacionar com o Direito. Menciona-se, historicamente, o texto de Freud, “A psicanálise e o estabelecimento de fatos em matéria judiciária” (FREUD, 1959, p. 81-93). Contudo, estender a clínica para outras manifestações do fenômeno humano sempre foi algo difícil.

Charles Melman, ao ser questionado se, afinal de contas, era a favor do patriarcado e contra o matriarcado respondeu: “De jeito nenhum sou defensor do patriarcado! Simplesmente estou na posição de analista, logo, em posição de expor um certo número de fenômenos. É só. Não tenho nem que atacar nem que louvar essas evoluções que constato”.

Ou seja, não é a favor nem contra, nem aponta caminhos, ficando difícil sair da clausura.

Célio Garcia construiu uma ponte de aproximação entre os dois saberes. Aponta três direções para a psicanálise: como método de investigação, como terapêutica e como teoria geral do fenômeno humano. Nesse último caso, afirma que a psicanálise pode estar implicada em outros discursos com os quais ela se confronta além da clínica propriamente dita. Se valendo da ficção que fundamenta a primeira constituição histórica em Kelsen, vai propor o Direito e a Psicanálise atuando como “operadores do simbólico”. Ressalta, na proposta, e no campo do Direito de Família, a importância da “dimensão simbólica do Juiz, que deve ser percebida como um enunciado em nome da Lei para alguém

cuja figura de pai – ausente e inexistente – deixou falhas na história do Sujeito, no estabelecimento da Lei” (GARCIA, 2004, p. 2-16).

Soa, portanto, paradoxal, que a psicanálise, justamente ela, agora no campo do Direito do Trabalho, apresente-se como desconstrutora do simbólico, voz da histeria, desenhando um campo jurídico caricatural, com juízes (pais simbólicos) incapazes de regular relações, caindo aos pedaços nas salas de audiência, sofrendo aos quatro cantos, medrosos em decidir, covardes, horrorizados, a ponto de, nas audiências, abdicarem da jurisdição na sua dimensão simbólica de reguladora das relações.

Um juiz que “desveste sua toga” nas audiências, atuando “fora do campo jurídico”, certamente não é juiz.

E é justamente isso que o discurso histórico almeja: colocar o mestre na parede, destituí-lo do seu saber. Se nas audiências o advogado não existe, as partes estão destroçadas, as testemunhas paralisadas, e o juiz angustiado, pensando nos filhos que ficaram em casa, como estariam os psicanalistas que observam tudo isso? Certamente, seriam os únicos no controle, como diz Lacan, “reinando” sobre o discurso jurídico, sobre o mestre.

Imaginem, nessa leitura, o psiquiatra/psicólogo/psicanalista diante do relato de seu paciente, o médico cirurgião recebendo o motorista acidentado, o pediatra na emergência do hospital, o comandante do voo enfrentando uma tempestade transitória, todos “horrorizados”, “angustiados”, “sofrendo muito”, “desvestindo-se” da simbologia do ofício escolhido, “com dificuldades” de intervir. Certamente, teriam que procurar outra profissão.

Melhor seria que a psicanálise aqui estivesse, na imagem de Jean de Munck, como uma “passageira clandestina”, o que também não é o caso, porquanto entrou às claras, pela porta da frente, e acabou sabotando o seu discurso inato.

Prevalecendo a disputa entre os domínios conexos em busca do monopólio sobre todo e qualquer assunto relacionado com o sofrimento psíquico, a jurisdição trabalhista poderá assistir a um vale-tudo, em que cada especialista produzirá estudos desautorizando o perito nomeado pelo juiz que atuou em determinada reclamação trabalhista. A insurgência, ao final, destinar-se-á à jurisdição, ao processo, ou, em linguagem psicanalítica, à “metáfora paterna”, ao pai simbólico em sua dimensão significante, instância que os psicanalistas diziam tanto prezar. No legítimo exercício da liberdade de expressão, as ciências que o Direito do Trabalho tem solicitado auxílio passariam a constituir nas suas instituições, inclusive acadêmicas, ou nas suas associações de classe, espécies

de “tribunais de exceção”. Os casos originalmente submetidos a julgamento pela Justiça seriam novamente “sentenciados” em decorrência de uma “indevida” intromissão, seja do Poder Judiciário, seja da corrente contrária, naquilo que cada enfoque entende ser sua reserva de mercado da doença mental ou seu monopólio. O fenômeno está aí, incipiente, em formação, e pode ser visto. Possui como substrato a crescente judicialização da vida social que, agora, alcançou o sofrimento psíquico. Quando se fala de processo judicial, segundo Chiovenda “em caso algum a opinião do perito poderá substituir-se à do Juiz, vinculando-lhe juridicamente a convicção” (CHIOVENDA apud SANTOS, 1982, p. 347). É a regra do art. 436 do CPC, que marca a independência do juiz e o Estado Democrático de Direito. O postulado, aceito pelas disciplinas que historicamente colaboram com o Direito, vem sendo rejeitado por algumas correntes da área “psi”, cujos representantes, apesar de não terem atuado como peritos nas reclamações trabalhistas, delas tomam conhecimento e não se conformam com a resposta dada pelo Judiciário. A norma fundamental kelsiana “deverás obedecer (...)” não se lhes aplica. É necessário que cada ponto de vista se sobreponha ao outro, inclusive à coisa julgada, nem que para isso seja necessário desacreditar o juiz e o processo judicial. Se a contenda por hegemonia continuar, a ponto de a psicanálise renunciar seu referencial teórico, poderemos testemunhar uma aproximação entre correntes do pensamento originalmente antagônicas. Cada enfoque, a seu modo, e por razões diversas, se uniriam no futuro, fomentando um processo do trabalho “desestabilizado” e um juiz fragilizado, cuja salvação estaria em pedir socorro ou se filiar aos pressupostos teóricos que sustentam seus defensores.

Num texto de 1912, intitulado “Conselho ao Médico para o tratamento psicanalítico”, Freud adverte que de nada adianta àquele que demanda análise ler toda uma biblioteca: “Por esse motivo preferimos também que os pacientes não leiam durante o tratamento nenhuma obra psicanalítica”. (FREUD, 1959, p. 548-549). Cyro Marcos da Silva também aconselha ao profissional do Direito: devorar teoria seria como iludir a fome com a leitura de cardápios, sendo indispensável a experiência do inconsciente. (SILVA, 2003, p. 126). Portanto, se o juiz pensa que necessita de ajuda, ou de análise, deve procurar o profissional de sua confiança. É inócua, para seu bem-estar, permitir a exposição de suas confidências, a não ser que, de fato, não esteja experimentando sofrimento algum, teatralizando sua vida diária, ora como ator, ora como espectador de si mesmo, em publicações jurídicas, ajudando a destruir a simbolização da sua própria profissão.

4 – CONCLUSÃO

O reconhecimento pela Previdência Social de doenças mentais ou quadros de sofrimentos psíquicos decorrentes do trabalho não se vincula ao Direito do Trabalho.

Poderá o empregador, ao se defender em reclamação trabalhista, produzir prova da não configuração do nexo causal, demonstrando as hipóteses das excludentes do nexo, ou seja, culpa exclusiva da vítima (ou fato da vítima), caso fortuito ou de força maior e fato de terceiro.

Em decorrência da complexidade da doença mental, sugere-se a inserção doutrinária do *nexo contingente* como mais uma hipótese excludente de responsabilidade civil.

Os diversos referenciais teóricos que tratam da doença mental e suas relações com o trabalho colocam o Direito do Trabalho em posição privilegiada, pois possibilitam as aproximações e distanciamentos com os enfoques que melhor atendam à finalidade garantista de ambientes de trabalho sadios e seguros. A perseguição de ambientes sadios, no entanto, não exime o Direito do Trabalho de questionar, diante do caso concreto, até que ponto o empregado é ou não responsável por sua queixa, pois não existe sinonímia entre hipossuficiência econômica e hipossuficiência psíquica.

Da mesma forma que existe uma magistratura do trabalho, existe, conectada a ela, uma magistratura do sujeito, ambas jurídicas, inseparáveis.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Judith Euchares Ricardo de. *Considerações sobre a saúde mental do trabalhador*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=821#>. Acesso em: 9 abr. 2011.

_____. Minha experiência como psicanalista do Centro de Direito e Psicanálise da Escola Judicial do TRT de Minas Gerais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 51 nº 81, p. 437-441, jan./jun.2010.

ALMEIDA, Lincoln José Cueto de. Afastamento por transtornos psiquiátricos em servidores públicos estaduais do Tocantins entre 2006 e 2008. (Dissertação de Mestrado). Disponível em: <http://www.comunicacaoesaude.unb.br/fs/demo/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=71> Acesso em: 9 abr. 2011.

ALMEIDA FILHO, Naomar de; COUTINHO, Denise. Causalidade, contingência, complexidade: o futuro do conceito de risco. *PHYSIS: Revista Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1): 99, 2007.

AROSHENA, José Fernando Lousada. La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral. *Evocati Revista*, nº 18, 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=123>. Acesso em: 1º maio 2011

DOCTRINA

BARRUTIA, Mikel Urrutikoetxea. Reflexiones en torno a la prevención de los riesgos psicosociales. *Revista de Derecho Social*. Ediciones Bomarzo, nº 39.

BENETI, Antonio. Os Juízes e o sofrimento no trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 51, nº 81, p. 449-452, jan./jun.2010.

BERTOLINI, Eduardo Reche; GUIMARÃES, Michele Hidemi Ueno, CHIAVASSA, Renato; GENESINI, Teresa. Disponível em: <<http://www.psicanaliselacianiana.com/estudos/depressao.html>>. Acesso em: 9 abr. 2011

BOLLAS, Christopher. *Hysteria*. São Paulo: Escuta, 2000.

BRESCIANI, Stella; SEIXAS, Jacy (Org.). *Assédio moral: desafios políticos, considerações sociais, incertezas jurídicas*. Uberlândia: EDUFU, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nexo técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 46, nº 76, p. 143-153, jul./dez.2007.

DEJOURS, Christophe. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Cortez – Oboré, 1992.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. II.

FERREIRA, Maria do Carmo Duarte (Org.). *Psicanálise, psicologia, psiquiatria e saúde mental*. Interfaces. Belo Horizonte: Ophicina de Arte & Prosa, 2002.

FONSECA, Eduardo Giannetti. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia de Letras, 1997.

FREUD, Sigmund. *A psicanálise e o estabelecimento de fatos em matéria judiciária*. Rio de Janeiro: Delta, 1959, v. VII. (Obras completas de Sigmund Freud).

_____. *Conselho ao médico para tratamento psicanalítico*. Rio de Janeiro: Delta, 1959, v. VI. (Obras completas de Sigmund Freud).

GARCIA, Célvio. *Psicologia jurídica: operadores do simbólico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____; FERREIRA, Maria do Carmo Duarte (Org.). *Psicanálise, psicologia, psiquiatria e saúde mental*. Interfaces. Belo Horizonte: Ophicina de Arte & Prosa, 2002.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GARCÍA SILVA, J. A. López; RIVERA Y REVUELTA, J. L. Gonzáles de. La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, p. 1.699-1.705, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralística e 'procedimental' da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa do cotidiano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

DOCTRINA

JACQUES, Maria da Graça C. *Acidentes e doenças ocupacionais: implicações psíquicas*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Brasil, 2006.

JULIEN, Philippe. *Psicose, perversão, neurose: a leitura de Jacques Lacan*. Rio de Janeiro. Companhia de Freud, 2002.

KONDER, Leandro. *A derrota da dialética*. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

KOUBI, Geneviève; BRESCIANI, Stella; SEIXAS, Jacy (Org.). *Assédio moral: desafios políticos, considerações sociais, incertezas jurídicas*. Uberlândia: EDUFU, 2006.

LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

LIMA, Maria Elizabeth Antunes. A psicopatologia do trabalho. *Psicol. Cienc. Prof.* Brasília, v. 18, nº 2, 1998. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931998000200003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 9 abr. 2011.

_____. Transtornos mentais e trabalho: o problema do nexa causal. *Revista de Administração da FEAD-Minas*. v. 2, nº 1, jun. 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *Carta aberta a um jovem criminólogo*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito*. Conceito, objeto e método. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. Sujeitos coletivos de direito: pode-se considerá-los a partir de uma referencia à psicanálise? *Revista de Direito Alternativo*, nº 3, 1994.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Companhia de Freud, 2003.

MESSIAS, Erick Leite Maia de. A epidemiologia em saúde mental e trabalho. José Jackson Sampaio. In: JACQUES, Maria da Graça; CODO, Wanderley (Org.). *Saúde mental e trabalho: leituras*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

MILLER, Jacques-Alain. *Lacan elucidado: palestras no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. 5. ed., Lisboa: Dom Quixote, 1982.

NASIO, J. D. *A histeria: teoria e clínica psicanalítica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PESSOA, Fernando. *O cancionero*. Obra poética. Rio de Janeiro, 1976.

POLITZER, Georges. *Princípios fundamentais de filosofia*. São Paulo: Hemus, s/d.

QUINET, Antonio. *As 4+1 Condições da Análise*. Rio de Janeiro: JZE, 1991.

_____. Histerias. *Revista da Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro*, v.IV, nº 1 e 2, 2005.

_____. *Psicose e laço social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

DOCTRINA

- ROSENFEL, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao CPC. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1982.
- SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. Trabalho e Saúde Mental na Visão da OIT. *Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, nº 81, p. 489-526, jan./jun.2010.
- SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr., 2008.
- SOLER, Colette. *O que Lacan dizia das mulheres*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- SOUZA Jr., José Geraldo de. *Para uma crítica da eficácia do direito; anomia e outros aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- SOUZA, Terezinha de J. Dias. Contribuições da psicanálise à perícia trabalhista. *Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 51, nº 81, p. 405-410, jan./jun.2010.
- TEIXEIRA, Marcus do Rio. *A feminilidade na psicanálise e outros ensaios*. Salvador: Ágama, 1991.
- TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. *Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, v. 46, nº 76, p. 27-44, jul./dez.2007.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Jurisdição e sofrimento mental – O trabalho é simplesmente lócus de manifestação ou um fator concorrente ou constitutivo dos transtornos mentais? *Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 51, nº 81, p. 411-436, jan./jun.2010.
- VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível*. Estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003, 148 f. Dissertação. Faculdade de Direito da UFMG, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca. O nexó causal entre transtorno de estresse pós-traumático e trabalho: controvérsias acerca do laudo de uma perícia judicial. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. São Paulo, 34 (120): 150-162. 2009. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/rbso/BancoAnexos/RBSO%20120%20O%20nexo%20causal.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

PRIMEIRA LEITURA DA LEI DO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL

Marcos Neves Fava*

1 – INTRODUÇÃO

Vinte e três anos e oito dias depois da promulgação da Constituição Cidadã, o moroso Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei nº 12.506/2012, que regulamenta o inciso XXI do art. 7º, o direito ao aviso-prévio proporcional.

Como fruto das trocas políticas características da gestação das leis, diversos direitos trabalhistas que representam avanço social – como, dentre todos, a garantia genérica contra despedida arbitrária – remeteram-se para a regulamentação infraconstitucional. É a entrega com uma mão para a retirada com a outra. A delonga insustentável por mais de duas décadas, com essa e com outras garantias estendidas aos trabalhadores pela Constituição de 1988, revela escárnio com a cidadania.

E a lume veio o texto, não por qualquer crise de consciência legislativa, senão porque o Supremo Tribunal Federal sinalizou, no início do julgamento dos Mandados de Injunção ns. 943, 1.010, 1.074 e 1.090, que fixaria as bases do gozo do direito em questão, ocupando, como já fizera no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, o espaço típico das Casas Legislativas.

Em 22 de junho de 2011, o Plenário do Supremo iniciou o julgamento dos referidos Mandados de Injunção e o suspendeu apenas para reflexão dos Ministros sobre os parâmetros a serem utilizados na regulamentação do instituto. Ato contínuo, em 05 de julho do mesmo ano, depois do último andamento ter ocorrido em setembro de 1995, a proposição foi retirada do sono profundo em que dormitava e se tornou lei em 13.10.2011.

As duas décadas não se mostraram suficientes para a edição de um diploma legal que atendesse suficientemente as necessidades de trabalhadores e

* Juiz do Trabalho, Titular da 89ª Vara de São Paulo; Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

empregadores, resultando, ao contrário, num dispositivo abreviado, cuja análise constitui o objeto destas primeiras linhas.

2 – ELEMENTOS DO DISPOSITIVO

Em que pese o reconhecimento de que a Lei nº 12.506/2012 regulamente o instituto do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, referido pelo inciso XXI do art. 7º da Constituição da República, o texto promulgado apresenta certa limitação ao referir-se à CLT.

Com efeito, assim se assentou o dispositivo legal:

“Art. 1º O aviso-prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso-prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

A limitação em foco pode patrocinar dúvidas sobre a aplicação, por exemplo, da matéria regulamentada a categoria à qual não se aplicam as disposições da Consolidação, como os domésticos. Inadequada referência que, melhor seria, poderia ter dado lugar ao art. 7º, XXXI, da Carta Maior, como meio de ampliação mais consentânea com a aplicação do próprio instituto.

Vê-se, ainda na leitura gramatical do texto normativo, que o direito consagrado ao aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço tem por destinatários apenas os trabalhadores, não os empregadores.

Tal observação impõe-se necessária, à vista da regulamentação do art. 487 da CLT, do aviso-prévio como dever de ambas as partes contratantes, nestes termos:

“Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:”

Apreensão açodada do disposto na regulamentação da proporcionalidade do aviso-prévio ao tempo de serviço levaria, equivocadamente, o intérprete à

ilação de que o trabalhador deveria conceder aviso superior a trinta dias ao empregador, sob pena de desconto do correspondente valor de seus haveres rescisórios.

Não é o que se dá.

Primeiro porque, como visto, o direito introduzido pela lei em análise ostenta como único destinatário o trabalhador, pois que o inciso XXI do art. 7º não é garantia de ambas as partes, menos ainda do empregador; é direito dos trabalhadores. Apenas a estes se aplica o “aviso proporcional ao tempo de serviço”. A referência legal perpetrada pelo art. 487 da CLT não contempla, pois, a proporcionalidade reservada apenas aos empregados.

Depois, porque a regra do art. 477 da CLT, ao tratar das compensações possíveis sobre o montante das resilitórias, limita-as a um salário do trabalhador, ou, trinta dias, período do aviso-prévio comum, o que torna impossível o abatimento de somatória maior, que se obteria pela aplicação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

O dispositivo indica, ainda, que a contagem do tempo de serviços far-se-á em relação à “mesma empresa”, expressão que precisa de acurada leitura. O art. 2º da CLT conceitua empregador como a “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Ao invés de tomar empresa como resultado da conjugação de vontades de seus sócios integrantes, a norma provoca inversão e a coloca como sujeito da relação de trabalho. Empresa tem, pois, a acepção de *negócio*, empreendimento, *reunião de elementos da produção que, articulados, visam à consecução de determinado objetivo*.

Desta perspectiva, não se faz difícil compreender que o vínculo que dará azo à contagem do tempo de serviço observar-se-á com o *negócio*, não com a *pessoa jurídica* determinada. Ocorrendo sucessão, fusão, incorporação ou qualquer outra alteração da estrutura jurídica do empregador, segue-se a contagem única do tempo de contrato. A regra genérica, aliás, já estava contida nos arts. 10 e 444 da CLT, a inviabilizar que tais transformações formais mitigassem direitos do trabalhador.

Cumprido sopesar, ainda, que a equiparação a empregador, como se dá com os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (art. 2º, § 1º, da CLT), também valerá para o dever de concessão do novo aviso proporcional ao tempo de serviço.

Uma última observação emerge do texto da Lei em comento e coincide com um despropositado limite de 90 (noventa) dias para a proporcionalidade do aviso-prévio. O comando constitucional não contemplou qualquer limite, indicando a regra de que o aviso haveria de ser proporcional. Não é isto o que faz a Lei, ao impedir que, nos contratos superiores a vinte anos, o trabalhador viesse a receber aviso integralmente proporcional ao tempo de serviço. Redução de direito fundamental sem a correspondente autorização do Texto Maior implica flagrante quebra da constitucionalidade.

Alguns problemas pontuais e derivados da interpretação da telegráfica norma despontam no horizonte da operação do Direito do Trabalho.

Aproximemo-nos deles.

3 – APLICAÇÃO AOS DOMÉSTICOS

Ao invés de se referir à regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição da República, a Lei nº 12.506/2012 apontou o aviso-prévio “de que trata o Capítulo VI do Título IV” da CLT. Com isto, induziu a disseminação de dúvidas acerca da aplicabilidade do aviso-prévio proporcional aos domésticos.

Por uma funesta tradição marcadamente escravagista, a sociedade brasileira resiste em atribuir ao trabalhador doméstico direitos. Não é rara, em sala de audiência, a postura inconformada do empregador que diz ter “pago tudo corretamente” e, quando indagado sobre o registro do contrato do doméstico, responde “apenas não registrei”. A mais elementar das garantias do trabalhador é vilipendiada e o patrão, ainda, ostenta ares de cumpridor de seus deveres, em face do voraz trabalhador.

O art. 7º da Constituição refletiu tal resistência, ao atribuir aos domésticos um rol de não mais do que nove dos direitos relacionados nos trinta e quatro incisos do capítulo dos “direitos sociais”.

Na evolução legislativa das férias, o fenômeno sobressaiu com maior obviedade. O período de férias de todos os trabalhadores contava-se em 20 dias úteis, o que foi copiado pela Lei nº 5.859/72, que regulamentou os contratos dos trabalhadores domésticos, visto que excluídos do plano geral da CLT, expressamente. Com o advento do Decreto-Lei nº 1.535/77, que ampliou o período de vinte dias úteis para trinta dias corridos, atribuindo a redação que atualmente se encontra no art. 130 da Consolidação das Leis do Trabalho, a categoria dos domésticos ficou esquecida, porque o legislador não atualizou o diploma específico. Tal discrepância, discriminatória, prevaleceu por vinte e nove anos, até a promulgação da Lei nº 11.324/06.

Em que pese a doutrina firmar-se, por algumas vozes, em sentido da unificação do período de trinta dias corridos para todos os trabalhadores, como se lê em José Augusto Rodrigues Pinto:

“Hoje, porém, a discussão passa a ser histórica, pois a Constituição Federal, estendendo ao empregado doméstico a garantia do direito a férias de todo trabalhador, afastou a vigência da Lei nº 5.589/72 e de seu Regulamento, aos quais não recepcionou. Está, então, o empregado doméstico, por força da norma constitucional, hoje, sim, sob a disciplina do capítulo da Consolidação, concernente a férias anuais remuneradas.”¹

A jurisprudência manteve-se renitente, assegurando à categoria apenas os gramaticais 20 dias úteis:

“RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS DO TRABALHADOR DOMÉSTICO. 20 DIAS. Os empregados domésticos têm regulamentação específica e previsão de alguns de seus direitos na Constituição Federal de 1988. Com relação às férias, pretensão deduzida nos autos, a Lei nº 5.859/72 deve ser observada, na qual há previsão, em seu art. 3º, do direito às férias do empregado doméstico pelo prazo de 20 dias úteis a cada período de doze meses de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.” (PROC. Nº TST-RR-734/2004-020-05-00.8, 1ª Turma, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, DJE 21.08.09).

Não será surpresa que se desenhe a interpretação restritiva de direitos, e, portanto, a cuidar de direitos fundamentais, inadequada, que sugira não ser aplicável aos domésticos o novo aviso-prévio proporcional, porquanto a Lei nº 12.506/2012 indique a figura que se encontra regulamentada pela CLT e tal diploma não é aplicável aos trabalhadores dessa categoria, por força do art. 7º, *a*.

Por primeiro, pondere-se que esta linha argumentativa não resiste a muita reflexão, pois que se consideram aplicáveis aos domésticos figuras como a justa causa, o contrato de experiência e a indenização de danos causados ao empregador (arts. 482, 443 e 462, respectivamente, da CLT), em que pese a vedação do art. 7º.

Demais disto, veja-se que a resistência feérica contra o reconhecimento do direito à percepção de horas extras por parte dos domésticos não pactua com a posição comum, embora contraditória, de aceitar-se o salário-mínimo proporcional à jornada reduzida. Com efeito, se não há controle de jornada, por isto negam-se as horas extras, paradoxal parece o reconhecimento de que

1 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 234.

possa ser pago valor inferior ao mínimo, em proporção, justamente, às horas trabalhadas.

A regulamentação do instituto do aviso-prévio não se encontra em qualquer outra lei, senão a CLT. Ora, se a Constituição da República atribui aos trabalhadores determinado direito que já vem regulamentado no ordenamento infraconstitucional – e tal regramento, diga-se, é recepcionado pela Carta – não há falar em outra saída, senão a aplicação das regras postas a todos os destinatários do benefício.

Pondere-se, ainda, que a Convenção nº 189 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada em 16 de junho de 2011, durante a Assembleia Geral da OIT, em Genebra, indica a regra de equiparação dos direitos dos trabalhadores domésticos aos demais. Em que pese referido dispositivo internacional ainda não houver sido entranhado ao sistema pátrio, inegável que o art. 8º da CLT abona a busca de elementos alienígenas, para suprimir lacunas e alicerçar as interpretações.

O aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço atribui-se, pois, a todos os trabalhadores, inclusive os domésticos.

4 – PROPORCIONALIDADE

Outro dissenso que se retira, por antecipação, dos termos da Lei nº 12.506/2012, diz respeito à proporcionalidade do aviso-prévio por ela instituído.

O novel dispositivo concede trinta dias de aviso como piso mínimo a todos os empregados e manda acrescer “3 (três) dias por ano de serviço prestado”.

Importa saber se estes três dias corresponderão apenas e sempre a um ano completo, ou se se fará possível a exigência de aviso-prévio *proporcional ao tempo de serviço* em relação a período inferior ao módulo anual.

A lei reserva o cálculo desta forma a outras figuras, como, por exemplo, a gratificação de natal, regulamentada pelo Diploma nº 4.090/62, que estabelece a contagem do ‘décimo terceiro’ à razão de 1/12 do salário mensal por mês ou fração igual ou superior a quinze dias.

O legislador, como se vê, nesse caso, optou por instituir a contagem com vistas a respeitar a proporcionalidade, assegurando, desta forma, que aquele trabalhador que mourejasse um dia além da metade do mês, já aquinhoasse o direito àquela mesma parcela de um doze avos da gratificação.

Na hipótese em análise, o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, não foi esta a opção legislativa. O texto refere objetivamente a ano trabalhado. Três dias de acréscimo no aviso, “por ano trabalhado”.

Em que pese a presunção de legitimidade democrática de que gozam os agentes públicos eleitos que se desincumbem de elaborar as leis, na hipótese concreta soa violadora da proporcionalidade a regra absoluta adotada pelo sistema da Lei nº 12.506/2012. Com efeito, se o labor por 22 meses não se compara com o trabalho em 12 meses, também a proporcionalidade do aviso-prévio não poderia conformar-se com a atribuição para o trabalhador que está às vésperas de completar mais um ano – e, portanto, assenhorear-se de mais três dias de aviso – da mesma quantidade de dias de um que acabou de completar o período anterior.

A restrição, que não encontra justificativa no plano dos direitos fundamentais, constitui verdadeira violação de direitos, como leciona Virgílio Afonso da Silva². Solapar ao acesso ao acréscimo de três dias a quem já se tenha aproximado de completar mais um ano de contrato equivale, *data venia* dos que acolhem outra conclusão, a violação do princípio da isonomia.

Adotar a saída que acabou adotada pela Súmula nº 26 do Tribunal Superior do Trabalho, para a figura da estabilidade decenal³, não quer parecer a alternativa que melhor contemple as premissas de proporcionalidade, razoabilidade e isonomia. Melhor será a adoção da estrita observância das frações mensal ou de quinze ou mais dias trabalhados na vigência do contrato, por analogia ao regime da gratificação de natal.

Em situação análoga, que se submeteria à vontade original das partes, porque os ajustes dependem de acordo coletivo, o Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência no sentido de acolher a necessária proporcionalidade, sob pena de malferimento da isonomia. Cuida-se da participação nos lucros e resultados, consoante a Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-1:

“OJ – SBDI-1 390. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação

2 *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250.

3 Súmula nº 26: “Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa”.

nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa.” (Divulgação: DEJT, 09.06.2010)

Adote-se, pois, o regime de proporcionalidade de construção duodecimal, de forma que a cada mês, ou fração igual ou superior a quinze dias trabalhados, o empregado passa a seu patrimônio jurídico o direito a 1/12 dos três dias de acréscimo no aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

5 – AFASTAMENTOS E CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO

A Lei, em seu monossilábico texto, não contemplou a hipótese de manutenção do contrato, com suspensão de seus efeitos, para fins de cálculo do novo aviso-prévio proporcional.

Ao intérprete incumbirá realizar esta operação de inteligência, para saber se o trabalhador cujo contrato esteve suspenso tem ou não o direito de computar o prazo da suspensão, para fins de apuração de seu aviso-prévio proporcional.

Diferencia-se a suspensão da interrupção contratual, a partir dos efeitos de cada uma destas modalidades de cessação das obrigações dos contratantes. Na suspensão, ambas as partes ficam liberadas de suas principais obrigações, remanescendo, no entanto, a persistência do vínculo jurídico de emprego; o direito do empregado ao retorno; e a impossibilidade de extinção contratual por ato voluntário. Já na interrupção, o empregado alcançará direito às vantagens de ordem pessoal verificadas durante o período de cessação e auferirá o cômputo do tempo de serviço do afastamento no tempo de serviço prestado à empresa.

Os afastamentos do trabalhador enquadram-se como *interrupção* ou como *suspensão*, advindo desta qualificadora a resposta para a contagem do tempo de cessação das atividades laborais para fins de apuração do aviso-prévio proporcional.

O trabalhador licenciado em razão da percepção de auxílio-doença acidentário, por exemplo, que se encontra em típica situação de *interrupção contratual*, eis que, em que pese cessadas as obrigações de trabalhar, por parte do contratado, e de pagar o salário, por parte da contratante, subsiste o dever de recolhimento do FGTS, mensalmente. Em estado de *interrupção*, o contrato gera efeitos para contagem de *tempo de serviço*. Logo, nesta hipótese, sugere-se adequada a conclusão de que o trabalhador verá incluído na contagem de

seu tempo de serviço os meses de afastamento, como se de efetiva prestação fossem, com o aumento do aviso proporcional.

Já o gozo de auxílio-doença previdenciário, sem relação com moléstias ou acidentes de trabalho, não dá ensejo ao recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, afastando-se a contagem do período em que se encontre nesta situação o trabalhador, para fins de apuração do aviso.

6 – APLICAÇÃO DA NOVA LEI NO TEMPO

Inicie-se esta seção pela conclusão aparentemente mais simples: uma regra que estabeleça a forma de cálculo do aviso-prévio aplica-se imediatamente aos contratos em curso. Conclusão que se extrai por leitura simples do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Na relação continuada de trabalho, o aviso-prévio não constitui ato jurídico perfeito, até o momento de sua dação. Aquele trabalhador que mantinha contrato de emprego vigente à data da promulgação da Lei nº 12.506/2012 passa, *incontinenti*, a contar com o benefício do novo regime de contagem do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço.

Em situações de modificação substancial de direitos, como a criação da estabilidade decenal ou o aumento do número de dias de férias de 20 úteis para 30 corridos, os Tribunais assentaram posição no sentido de se colher imediata eficácia de tais alterações, sem mitigação dos efeitos do ato jurídico perfeito.

Para os contratos ativos, pois, ao ensejo da publicação da norma nova, não há dúvidas de que o aviso proporcional deve ser aplicado.

Noutro ponto, encontram-se os contratos nos quais a parte empregadora já houvera dado aviso-prévio de trinta dias, quando sobreveio a Lei nº 12.506/2012. Estas situações constituiriam, à primeira vista, fato pendente, em particular se considerados os termos do art. 489 da CLT. À primeira vista, porque, em verdade, não há pendência alguma, senão o transcurso do prazo para terminação do aviso já concedido. A pendência que resta configura-se no contrato de trabalho, a terminar com o ocaso da contagem.

O ato de dação do aviso concretiza-se pontualmente, não havendo falar, pois, em pendência ou dúvida quanto ao prazo que se assinalou. Por fim, mais fácil, mantida esta ordem de argumentos, reconhecer que a Lei não poderá

retroagir, para contemplar os contratos em que o aviso já se encerrou e, por consequência, os pactos terminaram definitivamente.

Em que pese a convergência doutrinária neste aspecto, uma ponderação necessita ser trazida, para enriquecimento do debate.

Há alguns anos, a promulgação da Lei Complementar nº 110 ensejou controvérsia no âmbito dos Tribunais do Trabalho, da qual se extraiu jurisprudência no sentido de que referida norma impulsionou uma espécie de “recontagem” da prescrição, com o que se ignorava o ato jurídico perfeito.

Muita similaridade aproxima os dois eventos. Por primeiro, porque ambos referem-se à terminação do contrato de emprego; aqui, o aviso-prévio; lá, a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS. Depois, porque nos dois casos, preponderava expectativa genérica de existência do direito. Tanto no caso da correção monetária das contas do FGTS por força dos expurgos inflacionários, quanto na aguardada implementação do aviso proporcional ao tempo de serviço, nos termos prometidos pela Constituição, persistia a espera do reconhecimento dos direitos.

Resistiram os empregadores, naquela ocasião, sustentando-se em dois argumentos centrais: o ato jurídico perfeito e a impossibilidade de, espontaneamente, pagarem a indenização de 40% com base em outro valor, senão a conta apresentada pela Caixa Econômica Federal, gestora do Fundo, sem a correção monetária dos expurgos.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 344 da Subseção de Dissídios Individuais 1, fixou sua conclusão nestes termos:

“O termo inicial do prazo prescricional para o empregado pleitear em juízo diferenças da multa do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários, deu-se com a vigência da Lei Complementar nº 110, em 30.06.01, salvo comprovado trânsito em julgado de decisão proferida em ação proposta anteriormente na Justiça Federal, que reconheça o direito à atualização do saldo da conta vinculada.”

É dizer: em que pese a demissão perpetrada anos antes de 2001, com o transcurso do aviso-prévio (art. 489 da CLT) e o pagamento integral das rescisórias, a eclosão do dispositivo legal patrocinou uma modalidade de reabertura do prazo prescricional. Objetivamente, considerou-se que a Lei Complementar nº 110 generalizou o reconhecimento estatal da existência do direito às diferenças de correção monetária da conta do FGTS. Imperioso considerar, no entanto, que referida Lei nada criou, porque a tunga dos depósitos constituiu a lesão que deu azo ao nascimento da correspondente ação reparadora (*actio nata*).

Vislumbra-se, na instituição do aviso-prévio proporcional, situação assemelhada. A regra constitucional, em que pese com eficácia formal limitada, o que chegou a ser reconhecido pela Orientação Jurisprudencial nº 84⁴ da Subseção de Dissídios Individuais 1, já preexistia desde 1988, possibilitando a estipulação de critérios arrimados na razoabilidade, para sua concessão. É dizer, ao empregador mostrava-se possível a implementação de *algum* critério de proporcionalidade, para dar cumprimento cabal à Norma Ápice.

Destas lucubrações adviria a conclusão de que todos os empregados demitidos entre 13.10.09 e 12.10.2011, dois anos imediatamente anteriores à publicação da Lei nº 12.506/2012, fazem jus ao recebimento do aviso-prévio proporcional.

7 – AUSÊNCIA PARA PROCURAR NOVO EMPREGO

O art. 488 da CLT, como se sabe, estipula um período de dispensa do trabalhador que cumpra laborando o aviso-prévio, para buscar reinserção no mercado de trabalho.

A Lei faculta a opção do trabalhador entre reduzir o horário normal de trabalho em duas horas diárias ao longo do aviso, ou faltar sete dias ao seu final.

Questão que a aplicação da nova Lei trará diz respeito à contagem deste benefício no período do aviso proporcional, superior aos trinta dias anteriormente exigíveis.

Não há dificuldade, porque o dispositivo da CLT sobre o tema não restou alterado pela Lei nº 12.506/2012. Com efeito, o art. 488 refere-se ao *período do aviso*, que agora pode ser de até noventa dias. Neste lapso, impõe-se a redução da jornada em duas horas diárias, para possibilitar a busca de recolocação pelo demitido. Única mudança deve ser apreendida, quanto à opção para sete dias de dispensa. Duas horas por dia, em trinta dias de aviso, perfaziam 60 horas; 7 dias de 8 horas, por sua vez, somavam 56 horas. Troca equilibrada. Agora, com noventa dias de aviso, diminuir 2 horas por dia implica 180 horas a menos, o que há de ser observado na opção entre a redução de jornada e a supressão do trabalho, todos os dias da última etapa do aviso cumprido.

4 “A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inciso XXI, da CF/88 não é autoaplicável”.

Não se alteram, de outra face, os posicionamentos jurisprudenciais da Súmula nº 230⁵ do TST, que reconhece ilegal o pagamento de horas extras, em substituição à redução da jornada durante o aviso-prévio; e a Orientação Jurisprudencial nº 14 da SBDI-1⁶, que indica a data do vencimento da obrigação de pagar as rescisórias, na hipótese de ‘aviso cumprido em casa’, com os dez dias posteriores à dação da notícia.

8 – CONCOMITÂNCIA ENTRE A NOVA LEI E CLÁUSULAS CONVENCIONAIS

A promulgação da Lei do Aviso-Prévio Proporcional encontrará, por hipótese, vigentes, normas coletivas autônomas, tratando do mesmo assunto.

Caso a norma coletiva preexistente trate de fixar proporcionalidade do aviso-prévio com base no tempo do contrato, resolver-se-á a questão pela aplicação do princípio da norma mais benéfica, sem possibilidade de cumulação.

Veja-se, no entanto, que a cláusula normativa pode atribuir aviso-prévio maior aos trabalhadores com, por exemplo, maior idade. Neste caso, como os critérios não são excludentes, aplicam-se simultaneamente as regras da Lei nº 12.506/2012 e as do instrumento coletivo, sem que se fale em *bis in idem* ou excesso.

Registre-se, ainda, que a norma coletiva poderá modificar os critérios de cálculo do aviso-prévio proporcional, inclusive reduzindo a proporcionalidade instituída por lei, haja vista a hierarquia do Direito Material do Trabalho, que se organiza a partir do caráter mais benéfico das regras ao trabalhador. Plausível, pois, que determinada categoria aprove a concessão de cinco dias por ano.

9 – MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Remanescem, sem alteração, os posicionamentos da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, firmados na Súmula nº 305⁷, e nas Orientações Jurisprudenciais ns. 82⁸ e 83⁹ da Subseção de Dissídios Individuais nº 1.

5 É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso-prévio, pelo pagamento das horas correspondentes.

6 “Em caso de aviso-prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida”.

7 “O pagamento relativo ao período de aviso-prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS”.

8 “A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso-prévio, ainda que indenizado”.

9 “A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso-prévio. Art. 487, § 1º, da CLT”.

Qualquer que seja o tempo concedido para o aviso-prévio proporcional, sobre os correspondentes pagamentos, ainda que de forma indenizada, incidirá contribuição social (Súmula nº 305), na medida em que a ampliação do prazo não altera a natureza do título pago.

A data de baixa do contrato, como assentado pela jurisprudência anterior (OJ nº 82) deverá considerar o transcurso do período do aviso-prévio proporcional, assim como o termo inicial da contagem da prescrição bienal do art. 7º, XXXIX, da Constituição, coincidirá com o primeiro dia após o término do período do aviso.

10 – RELEVÂNCIA DO ASSUNTO

Pondere-se, à guisa de conclusão, que o tema tratado pela Lei nº 12.506/2012 encontra-se longe de ser irrelevante, ou de representar mera contagem burocrática do prazo do aviso-prévio.

A vedação da despedida arbitrária constitui rede de proteção composta pelo sistema do FGTS e sua “multa” de 40%, pela garantia prevista (e não regulamentada) pelo art. 7º, I, da Constituição e pelo aviso-prévio proporcional.

No que toca ao FGTS, a provisória disposição constitucional da ‘multa’ de 40% corresponde satisfatoriamente ao fim a que se destina. A antiga indenização decenal, como se recorda, importava, a partir de dez anos de contrato, indenização equivalente a dois salários por ano laborado, enquanto o sistema atual baixa tal proporção para um salário anual. A dupla vantagem, se é que se pode disto cogitar, reside na existência dos depósitos do valor principal, mês a mês, e na cobrança da indenização, ainda que o contrato seja inferior a dez anos.

A omissão legislativa, longe de tomar ares de raridade, no que toca ao art. 7º, I, está a merecer combate ferrenho da sociedade civil organizada, porque se trata de tema afeto à estabilização das relações sociais e à proteção da dignidade do homem trabalhador. Que se mova o Congresso, antes que o Supremo Tribunal Federal receba e acolha pedido em mandado de injunção.

Relativamente ao aviso-prévio proporcional, tomado com o um dos apoios desse importante tripé, importa extrair do instituto, sob esta perspectiva, a mais ampla efetividade e a mais larga abrangência. Tutelar o trabalho é assegurar a dignidade do cidadão. Sem isto, a coletividade passa cada vez mais longe da promessa constitucional de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

O CONCEITO DE TEMPO DE SOBREAVISO E AS TECNOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO

Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de Castro*

1 – INTRODUÇÃO

As inovações que a Terceira Revolução traz às tecnologias de informação e comunicação resulta em transformação dos conceitos de tempo e o espaço, pela destruição da coincidência entre ambos e da primazia de que gozava o espaço. A possibilidade das relações entre pessoas fisicamente distantes da interação face a face modifica esses elementos como base para a realização da atividade social.

Na esfera das relações de trabalho, e do sistema fordista-taylorista, o tempo tinha sentido central para a divisão de tarefas, as quais se realizavam no espaço unitário da fábrica. O sistema toyotista que surge com os meios tecnológicos interfere nesse modo, com a horizontalização da empresa e sua organização em rede, o que resulta em nova forma de trabalho, novas atribuições e habilidades do trabalhador e na mistura inextricável de tempo de trabalho e tempo livre. A percepção de tempo de trabalho é afetada nas novas relações trabalhistas em razão de que a regulamentação do tempo de trabalho vai além do sentido quantitativo passando a destacar seu sentido qualitativo.

Nesse quadro, o trabalho em domicílio ganha novo significado e, com ele, o trabalho a distância, realizado fora do ambiente da empresa, se intensifica pelo uso dos meios telemáticos e informatizados. Uma das formas mais destacadas do trabalho a distância corresponde ao teletrabalho, que implica o uso da tecnologia. O legislador tomou em conta as inovações tecnológicas para alterar o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo a equiparação dos meios telemáticos e informatizados aos meios pessoais e diretos, como formas de comando, controle e supervisão para os efeitos jurídicos da subordinação. Ora, as alterações que decorrem das novas tecnologias da informação e comunicação não se restringem à formação do contrato e reconhecimento do vínculo, pois

* Desembargadora Federal do Trabalho (TRT da 21ª Região); Mestre em Direito, Processo e Cidadania pela Unicap, Recife (PE).

se refletem em situações nas quais os telefones celulares e outros instrumentos portáteis de comunicação são de uso necessário ou habitual.

Com esses meios e o deslocamento do trabalho para diferentes lugares, a sede da empresa deixa de constituir o centro físico da execução do contrato. Também a presença física do trabalhador, no estabelecimento é uma exigência que arrefece, seja porque ele trabalha em domicílio, seja porque ele realiza trabalho externo, seja, ainda, porque na condição de terceirizado ele executa suas tarefas na empresa tomadora. Estabelece-se uma liberdade de locomoção ou liberdade espacial para o trabalhador, o que se reflete sobre o cumprimento de suas obrigações no tempo de sobreaviso. O uso dos telefones celulares e tecnologias portáteis permitem a liberdade física ainda que intensificando no seu sentido moral e intelectual, pois então, o trabalhador não se ocupa, preocupa-se e o coloca em permanente alerta, em qualquer lugar que esteja.

2 – AS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO: INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

O tempo e o espaço são referências de que se vale a cultura, desde a pré-modernidade, definindo-se o tempo segundo ocorrências do local, como as estações do ano. Essas referências foram transformadas pela modernidade com o esvaziamento do tempo que implicou o esvaziamento do espaço, destruindo a coincidência que entre ambos havia anteriormente. A descoberta da possibilidade das relações entre pessoas fisicamente distantes da interação face a face estabeleceu uma separação entre tempo e espaço, mas se operou a recombinação desses elementos para a realização da atividade social, com a introdução da noção de horário.

As referências de tempo e espaço estão consideradas nas relações de trabalho inauguradas sob o sistema capitalista. Assim, o dia foi dividido entre tempo de trabalho e tempo pessoal, o que se mostra bem preciso no refrão clássico “eight hours labour, eight hours recreation, eight hours rest” divulgado nos primeiros tempos da Revolução Industrial e que serviu de fundamento para as normas trabalhistas. Ao mesmo tempo, o espaço foi, crescentemente, concentrado na fábrica, com a redução do trabalho em domicílios, como praticado pelos artesãos.

O fordismo e o taylorismo fortaleceram essa noção, em que se separava vida privada e vida de trabalho, assim como no direito se distinguia entre direito público e direito privado. Ora, o processo de acumulação capitalista, na fábrica, com a divisão de tarefas, sincronia de movimentos, fixação de postos de trabalho

precisava da unidade e concentração dos trabalhadores em um mesmo local. Isso determinou o conceito predominante desse sistema de trabalho que veio a ser questionado e vem sendo substituído, há cerca de vinte anos, pelo sistema toyotista. Agora, a fábrica se horizontaliza, o trabalhador é multifuncional e se opera a compressão tempo e espaço. A isso se acrescenta a explicação dada por De Masi quanto à redução da fratura entre tempo de trabalho e tempo de vida, pois no trabalho intelectual, o pensamento prossegue fora do escritório e o trabalho é levado dentro da cabeça. Ou, como aduz Supiot, instala-se um tempo heterogêneo, que supera a oposição binária entre tempo de trabalho e tempo livre que se baseava em uma noção homogênea de tempo de trabalho. Há uma porosidade da fronteira entre tempo livre e tempo de trabalho¹, que se verifica no contrato ou na execução do contrato. Na execução, com as novas formas do trabalho em rede e informática, há uma mistura inextricável de tempo de trabalho e tempo livre, além de ocorrer o terceiro tipo de prática denominada, segundo o autor, de *astreintes*, em que o trabalhador não trabalha, mas está predisposto a fazê-lo ao atender à requisição de seu empregador. É um tempo que não é livre, nem é tempo de trabalho².

A terceira Revolução Industrial se baseia na automação com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação o que para Toffler corresponde a uma nova fase que denomina de terceira onda. Giddens afirma que as tecnologias da comunicação representam e condicionam o sentimento de viver num só mundo, que é fundamental na globalização. Assim, as novas tecnologias possibilitam novas formas de trabalho e uma nova organização para a empresa, cujos trabalhadores podem estar, ou não, no ambiente de trabalho. A fábrica que se horizontalizara, distribuindo suas atividades por meio da terceirização e da subcontratação, introduz mais uma técnica administrativa, com o teletrabalho, parcial ou total.

Esses métodos administrativos conjugados às inovações tecnológicas têm intensa repercussão nas relações de trabalho. A percepção do tempo de trabalho é afetada nas novas relações trabalhistas, pois o tempo fordista dava uma medida geral do trabalho e possibilitava uma regulamentação genérica, que era por sua vez adequada, todavia, ao quadro de produção em massa e à grande fábrica. Assinala Supiot que, na configuração atual do trabalho, não pode haver uma regulamentação do tempo de trabalho com estrito sentido quantitativo:

1 SUPIOT, Alain. *Au delà de l'emploi*. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Paris: Flammarion, 1999. p. 120.

2 “C'est un temps d'un troisième type, un temps d'astreinte, comparable aux 'gardes' assurés par certaines professions libérales (médecins, pharmaciens, infirmières), et dont la qualification et le régime juridique restent à définir en droit du travail”. Id. Ib. p. 123

uma regulamentação deve ir além para considerar o sentido qualitativo, sob o risco de encobrir a diversidade dos modos de trabalho, cujas peculiaridades convocam novas proteções.

3 – O TRABALHO A DISTÂNCIA E OS MEIOS TELEMÁTICOS E INFORMATIZADOS

O trabalho a distância é o que se realiza fora do ambiente da empresa e das vistas ou controle direto e imediato do empregador. Com o desenvolvimento das novas tecnologias e sua utilização na execução do trabalho, surgiu o teletrabalho, que é realizado com o aparato tecnológico e se destacou por sua crescente adoção nas relações de produção. As discussões sobre sua implementação surgidas com a renovação da anterior modalidade trazem para o centro da cena o trabalho a domicílio que ficou suplantado no modelo fordista de produção.

Todavia, o trabalho a distância não se constitui em nova modalidade. Já havia o trabalho em domicílio, previsto nos arts. 6º e 83 da CLT, além do trabalho externo, ou do trabalho de vendedores praticistas como categoria especial, incluindo-se mais o trabalho fora do centro de produção com o uso de instrumentos tradicionais, como telefone, bip, rádio. Trata-se, portanto, de uma forma antiga, que se renova e amplia e na qual o teletrabalho, surgido nos dias atuais, está incluído como nova espécie.

O Código do Trabalho de Portugal, o primeiro a regular o teletrabalho, fornece no art. 233º a noção de que é “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

Pela relevância que tem sido dada a essa modalidade, à qual falta normatização no Brasil, o tema é objeto do Projeto de Lei nº 4.505/08³, do Deputado Luiz Paulo Vellozo Lucas, propondo a regulamentação do trabalho a distância, com a conceituação e disciplina das relações de teletrabalho. A definição ali formulada diz que o teletrabalho corresponde a todas as formas de trabalho desenvolvidas sob controle de um empregador ou para um cliente, por um empregado ou trabalhador autônomo de forma regular e por uma cota superior a quarenta por cento do tempo de trabalho em um ou mais lugares diversos do local de trabalho regular, sendo utilizadas para realização das atividades laborativas tecnologias informáticas e de telecomunicações. Assim, amplia-se

3 Disponível em: <www.camara.gov.br> Acesso em: 05.03.2012 às 17h 18min.

a espécie, com a inserção dessa forma que decorre das novas tecnologias, as quais surpreendem o mundo do trabalho e exigem seu enquadramento, nele.

Focalizando a natureza do vínculo, que é um dos temas debatidos em torno do teletrabalho, a Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos, ficando expresso que uns e outros se equivalem como formas de comando, controle e supervisão. Ao fazê-lo, abriu caminho para o reconhecimento jurídico da relação de emprego e sua regulação no teletrabalho. Todavia, essa norma não é restrita a esse aspecto, porquanto as alterações que as novas tecnologias da informação e comunicação introduziram na prestação de serviços subordinados ou não, e no trabalho a distância são múltiplas e envolvem os aspectos que tocam às relações gerais. O cotidiano mudou com as novas tecnologias e o trabalho perdeu sua referência a um local fixo e determinado, havendo uma transformação do processo de trabalho. Ademais, ela vai além da forma de trabalhar para os trabalhadores do conhecimento e alcança outras situações, como resultado da compressão do tempo e espaço que também ocorre com os telefones celulares e outros instrumentos portáteis de comunicação.

4 – OS DESLOCAMENTOS E O USO DO TELEFONE CELULAR

O uso das novas tecnologias na chamada economia de atenção, nas palavras de Herrera Flores⁴ traz consigo uma dilargação do tempo de trabalho pois possibilita ao empregador intensificar a demanda do serviço, estimula o empregado a prosseguir sua tarefa além do limite da jornada e fragiliza os limites entre tempo de trabalho e tempo social, dedicado pelo empregado ao seu bem-estar, à sua família, ao seu lazer e ao seu repouso.

Por isso, fala-se no direito à desconexão, para estabelecer a ruptura entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso ou lazer. Esse direito consiste em assegurar ao trabalhador não ficar sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do empregador, no período destinado ao descanso diário, semanal ou anual, desligando o equipamento de conexão.

Esse direito que foi configurado em razão do teletrabalho e das novas tecnologias, como *BlackBerry*, celular, *pager*, *palmtop*, é aplicável a todas as

4 “En las últimas décadas hemos ido pasando de la economía productiva (en la que el trabajador deseaba el toque de la sirena que anunciaba el fin del horario laboral y el inicio de los momentos de ocio y creatividad) a una *economía de atención* (en la que las propias facultades cognitivas del trabajador y de la trabajadora pasan a formar parte del discurso económico)”. Herrera Flores apud OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. (o) *Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 117.

situações em que a condição de trabalho envolva o uso desses equipamentos. Assim, ele se expande à situação dos trabalhadores externos, bem como dos exercentes de cargos de gestão.

Como o trabalho pode ser executado nos lugares mais diversos, mediante os sistemas de telecomunicações e informática, reduz-se a importância da antiga e exclusiva noção de empresa como espaço físico. Com as novas tecnologias, estende-se o local de trabalho, no sentido da legislação trabalhista, ao mesmo tempo em que, como se sabe, a nova conformação econômica tornou o conteúdo espacial e a ligação a um território nacional específico ultrapassado. A empresa ocupa todos os lugares, mas pode, até mesmo e em algumas situações, não se materializar em lugar algum.

Com essa nova ordem, modifica-se também a subordinação que já não é mais apenas direta e imediata. Segundo a análise de Robortella⁵, o avanço das telecomunicações, via telefone celular ou telefax, institui uma *telessubordinação* que não se compara ao trabalho a domicílio do início da industrialização, pois os modernos equipamentos permitem a conexão permanente do trabalhador à empresa.

Discorrendo sobre as novas tecnologias e o Direito do Trabalho, Ray alude ao terceiro tipo de trabalho, que denomina *astreintes* e comenta que, em razão das novas técnicas de comunicação, este tempo se banalizou pois, enquanto anteriormente a presença física, no trabalho e depois em casa era necessária, o uso dos telefones celulares, as tecnologias portáteis permitem a liberdade do trabalhador⁶. Ambivalente, o telefone celular dá ao trabalhador a liberdade física, mas intensifica sua subordinação com a possibilidade de seu chamamento em qualquer hora e em qualquer lugar. Como já se disse, no sobreaviso, o trabalhador não se ocupa, preocupa-se. O celular o torna disponível para as chamadas do empregador e para as contingências do trabalho e o mantém alerta para atendê-las tão logo seja solicitado.

5 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 146.

6 “Grâce aux nouvelles techniques de la communication, ce temps du troisième type s’est banalisé depuis une trentaine d’années; alors qu’auparavant la présence physique dans l’usine puis à la maison près du téléphone à fil était requise, les performances actuelles des portables (qui sonnent, mais aussi vibrent pour le cinéma ou l’Opéra) permettent de vaque presque librement à des occupations personnelles (...) tout en restant par définition à disposition de l’employeur. Devenues moins astreignantes, y compris dans la réponse à apporter à l’éventuel appel, les astreintes se sont démocratisées et sont sorties du cadre légitime et habituel de la santé (ex.: médecins de garde) ou de la sécurité (ex.: ascenseurs)”. RAY, Jean-Emmanuel. *Le Droit du Travail à l’épreuve des NTIC*: Internet. Intranet. Télétravail. 2. ed. Paris, Liaisons, 2001. p. 42.

5. UMA NOVA VISÃO DO TEMPO DE SOBREAVISO

A Consolidação das Leis do Trabalho enuncia o conceito de sobreaviso que foi elaborado para a categoria dos ferroviários, e figura nas normas destas categorias sendo explicitado no art. 244, § 2º, desse Código⁷.

Para Delgado, esse tempo constitui um critério especial de cômputo da jornada, e averba que se trata de uma noção intermediária entre tempo laboral e tempo extracontratual, em que o trabalhador tem sua disponibilidade pessoal relativamente restringida, uma vez que permanece em sua residência.

Instaura-se debate sobre o tratamento jurídico desse tempo, diante da inovação tecnológica que permite a comunicação instantânea em qualquer lugar, viabilizando a assunção imediata do serviço pelo empregado. Ambas as posições giram em torno da liberdade pessoal do trabalhador. Em favor do reconhecimento do tempo de sobreaviso, é argumentado que ocorre uma colocação automática do trabalhador em relativa disponibilidade perante o empregador, contingenciando sua liberdade. Em contrário, é sustentado que a exigibilidade da permanência do trabalhador em casa foi suplantada pelo avanço tecnológico, permitindo o livre deslocamento, desde que respeitada certa distância geografia, não havendo significativo contingenciamento de sua disponibilidade pessoal⁸.

O tema está versado na jurisprudência, com foro sumulado, no Verbete nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho, editado em 2011, em conversão da anterior Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1, de 1995, que se referia ao uso de “BIP”⁹.

Assinala Delgado que a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação, como os telefones celulares, configura uma nova situação para o tempo de sobreaviso. Também Oliveira manifesta o entendimento de que configuram sobreaviso, as situações em que é exigida pelo tomador de serviços a manutenção pelo empregado, teletrabalhador ou não, de possibilidade de ser contactado por meio de instrumentos de telemática, informática ou telecomunicações, tem-se uma circunstância em que não há

7 Art. 224, § 2º “Considera-se de ‘sobreaviso’ o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de ‘sobreaviso’ será, no máximo de vinte e quatro horas. As horas de ‘sobreaviso’, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal”.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 846-847

9 Súmula nº 428 – TST – Res. 17/2011. Sobreaviso – Uso de Aparelho de Intercomunicação – Convocação para o Serviço. O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

integral disponibilidade pelo trabalhador de sua liberdade, ante a limitação ao deslocamento para qualquer local que lhe aprouver, além da expectativa pelo potencial chamado o que atinge a tranquilidade do seu estado de ânimo para fruição do repouso.

A atribuição, na norma do art. 6º da CLT, de efeitos jurídicos à subordinação exercida pelo empregador com os meios telemáticos implica a atualização do conceito de tempo de sobreaviso e a superação da exigência de o empregado permanecer em sua própria casa, fazendo sobressair a finalidade de aguardo a qualquer momento de chamado para o serviço. É esta disponibilidade que se torna o cerne da norma, com o deslocamento do seu sentido em consonância aos meios atuais de comando e controle do trabalho. A existência do trabalho a distância, que vai além do trabalho em domicílio tradicional abrangendo o que se realiza por meio de processos tecnológicos ao ser reconhecida, tendo regulação específica, se repete para o tempo de sobreaviso, segundo a regra de submissão das mesmas coisas à mesma razão e disciplina. Trata-se da teledisponibilidade, em que se encontram os trabalhadores submetidos à exigência de responder à chamada da empresa e trabalhar em razão dele.

Com a equiparação legal entre o trabalho no estabelecimento patronal, no domicílio do empregado e o realizado a distância, com meios telemáticos e informatizados, houve o reconhecimento dos efeitos que as novas tecnologias produzem nas relações contratuais trabalhistas. Essa norma imanta situações do mesmo caráter e tem como consequência a inclusão do tempo de sobreaviso em seu âmbito. A residência não é mais o referencial exclusivo para o chamado do empregado em sobreaviso para a realização do serviço porque sua disponibilidade segue com ele em qualquer lugar em que esteja. Trata-se da colocação sob nova forma, de questões reguladas em um contexto antigo.

No sobreaviso, o empregado tem uma relativa impossibilidade de escolha de atividade da vida cotidiana; essa limitação ocorre porque é necessário que ele possa receber e atender com presteza ao chamado para o trabalho, ativando-se a partir de então. A permanência em casa é um dado instrumental que tem como escopo facilitar a localização do empregado e se destina a assegurar o exercício do poder diretivo pelo empregador ao fazer o chamado do empregado e dele receber pronto atendimento para cumprimento da ordem e realização da tarefa atribuída. Com a tecnologia do celular, a restrição à liberdade do trabalhador não incide sobre o lugar, mas sobre o tempo e espaço no qual ocorrerá o conhecimento e deslocamento do empregado. Pode-se supor a hipótese de o empregado que more em um bairro afastado, mas, na hora do chamado, esteja em um local próximo daquele da empresa ou da execução do serviço: nessa

contingência espacial de sua ausência de casa, ele pode comparecer mais rapidamente ao local de trabalho ou do serviço.

A restrição passa a incidir sobre seu comportamento, suas escolhas de deslocamento, ora com a delimitação do espaço geográfico em que possa fazê-lo, ora com limitação à forma de lazer de que possa se ocupar, sua participação em festas, sua assistência a *shows*. Ademais disso, surge um dever de conexão: oposto ao direito à desconexão, que visa à proteção da intimidade do empregado nos horários de repouso, no dever de conexão, o empregado em sobreaviso está obrigado a manter o equipamento de comunicação ligado e apto a receber ligações e mensagens e à sua interação com o interlocutor.

6 – CONCLUSÕES

1. As inovações tecnológicas surgidas na modernidade transformam o tempo e o espaço em seu sentido nas relações sociais. Ao criarem a possibilidade de estabelecimento de relações entre pessoas fisicamente distantes da interação face a face, o sentido da subordinação foi modificado, para deixar de depender da presença física do trabalhador.

Agora, a fábrica se horizontaliza, o trabalhador é multifuncional e se opera a compressão tempo e espaço. Isso faz sobrepor ao sentido quantitativo do trabalho o seu sentido qualitativo, no qual se encontra a diversidade dos modos de trabalhar.

2. O trabalho a distância, que se realiza fora do ambiente da empresa e das vistas ou controle direto e imediato do empregador, apesar de não ser uma nova modalidade de trabalho, assume nova perspectiva com o trabalho em domicílio e o trabalho externo.

3. No direito brasileiro, houve a revisão do conceito de local de trabalho, com a alteração do art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, e equiparação dos efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos, estabelecida a equivalência entre uns e outros como formas de comando, controle e supervisão.

4. A mudança nas relações de produção por força das novas tecnologias também significou a redução da referência do trabalho à sua prestação em local fixo e determinado, o que se destaca pela intensa utilização dos telefones celulares e outros instrumentos portáteis de comunicação.

DOCTRINA

5. O uso das novas tecnologias na chamada economia de atenção, porque possibilita ao empregador a intensificação do ritmo de trabalho e leva o empregado a trabalhar além do limite da jornada, ao mesmo tempo em que afeta o tempo social, dedicado pelo empregado ao seu bem-estar, à sua família, ao seu lazer e ao seu repouso, assegura ao empregado o direito à desconexão para preservação desse tempo de modo a que ele não submerja no tempo de trabalho.

6. Com as novas técnicas de comunicação, a exigência da presença física do trabalhador, na empresa durante a jornada, ou em casa quando em sobreaviso deixa de ser imperativa pois pode ser substituída eficazmente, pela atividade intelectual e o uso dos telefones celulares e tecnologias portáteis.

7. Ocorre a liberdade do trabalhador do espaço físico ponderada pela possibilidade de seu chamamento em qualquer hora e em qualquer lugar, mediante o esforço de atenção e o dever de conexão no período de sobreaviso.

8. O conceito de sobreaviso elaborado segundo os mecanismos da época para a convocação imediata do empregado para o serviço especial e contingente está superado pela inovação tecnológica de comunicação instantânea em qualquer lugar.

A Súmula nº 428 do Tribunal Superior do Trabalho foi editada em 2011 em conversão da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-I, e expressa entendimento anterior à atribuição, na nova norma do art. 6º da CLT, de efeitos jurídicos ao uso dos meios telemáticos. Com a nova norma são reconhecidos como locais de trabalho o estabelecimento do empregador, o domicílio do empregado e o realizado em lugares diversos, a distância, em razão do uso das novas tecnologias, diretriz a informar um novo conceito de tempo de sobreaviso com a superação da exigência da constrição da liberdade física do empregado com sua permanência na própria casa, para substituir pela constrição de liberdade de atividade e lazer, com intensificação da disponibilidade.

A residência não é mais o referencial exclusivo para o chamado do empregado em sobreaviso para a realização do serviço porque sua disponibilidade segue com ele em qualquer lugar em que esteja. Trata-se da colocação sob nova forma, de questões reguladas em um contexto antigo.

REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. Tradução de Fernando Luiz Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras: Celta, 1996.

DOUTRINA

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. 2. ed. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *(o) Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo, n. 64-05, maio 2000, p. 583-587.

PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei nº 99/2003 de 27 de Agosto. Disponível em: <www.web-emprego.com>. Acesso em: 5 mar. 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

RAY, Jean-Emmanuel. *Le Droit du Travail à l'épreuve des NTIC*: Internet. Intranet. Télétravail. 2. ed. Paris: Liaisons, 2001.

REDINHA, Maria Regina. *Teletrabalho*. Disponível em: <www.unicz.it/lavoro/REDINHA>. Acesso em: 6 mar. 2012.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

SUPIOT, Alain. *Au delà de l'emploi*. Transformations du travail et devenir du droit du travail em Europe. Paris: Flammarion, 1999.

A RESSIGNIFICAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

Murilo C. S. Oliveira*

1 – INTRODUÇÃO

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

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

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

* *Juiz do Trabalho na Bahia; Especialista e Mestre em Direito pela UFBA; Doutor em Direito pela UFPR; Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.*

partes nestas novas relações de trabalho persiste, ensejando a necessidade de um tratamento diferenciado e protetivo.

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

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

Com efeito, este artigo apresenta uma síntese da tese de doutoramento¹ que resgata o critério da dependência econômica numa perspectiva mais aprofundada da ideia de trabalho assalariado. Vale lembrar que a dependência econômica é uma ideia antiga, cuja aplicação foi recusada apenas por “razões doutrinárias”, até porque o texto legal (“sob dependência”) mais se aproxima semanticamente da dependência econômica do que da subordinação jurídica. No entanto, a noção antiga de dependência econômica, considerada aqui “epidérmica”, não atende, da mesma forma, às expectativas contemporâneas.

2 – ROMPENDO COM A SUBORDINAÇÃO DISTINTIVA

No bojo do pós-fordismo e da crise do Direito do Trabalho², novos e velhos problemas são colocados para a subordinação jurídica. Percebe-se que

1 Tese de doutorado defendida pelo autor em 29.07.2011 na Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Dra. Aldacy Racid Coutinho, intitulada: “A (re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista”.

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

a marca da sujeição hierárquica do trabalhador foi atenuada ou diluída pelas dinâmicas de gestão do trabalho mais flexíveis, tornando mais difícil – pelo olhar tradicional – visualizar o mesmo assalariado, por força dos seus novos epítetos, como o (antigo) empregado. O novo do modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado, valendo-se de categorias e contratos de parceria, colaboração, autonomia, entre outros.

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

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

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

Na atualidade pós-fordista, as formas atípicas de trabalho – novas formas – são o sintoma maior da crise da subordinação. Um dos traços marcantes deste pós-fordismo que mais contribuiu para a formação destas situações atípicas é precisamente a tônica de colaboração e autonomia. Com as potencialidades de

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

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

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

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

conduzem a criar novas modalidades de contratação, inclusive sob a lógica de colaboração e autonomia.

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

Antes mesmo das formas novas e das dinâmicas de autonomia, a concepção clássica da subordinação jurídica era, numa perspectiva crítica, incapaz de justificar situações distintas do tradicional trabalho operário-fábril. A subordinação clássica sempre teve dificuldades de abranger o trabalho intelectual ou especializado tecnicamente, tendo que, para estes tipos de trabalhadores, ser reformulada para uma subordinação “externa” e “tênue”³. Nestas situações, é preciso considerar a subordinação por “indícios externos”, tal como respeito a horário de trabalho e necessidade de comparecimento na empresa (BARASSI, 1953, p. 411). No mesmo sentido, a noção clássica de subordinação não explica satisfatoriamente o trabalho a domicílio, inclusive porque, nestes casos, sequer pode valer-se da ideia de subordinação externa, pois não controla nem o tempo e nem o local da prestação dos serviços.

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

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

não se restringe ao trabalho dependente, o que demonstra que a subordinação não é algo exclusivo da relação de emprego.

Nestes termos, se a condição originária do Direito Laboral foi a proteção aos trabalhadores economicamente fracos e se a atual crise limita esta proteção ao contingente diminuto de pessoas, a perspectiva futura do Direito do Trabalho – caso queira permanecer com sua ontologia – é ampliar sua proteção para os demais hipossuficientes. Para tanto, é imprescindível superar a concepção de subordinação como sujeição hierárquica. Noutro sentido, as concepções renovadas de subordinação objetiva⁴ têm seus méritos, especialmente seu esforço de corrigir uma redução conceitual indevidamente realizada pela doutrina ao contentar-se com uma forte hierarquia. Todavia, continuam considerando uma consequência do fenômeno – a direção ampla subjacente à integração – como o próprio fenômeno do trabalho dependente.

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

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

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

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

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

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

Pela sua gênese positivista⁵ e pela sua natureza de consequência possível, é urgente retirar do critério da subordinação jurídica o protagonismo da definição da relação de emprego. Ainda no aprofundamento destas questões, averigua-se que é infundada a caracterização do Direito do Trabalho como a regulação fordista do trabalho assalariado. Isto é, o Direito do Trabalho se constitui como o marco regulatório do trabalho assalariado na sociedade capitalista e não como a correspondência jurídica da dinâmica organizativa do fordismo. Com efeito, o instituto juslaboral impregnado de fordismo – e, no caso brasileiro, de positivismo – foi o critério da subordinação jurídica. O Direito do Trabalho não é, portanto, um produto do fordismo, nem sob o aspecto cronológico, nem sobre o aspecto ontológico, embora se possa qualificar a noção clássica de subordinação jurídica como um conceito jurídico delimitado pela realidade fordista. Assim, a opção pela subordinação jurídica, na sua acepção clássica, representou uma guinada reducionista do campo de incidência do Direito do Trabalho, a qual, indevidamente, limitou o conceito de dependência à situação de sujeição hierárquica. Disto, há que se perceber a subordinação jurídica não capta a noção integral de assalariamento, mas apenas as consequências deste fenômeno.

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

3 – ENTENDENDO O TRABALHO ASSALARIADO

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

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

No entanto, a estruturação social capitalista, notadamente a divisão da propriedade, não permitiu que os trabalhadores fossem os titulares do resultado do seu labor, como deveria ocorrer pela ideia de John Locke. Descontados as despesas com os meios de produção (matéria-prima, instalações e instrumentos), a criação de riqueza se expressa na diferença entre o valor criado pela força de trabalho (produto apropriado pelo capitalista) e a remuneração paga a mesma força de trabalho. Isto porque o salário, em essência, não pode corresponder ao total do valor criado pelo trabalho, sob pena de não ser salário, mas uma retribuição integral do trabalho agregado, tal como numa legítima sociedade. Adam Smith já tinha percebido que o produto do trabalho não é somente do trabalhador. “(...) todo o produto do trabalho nem sempre pertence ao trabalhador. Ele deve, na maioria dos casos, dividi-lo com o proprietário do estoque, que o emprega” (SMITH, 2010, p. 44).

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

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

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

Com isso, a situação objetiva de trabalhar para outrem já significa a subordinação formal deste que trabalha em favor daquele que recebe o trabalho. Esta subordinação cinge-se ao manifesto controle do tomador do serviço, através não da direção técnica, mas sim da detenção da propriedade dos meios de produzir. Nestas circunstâncias, o direito de propriedade na circulação capi-

talista empreende o papel de sonegar qualquer propriedade oriunda do trabalho para aquele que não é previamente proprietário, como o trabalhador. Portanto, o assalariado se caracteriza pela constante necessidade e dependência, pois somente possui sua força de trabalho. A coação ao trabalho se faz pela miséria e pela necessidade de obter meios para a sobrevivência⁶, embora esta condição de dependente esteja camuflada pela formatação jurídica de liberdade contratual oriunda de individualismo e formalismo jurídicos iluministas. Como reforço a esta dependência estrutural, visualiza-se, ainda, a situação dos desempregados que formam um exército industrial de reserva, o qual reitera a disputa pela condição de vendedor de força de trabalho.

A questão central do modelo capitalista é, portanto, o monopólio por uma classe social dos meios de produção, impelindo a classe não proprietária a vender sua força de trabalho, inclusive com cessão de trabalho excedente. Diferentemente dos modos de produção anteriores – que se pautavam em trabalho forçado (escravo, corveia, etc.) através da atuação do poder do Estado –, o capitalismo construiu um modelo de trabalho formalmente livre, mas que, pela não detenção dos meios de produção, realiza-se como trabalho socialmente imposto. Se a coação era baseada na Lei, agora ela ocorre pela própria estrutura social e, assim, de modo invisível.

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

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

A produção dessa riqueza tem observado a lógica da intensificação do processo de trabalho, sendo esta a tônica do capitalismo⁷, ora pela extensão da jornada de trabalho, ora pelo aumento de produtividade oriundo das inovações técnicas e da divisão do trabalho, ou mesmo pela conjunção de ambas. Para obter mais produtividade no mesmo tempo, é necessária a intensificação do trabalho (obtenção de maior eficácia), seja pelo aumento da velocidade da máquina, seja pela cumulação da operação de máquinas para um único empregado, seja pela maior disciplina e controle para eliminar os “poros da jornada”.

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

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

No Brasil, o assalariamento segue esta estrutura geral, com o tempero próprio da historicidade e política latino-americana. De início, a formação do mercado de trabalho brasileiro foi caracterizada por políticas e mecanismos legais de coação para a condição de assalariado. Com destaque, teve-se a não

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

inclusão dos ex-escravos e o aprisionamento das terras, além do aprisionamento “contratual” dos imigrantes. Estas circunstâncias históricas engendram, também nas terras brasileiras, uma estrutural dependência daqueles não proprietários para com os proprietários daqui. Ou seja, o ponto de partida dos assalariados brasileiros foi justamente a construção política-social do desposuimento da maioria, forjando necessária venda da mão de obra como condição de sobrevivência dos trabalhadores.

Por isso, a liberdade de trabalho somente reside nos planos dos discursos, inclusive porque sequer foi albergada nas ordens jurídicas anteriores à CLT, vide o exemplo do trabalho do imigrante da Lei nº 108/1837. A pseudoliberalidade também inscreveu suas marcas neste país como o efeito palpável da retórica política e jurídica de trabalho livre, quando a necessidade destes despossuídos corroía totalmente a livre opção de trabalhar. O desposuimento do obreiro brasileiro é a marca forte do capitalismo local. Como garantia do reforço desta imposição da venda da força de trabalho, o mercado de trabalho local ainda se vale dos expedientes do exército industrial de reserva (desemprego) e da persistente informalidade. A dependência aqui se revela intensa e viciadora da vontade do trabalhador, inclusive ocultada numa legislação pensada e operacionalizada pelo positivismo.

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

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

o positivismo e seu afã puritano reduz, intencionalmente, esta dependência à subordinação jurídica.

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

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

4 – O RETORNO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

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

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

(*il lavoro parasubordinato*); na Alemanha designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (*arbeitnehmerähnliche persone*)⁸, pois são prestadores de serviço economicamente dependentes (*tarifsvertragsgesetz*), também intitulados quase-trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados.

No espectro da Organização Internacional do Trabalho – OIT, discute-se o problema do conceito de empregado e o seu campo de destinatários. No debate da 91ª Reunião da OIT em 2003⁹, enfrentou-se a questão do “ámbito de la relación de trabajo” e, por consequência, as situações de “trabajo encubiertas o ambiguas”. No relatório do debate, afirma-se que “La dependencia económica, es cierto, no entraña subordinación en todos los casos, pero puede ser un criterio útil para determinar si un trabajador es un asalariado y no un empleado por cuenta propia” (OIT, 2010, p. 31-32).

No Brasil, Arion Sayão Romita, o mesmo autor que introduziu no país o conceito de subordinação objetiva, já sinaliza para a retomada da dependência econômica, afirmando que o atual contexto “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado” (ROMITA, 2004, p. 1.287).

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

A oferta de trabalho, na forma de assalariamento capitalista, resulta em exploração da própria pessoa, porque se manifesta como apropriação alheia do trabalho daquela. Perante as situações de excessiva exploração do trabalho

8 O “assemelhado ao empregado” do direito alemão é mais um exemplo do retorno à dependência econômica. “Impressiva, em tais prestadores-colaboradores, é a marca da dependência econômica que os acaba por conduzir a uma situação fática de equivalente à relação de emprego, o que é enfaticamente ressaltado por Wollenschläger, quando define o assemelhado como aquele que frequentemente se encontra em situação de carência econômica tal qual o empregado tutelado” (VILHENA, 2005, p. 545-546).

9 Na mesma trilha, a Recomendação nº 198 da OIT afirma o objetivo de tornar claras as definições em cada legislação nacional dos critérios de reconhecimento do vínculo de emprego, visando assegurar a proteção legal contra situações de trabalho “encubierto”.

humano, a ontologia juslaboral foi criada almejando combater a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do Direito do Trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais, embora persista sua função geral de legitimar esta exploração capitalista.

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

Noutro sentido, a dependência econômica é, de igual modo, o fundamento da expansão do Direito do Trabalho. Na busca pela proteção dos sujeitos em debilidade econômica, o Direito do Trabalho empreende um histórico de recorrente alargamento do campo dos seus destinatários. Rememore-se que a intervenção protetiva da legislação trabalhista iniciou-se exclusivamente para as “meias forças” – mulheres e crianças –, embora adstrita ao fundamento geral de integridade física, garantida por meio da limitação da jornada. Adiante, afirmou-se como sistema protetivo para os operários fabris, baseando-se não mais em poder de polícia, mas agora considerado como um direito social: o Direito do Trabalho. Ultrapassa a fronteira da fábrica ao estender esta proteção aos empregados do comércio em geral, inclusive abrangendo sujeitos economicamente médios como os alto-empregados e gerentes. Transcende o trabalho manual em direção ao trabalho intelectual. Chega à residência familiar protegendo os domésticos e ao campo tutelando os rurícolas e, ainda, afirma-se como tuitivo mesmo para o trabalho fora da fábrica, aquele praticado no domicílio obreiro.

Todo o fundamento do princípio da proteção trabalhista e, igualmente, do princípio da irrenunciabilidade é a debilidade econômica frente ao empregador, e não a subordinação jurídica. Ademais, a própria legitimação ontológica da subordinação jurídica se dava pelo paralelismo do seu conceito com o de dependência econômica, ou seja, pela existência conjunta com esta última

noção. Da história e da ontologia, confirma-se que a tutela do trabalho sempre foi legitimada socialmente pela condição hipossuficiente do trabalhador. E a medida desta hipossuficiência – de quem trabalhar para outrem – é justamente a dependência econômica. É a razão histórica e ontológica que justifica e legitima o modelo de proteção do Direito do Trabalho em favor daquele sujeito não proprietário que vende sua força de trabalho, pela sua prévia condição de dependente econômico.

5 – ULTRAPASSANDO A CLÁSSICA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

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

Um outro autor francês, Alexandre Zinguerévitch, formulou um conceito mais amplo de contrato de trabalho, a partir dos traços mais gerais da dependência econômica, enfocando especialmente a questão da privação da liberdade econômica. Zinguerévitch pretendia defender uma noção ampla de contrato de trabalho a partir dos critérios gerais da OIT, em especial o princípio diretor de que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, quebrando ou limitando juridicamente o “livre jogo” da Lei de Oferta e Procura de Mão de Obra no Mercado de Trabalho.

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

nação jurídica. Cabe notar que o próprio Paul Cuche referia-se à dependência econômica como um critério adicional à subordinação jurídica.

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

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

Arelada à aparência primária da dependência econômica, a doutrina juslaboral teceu diversas críticas a este critério, concluindo pela sua imprestabilidade. A primeira negativa à dependência econômica provém do seu caráter extrajurídico¹⁰, que corresponde a um demérito, pois o conceito não foi formulado nos precisos e completos marcos conceituais do Direito. Além do equívoco epistemológico advindo do positivismo que sustenta esta crítica à extrajuridicidade, há uma pretensão subliminar de completude do sistema jurídico que, assim, não pode admitir critérios que não sejam autossuficientes no próprio Direito.

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

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

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

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

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

Todas as críticas acima foram responsáveis para a rejeição do critério da dependência econômica como nota distintiva da relação empregatícia. Embora seja pacífico que a dependência é a causa, urge, portanto, transpor esta visão epidérmica, para começar a entender com profundidade interdisciplinar a noção de trabalho dependente.

6 – REFAZENDO A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO DEPENDENTE

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

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

O fundamento central da relação de trabalho é a propriedade, precisamente porque o caráter singular desta relação é o intercâmbio entre proprietários e não proprietários. Entretanto, essa questão é ocultada no Direito do Trabalho. A ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e naturalizadora desta relação entre proprietário e não pro-

prietário¹¹. O contrato de trabalho aparece, então, como o momento jurídico de legitimação da subordinação, embora antes mesmo de contratar, o trabalhador já é dependente por não ser proprietário.

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

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

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

Conjuntamente com o poder do capitalista baseado em sua propriedade, o assalariado é o sujeito privado de real liberdade. O capitalismo dissocia os fatores de produção (capital *versus* trabalho) e, conseqüentemente, sempre

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

força o trabalhador a vender seu trabalho, salvo quando o trabalhador é titular do capital, situação em que ele já é o próprio capital. O capital afasta inicialmente o trabalho dos meios de produção, mas simultaneamente força a venda de trabalho como condição de sobrevivência.

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

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

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

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

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

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

Percebendo a dependência como prévia, estrutural e distinta de pobreza, cumpre firmar sua delimitação conceitual não mais pelas consequências do fenômeno do trabalho assalariado – como fez parcialmente a teoria da subordinação jurídica. Sabe-se que as definições construídas sobre as consequências dos fenômenos tendem a não captar a sua inteireza, como também a se esvaziar quando o mesmo fenômeno alterna seus efeitos. São estes os exemplos dos diversos critérios que atuaram como notas distintivas do Direito do Trabalho, eis que todos captavam apenas uma consequência parcial do assalariamento e

logo se tornavam inadequados. A dependência técnica não se adéqua ao empregado com domínio técnico, a sujeição hierárquica não combina com o trabalho intelectual, a vigilância e fiscalização têm dificuldades de materialização no trabalho a domicílio, a pobreza individual não explica a ocorrência de altos e médios assalariados e, por fim, a integração à empresa comporta, além dos assalariados, os autônomos. Em todos estes casos, a ênfase foi na consequência e não na causa.

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

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

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

A condição de dono não propicia a atuação como chefe emissor de ordens e fiscalizador, até porque este papel é cotidianamente atribuído aos seus capatazes. O dono cria e organiza, delega a direção aos altos empregados, mas, sempre, é o proprietário da riqueza gerada pela força de trabalho que comprou.

É este o comando geral inerente a qualquer titular de empresa, sendo o modelo fordista apenas uma possibilidade dentre muitas, a exemplo das pós-fordistas, de dirigir a atividade da empresa.

A par disto, o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “depende”. O verbo “depende” – ação daquele que é dependente – deve privilegiar a semântica de “pertencer”, “estar contido” e “fazer parte” em detrimento da subordinação advinda do “estar sujeito” ou carecer economicamente (HOU-AISS, 2009, p. 616). O empregado é dependente porque sua força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado.

A demarcação da dependência foi feita, até aqui, sem adjetivos, numa concepção generalizante. Todavia, é preciso fazer uma opção de recorte desta ampla delimitação visando enfatizar seu aspecto preponderante. A ênfase no aspecto econômico consiste no realce da força e do poder da propriedade. Fala-se em “econômica” para sempre lembrar que a causa e a continuidade do estado de dependente advém da apropriação alheia do trabalho, ocorrida em nome da propriedade.

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

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

Da mesma forma, objetiva rememorar que se os sistemas jurídicos pretendem concretizar o valor da dignidade humana devem combater o poder

veiculado pela propriedade, através de limitações constitucionais e legais. O ascendente solidarismo de uma Constituição-Dirigente, para lograr seu firmamento, precisa conter o Capital. Nesta direção, deve-se, cada vez mais, fortalecer as limitações dos poderes dos proprietários, tal como ocorre com a “função social da propriedade”, Direito do Consumidor, Lei do Inquilinato e, ontologicamente, o princípio da proteção do trabalhador no Direito do Trabalho.

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

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

7 – CONCLUSÕES

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

a vertente de dependência consentida pela lógica da colaboração. Desta análise, constata-se que dependência se apresenta prévia e estruturalmente ao próprio contrato de trabalho.

O diagnóstico, conforme visão oriunda da política, economia e sociologia, é que a atipicidade flexível e suas inovações modistas no mundo do trabalho são veiculadoras de mais precariedade no lugar de um *status* de proteção advindo do contrato de trabalho e sua tutela jurídica. Sem o medo da possibilidade de um outro regime político-social, não há mais razão econômica para o capitalismo manter, de maneira irresignada, um sistema de proteção (custoso) em favor do assalariado, bem típico de um Estado Social. Na mesma política, os dilemas estão postos: cumprir o programa constitucional de uma sociedade estruturada na dignidade humana, que dialoga com o valor social do trabalho e a livre-iniciativa, na conciliação destes pela ideia de justiça social; ou, no plano do *economicus*, implementar uma sociedade baseada na busca da eficiência e riqueza que qualifica as tutelas jurídicas como obstáculos (onerosamente) desnecessários.

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

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

DOCTRINA

para o exercício do poder de direção ou mesmo propicia sua delegação para os chefes, gerentes, entre outros.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, José João. *Estudo sobre o Código do Trabalho*. Coimbra, Coimbra Ed, 2004.
- BARASSI, Ludovico. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo I. Trad. Miguel Sussimi. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 1. Vol. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão salarial: uma crônica do salário*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- DELGADO, Mauricio Godinho. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- GASPAR, Danilo. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal da Bahia. Salvador, UFBA, 2011.
- GOMES, Orlando. *Introdução do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1944.
- _____; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.
- LOCKE, John. “Segundo Tratado sobre o Governo”. In: *Os pensadores*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultura, 1978.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant’anna. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 1.
- _____. *O Capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant’anna. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, volume 2.

DOUTRINA

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcus_Jose.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2008.

OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)Pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). *El ámbito de la relación de trabajo*. Disponível em: <<http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.

_____. “A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados”. In: *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, nº 11. p. 1.287-1.298, nov. 2004.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. (Ed. Condensada). Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *A Supersubordinação – Invertendo a lógica do jogo*. Disponível em <<http://www.nucleo.trabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Supersubordina%C3%A7%C3%A3o%20-%20Invertendo%20a%20L%C3%B3gica%20do%20Jogo%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. “Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación.” In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 103, p. 201-217, jul./set. 2001.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ZINGUEREVITCH, Alexandre. *La Notion de Contrat de Travail*. Paris: Pedone, 1936.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS À SAÚDE DO TRABALHADOR DECORRENTES DA EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DE CIGARRO

Raimundo Simão de Melo*

RESUMO

De acordo com a medicina não existe mais dúvida sobre os efeitos nocivos do uso do tabaco para a saúde humana, tanto para o fumante ativo como o passivo, principalmente os trabalhadores, que durante o trabalho ficam expostos aos efeitos nocivos da fumaça do cigarro, sem qualquer equipamento que possa minimizar os seus maléficos efeitos.

No caso do tabaco passivo no ambiente de trabalho, é ao empregador que compete permitir ou não que o trabalhador se exponha aos seus efeitos nocivos, pelo que, decorrendo dano para a saúde do trabalhador, cabe ao patrão provar que cumpriu todas as suas obrigações na forma da Lei. Caso não o faça, arcará com o pagamento das indenizações e demais reparações pertinentes, cuja responsabilidade consta da Constituição Federal (art. 7º, inciso XXVIII) e da legislação civil (Código Civil, arts. 186, 927, 948 e 949, entre outros).

Pela interpretação sistemática e teleológica do inciso XXVIII do art. 7º, do § 3º do art. 225 da Carta Maior, do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 e do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade do empregador pelos danos aos seus empregados decorrentes da exposição à fumaça do cigarro é objetiva, pois se trata de dano oriundo da degradação do meio ambiente, além de se enquadrar como atividade de risco.

O nexu causal das doenças com a exposição à fumaça do cigarro deve ser visto com razoabilidade, porque não é possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir das vítimas a prova cabal e absoluta da relação de causalidade, que no caso já se presume.

* *Procurador Regional do Trabalho; Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP; Professor de Direito e de Processo do Trabalho; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Escola Superior do Ministério Público da União.*

1 – INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é levantar algumas reflexões a respeito dos males causados aos trabalhadores expostos à fumaça do cigarro como fumantes passivos nos ambientes de trabalho, sobre as medidas preventivas a serem adotadas e analisar alguns aspectos da responsabilidade civil pelos danos decorrentes.

Tratar dos efeitos nocivos do tabaco para a saúde humana não é tarefa fácil, tendo em vista o grande aparato econômico e político que visa resguardar uma das mais rentáveis atividades econômicas mundiais, a tabagista, especialmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Mais difícil ainda se torna a tarefa quando o enfoque se volta para a defesa da saúde do trabalhador, diante de dois grandes interesses econômicos: o do empregador e o da indústria tabagista.

2 – OS EFEITOS NOCIVOS DA FUMAÇA DO TABACO PARA A SAÚDE DO TRABALHADOR

Cientificamente não existe mais qualquer dúvida sobre os efeitos nocivos do uso do tabaco para a saúde humana. Se o fumante ativo está sujeito a riscos para a sua saúde, igualmente ou pior ocorre em relação àquele que recebe os efeitos da fumaça como fumante passivo. É o caso do trabalhador que não fuma, mas durante a jornada de trabalho fica exposto à fumaça de cigarro no ambiente de trabalho.

O fumo, como comprovado cientificamente, é a maior fonte de poluição em ambientes fechados, porque a fumaça emitida nos ambientes pela ponta do cigarro é cerca de quatro vezes mais tóxica do que a aspirada pelo fumante ativo. Pesquisa do Instituto do Câncer comprova que pelo menos sete pessoas morrem por dia no Brasil por conviverem com fumantes ativos.

As doenças mais comuns pela exposição à fumaça do cigarro, cientificamente comprovadas, são: irritação nasal e ocular, exacerbação da asma, diversas doenças pulmonares, doenças cardiovasculares e câncer.

Em qualquer ambiente de trabalho as pessoas podem estar expostas à fumaça do tabaco e aos seus males, sendo mais graves em alguns seguimentos de trabalho, como em bares, restaurantes, casas noturnas e outros similares. Nestes, quando fechados, os riscos para a saúde do trabalhador são acentuados.

De acordo com a OIT (Organização Internacional do Trabalho), a fração de moléstias atribuídas ao fumo passivo é de 1,1% por doença crônica do pulmão, 4,5% por asma, 3,4% por doença do coração e 9,4% por acidente vas-

cular cerebral, o que totaliza 14% de todas as mortes relacionadas ao trabalho causadas por doenças, sendo que a maioria das vítimas está em restaurantes, bares e setores de entretenimento e serviços¹.

3 – DIREITO A UM AMBIENTE DE TRABALHO SADIO E SEGURO

O Brasil conta com uma das mais avançadas legislações de proteção ao meio ambiente, tendo como principal objeto a defesa da vida.

A Lei nº 6.938/81 foi um marco histórico sobre o tema, definindo meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, inciso I), o que está em harmonia com a Constituição Federal de 1988 que, no *caput* do art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

No aspecto específico do meio ambiente do trabalho, a Carta constitucional brasileira estabeleceu como direito social fundamental dos trabalhadores um meio ambiente de trabalho sadio e seguro, como se infere do art. 7º e inciso XXII, *in verbis*:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Trata-se do mais importante direito do trabalhador, que busca a proteção da sua vida em razão do trabalho executado em prol de um tomador de serviços.

Portanto, se todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225) e à saúde plena (CF, art. 196), diferentemente não pode ser em relação ao trabalhador, que move a economia do país e ajuda a criar a riqueza nacional.

4 – O DEVER PATRONAL DE PROTEÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR

Se é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, por outro lado, é do

1 “15 motivos para ambientes de trabalho 100% livres do tabaco”, Boletim Fatos em Destaque, da ACTbr – Aliança de controle do tabagismo.

empregador a obrigação de implementar essas normas, porque é ele, como dono do negócio, quem assume os riscos da atividade desenvolvida (CLT, art. 2º).

Na CLT consta de forma cristalina a obrigação patronal de preservação da saúde do trabalhador mediante o cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, como estabelece o art. 157:

“Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.”

Desse modo, demonstrada a existência de dano para a saúde do trabalhador por conta dos riscos ambientais do trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu todas as suas obrigações na forma da Lei. Caso não o faça, deverá arcar com as consequências reparatórias.

No caso do tabaco passivo no ambiente de trabalho, é ao empregador que compete permitir ou não que o trabalhador se exponha aos seus efeitos nocivos. O trabalhador fumante passivo, como se pode observar, nada tem a fazer, pois depende da atitude patronal permitir ou não que se fume nos locais de trabalho, devendo agir na forma da Lei.

É certo que o art. 2º e parágrafos da Lei Federal nº 9.294/96 permitem fumar em ambientes fechados, nos chamados fumódromos, dizendo:

“Art. 2º É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, *salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente* (grifados).

§ 1º Incluem-se nas disposições deste artigo as repartições públicas, os hospitais e postos de saúde, as salas de aula, as bibliotecas, os *recintos de trabalho coletivo* e as salas de teatro e cinema (grifados).

DOCTRINA

§ 2º É vedado o uso dos produtos mencionados no *caput* nas aeronaves e veículos de transporte coletivo”.

Todavia, essa Lei está desatualizada, pois é consenso científico que os fumódromos não atendem à proteção da saúde humana dos efeitos nocivos da fumaça do cigarro, como parece óbvio para qualquer leigo. Basta pensar, por exemplo, nos trabalhadores de bares e restaurantes, que têm como função servir os clientes, expostos aos efeitos do tabaco em locais fechados. O certo, como vêm adotando muitos países do mundo (por exemplo, Inglaterra, Escócia, Irlanda, Canadá e Austrália), é a criação de ambientes fechados 100% livres do fumo.

Essa é linha adotada pela Convenção de Quadro para controle do tabaco, primeiro e importante tratado internacional de saúde pública aprovado por 167 países na 56ª Assembleia Mundial da Saúde da OMS (Organização Mundial da Saúde) em 2003 e aprovada e promulgada pelo Brasil, respectivamente, pelo Decreto Legislativo nº 1.012/05 e Decreto nº 5.658/06, integrando o ordenamento jurídico brasileiro como Lei Federal, como é consenso geral ou, para outros, como norma constitucional, diante do que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal, por se tratar de tratado de direitos humanos, que tem aplicação imediata independentemente de norma interna e *status* de norma constitucional, como afirma Flávia Piovesan², com apoio em Antônio Augusto Cançado Trindade³.

Neste caso, a Convenção de Quadro sobre o controle do tabaco veio alargar o universo dos direitos humanos sobre meio ambiente e saúde nacionalmente garantidos, não havendo qualquer conflito com a Constituição Federal, especialmente, no caso da proteção da saúde do trabalhador e do meio ambiente, com os arts. 7º, inciso XXII, 196 e 225. Igualmente, não há incompatibilidade ou conflito com a Lei Federal nº 9.294/96, que apenas foi complementada. De qualquer forma, mesmo que se queira arguir eventual incompatibilidade entre as duas normas, sustentando que a Convenção de Quadro tem força de lei infraconstitucional, é esta que deve prevalecer, porque lei posterior revoga a anterior com ela incompatível (§ 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). Ademais, no plano dos direitos fundamentais, aplica-se a norma mais favorável à vítima, titular do direito violado, porque aqui a primazia é a proteção da pessoa humana, pelo que, por qualquer ângulo que se veja a questão, a prevalência é da norma convencional, cujo art. 8º trata da proteção contra a exposição à fumaça do tabaco nos seguintes termos:

2 *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 98/105.

3 *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, p. 396.

DOUTRINA

1 – “As Partes reconhecem que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que a exposição à fumaça do tabaco causa morte, doença e incapacidade.”

2 – “Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.”

Alguns Estados da Federação brasileira já se adequaram ao comando do art. 8º da Convenção Quadro, como São Paulo, Rio de Janeiro, Paraíba, Rondônia, Roraima, Amazonas e Paraná. No caso paulista, pela Lei nº 13.541/09, que no art. 2º e parágrafos estabelece:

“Art. 2º Fica proibido no território do Estado de São Paulo, em ambientes de uso coletivo, públicos ou privados, o consumo de cigarros, cigarrilhas, charutos ou de qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco.

§ 1º Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo aos recintos de uso coletivo, total ou parcialmente fechados em qualquer dos seus lados por parede, divisória, teto ou telhado, ainda que provisórios, onde haja permanência ou circulação de pessoas.

§ 2º Para os fins desta lei, a expressão ‘recintos de uso coletivo’ compreende, dentre outros, os ambientes de trabalho, de estudo, de cultura, de culto religioso, de lazer, de esporte ou de entretenimento, áreas comuns de condomínios, casas de espetáculos, teatros, cinemas, bares, lanchonetes, boates, restaurantes, praças de alimentação, hotéis, pousadas, centros comerciais, bancos e similares, supermercados, açougues, padarias, farmácias e drogarias, repartições públicas, instituições de saúde, escolas, museus, bibliotecas, espaços de exposições, veículos públicos ou privados de transporte coletivo, viaturas oficiais de qualquer espécie e táxis.”

No art. 4º acrescenta que:

“Tratando-se de fornecimento de produtos e serviços, *o empresário deverá cuidar, proteger e vigiar para que no local de funcionamento de sua empresa não seja praticada infração ao disposto nesta lei.*” (grifados)

DOCTRINA

A lei paulista, como se vê, é rigorosa ao proibir o cigarro e derivados de tabaco em áreas fechadas de uso coletivo, como bares, restaurantes, casas noturnas, escolas, ambiente de trabalho, museus, shoppings, lojas, repartições públicas e táxis, não abrindo brecha alguma para a existência de fumódromos, o que representou uma grande vitória para os trabalhadores desses estabelecimentos e para o povo em geral, inclusive para os próprios fumantes, que de forma teimosa, arriscam as suas vidas.

Algumas liminares foram deferidas autorizando bares e restaurantes a não seguirem as regras da lei paulista, logo cassadas pelo Tribunal de Justiça.

Foi arguida a inconstitucionalidade das leis estaduais perante o STF em quatro ADIs (4.249-SP, 4.306-RJ, 4.351-PR e 4.353-PR), mas em nenhuma delas foi deferida liminar, aguardando-se o julgamento do seu mérito.

Nessas ações um dos principais fundamentos é que as leis extrapolaram os limites da competência legislativa concorrente ao estabelecerem regras contrárias à legislação federal em vigor e violaram os princípios da liberdade individual dos fumantes, da livre-iniciativa, da mínima intervenção estatal na vida privada, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em parecer na ADI 4.249, o Procurador-Geral da República argumentou que o fato de o Brasil ter assinado e ratificado a Convenção de Quadro da OMS para controle do fumo mudou o panorama legal, porque essa Convenção exige que os ambientes públicos fiquem 100% livres de fumaça e não admite os espaços reservados para fumantes, tendo as leis estaduais apenas complementado o que já é previsto pela legislação federal, não existindo qualquer violação à Constituição Federal.

Em matéria ambiental não resta dúvida sobre a competência legislativa concorrente dos Estados-Membros, como assegura a Constituição Federal no art. 24, dizendo:

“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

(...)

DOUTRINA

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde.”

Assim, o fato de a União legislar sobre um assunto que envolva competência concorrente, por si só não é impedimento para que os Estados-membros também legislem sobre ele. É por isso que se trata de atuação concorrente. À União cabe legislar de forma geral e aos Estados-membros de forma supletiva, para preencher os vazios da Lei Federal, a fim de aperfeiçoá-la, como o fizeram as leis estaduais, porque a Lei Federal estabelece norma geral e as estaduais normas específicas e supletivas.

É esse o entendimento que passou a ser adotado pelo STF, que na ADI nº 3.937, que trata de questão semelhante sobre meio ambiente e saúde, por votação majoritária negou referendo à decisão concessiva de liminar em face da Lei nº 12.684/07, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que tenham fibras de amianto na sua composição.

No voto vencedor, o Ministro Joaquim Barbosa salientou sobre os graves danos à saúde provocados pelo amianto, citando doenças relacionadas como asbestose, câncer do pulmão e outros tipos etc., no sentido de reconhecer, de acordo com critérios adotados pela Organização Mundial da Saúde, a inexistência de limites seguros para a exposição humana ao referido mineral. Sustentou que haveria uma norma a respaldar a postura legislativa adotada pelo Estado-membro, qual seja, a Convenção nº 162 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 126/91, que constitui um compromisso assumido pelo Brasil de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto, uma norma protetiva dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado.

O Ministro Lewandowski reafirmou sua posição no sentido de que em matérias que envolvem a defesa da saúde pública e questões ambientais, nada impede que a legislação estadual e municipal sejam mais protetivas do que a legislação federal, o que é exatamente a hipótese da Convenção de Quadro, que de forma mais favorável às vítimas, proibiu a fumaça do tabaco em ambientes fechados.

Portanto, de acordo com a Constituição Federal (arts. 7º, inciso XXII, 196 e 225), legislação infraconstitucional e Convenção de Quadro sobre o controle do tabaco, o empregador tem a obrigação de adotar medidas que impeçam a

exposição do trabalhador aos efeitos passivos do tabaco e dos seus derivados, especialmente aquelas previstas no art. 8º da referida Convenção.

5 – RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS À SAÚDE DO TRABALHADOR PELA EXPOSIÇÃO À FUMAÇA DO CIGARRO

Os reflexos sociais dos acidentes e doenças do trabalho ao longo do tempo influenciaram o advento de normas jurídicas para proteger as vítimas e seus dependentes, havendo importante evolução teórica sobre a responsabilização pelos danos decorrentes dos acidentes de trabalho, cujas teorias surgiram com base nos infortúnios do trabalho, passando a influenciar o arcabouço teórico do instituto da responsabilidade civil no geral.

O que justifica a reparação acidentária é a necessidade de compensar a vítima pelo prejuízo sofrido em razão de danos causados por outrem, o que repousa nos princípios de justiça, equidade, moral e solidariedade.

No Direito brasileiro a responsabilidade patronal pela reparação dos danos à saúde do trabalhador consta da Constituição Federal de 1988, que no art. 7º e inciso XXVIII, diz:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Na resolução das questões pontuais é preciso valer-se do Código Civil, especialmente dos arts. 186, 927, 948 e 949, entre outros.

Os pressupostos clássicos da responsabilidade civil por ato ilícito são:

- a) Dano reparável;
- b) Ação ou omissão do agente;
- c) Culpa do agente;
- d) Relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Conforme entendimento clássico, tais pressupostos são também indispensáveis para a caracterização da responsabilização civil nos acidentes de trabalho, porque de acordo com o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, a culpa continua sendo seu principal fundamento.

Na responsabilidade subjetiva, regra geral, cabe à vítima provar a culpa do empregador pelo dano sofrido. Em algumas situações admite-se a inversão

do ônus da prova para o réu. Ou seja, somente se provada a culpa do empregador este será condenado a indenizar a vítima.

Com efeito, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, especialmente levando em conta o disposto no § 3º do art. 225 da Constituição Federal, no § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 e no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, que reconhecem esse tipo de responsabilidade pelos danos ambientais e nas atividades de risco.

Isto decorre de uma interpretação sistemática e teleológica do *caput* do art. 7º com os dispositivos *supra*, os quais reconhecem a responsabilidade sem culpa. É que o art. 7º diz que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Quer dizer que o inciso XXVIII criou um direito mínimo, o qual pode perfeitamente ser alterado por outra norma legal, desde que de maneira mais favorável ao trabalhador, no caso, a vítima de acidente de trabalho.

O § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) assegura a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e a *terceiros* em decorrência prejudicados, *in verbis*:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

“Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

Coerentemente, essa proteção também está assegurada ao aspecto meio ambiente do trabalho e, assim, aquele que poluí-lo responde objetivamente pelos danos causados e pelos consequentes prejuízos sofridos pelos trabalhadores expostos às respectivas agressões.

A responsabilidade objetiva, no caso, fundamenta-se, sobretudo, no primado da proteção da incolumidade da pessoa humana, como nesse sentido vaticinou Pontes de Miranda⁴, com as seguintes palavras:

4 *Tratado de direito privado*, v. 2, p. 385.

DOCTRINA

“Quando se observa o mundo, em que se acham as esferas jurídicas das pessoas, e se pretende o ideal de justiça baseado na incolumidade de cada uma delas, objetivamente, entende-se que todo o dano deve ser reparado, toda lesão indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha o agente.”

Desse modo, é forçoso concluir que nas hipóteses de doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador pelos prejuízos à saúde do trabalhador é objetiva, com o supedâneo no § 3º do art. 225 da Constituição Federal e § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81, aplicáveis de forma harmônica com o inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna. A razão é que, sendo o meio ambiente do trabalho um aspecto integrante do meio ambiente geral (arts. 200, VIII, e 225 da Constituição), toda e qualquer lesão decorrente dos desequilíbrios ambientais atraem a regra do § 3º do art. 225 da Constituição e § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 no tocante à responsabilidade objetiva.

Adotando esse entendimento, foi aprovado na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e pelo TST, em novembro de 2007, o Enunciado nº 38, com a seguinte redação:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81.”

Ademais, tem aplicação, para fundamentar a responsabilidade objetiva do empregador que expõe seus empregados aos efeitos nocivos do tabaco, o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil que estabelece:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos *casos especificados em lei*, ou quando a *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.” (grifo nosso)

Trata-se de importante novidade trazida pelo Código Civil de 2002, que adotou expressamente a teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva, paralelamente à teoria subjetiva.

Essa nova disposição legal deve ser aplicada nas ações acidentárias, como vem reconhecendo parte majoritária da jurisprudência atual, como se vê dos acórdãos a seguir ementados:

“RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. Danos decorrentes do exercício de atividade laborativa de risco inerente. Aplicação da responsabilidade objetiva. Reparação de perdas pelo empregador independentemente de culpa. Tem inteira aplicação a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, na indenização de danos ocorrentes no exercício de certas atividades que trazem inerente a possibilidade de causar danos, como o corte de grama com máquina elétrica, quando não há propriamente culpa do empregador ou dono do instrumento, no evento danoso. Em casos tais, os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas, quando os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manter incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva. Sentença mantida, inclusive quanto aos danos morais” (Tribunal de Alçada do RS, Apelação Cível nº 192.112.191, da 3ª Câmara, Rel. Juiz Arnaldo Rizzardo, j. 05.08.92, RT 694/175).

“DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. 1. O novo Código Civil brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do art. 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador. 2. A atividade desenvolvida pelo reclamante – teste de pneus – por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o obreiro vir a lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do Empregador.” (Processo TST – RR – 422/2004-011-05-00; Primeira Turma; DJ – 20.03.09; Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa).

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 37, acolhendo a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador nas atividades de risco, *verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.”

Reconhecida a aplicação do parágrafo único do art. 927 nas ações acidentárias, resta a tarefa de enquadrar cada caso concreto como atividade de risco, que é da jurisprudência, com auxílio da doutrina.

A atividade de risco pressupõe maiores probabilidades de danos para as pessoas, o que normalmente já é reconhecido por estatísticas. Os danos são esperados e podem causar prejuízo a alguém, sendo que a natureza da atividade é a peculiaridade que vai caracterizar o risco capaz de ocasionar os acidentes de trabalho.

A atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica, uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de danos para as pessoas. É a atividade que tem, intrinsecamente ao seu conteúdo, um perigo potencialmente causador de dano. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham a resultar a terceiros.

Aqui não se trata de qualquer risco, mas, do risco acentuado, que decorre da própria atividade ou da forma como o trabalho é desenvolvido, cujo exemplo é a atividade perigosa descrita no art. 193 da CLT, que diz:

“São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos *em condições de risco acentuado*.” (grifados)

A atividade de risco, como afirma Cláudio Brandão⁵, enquadra-se no risco específico, que se agrava em razão da natureza do trabalho. Assim, o que configura a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade nos termos do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil brasileiro não é um risco qualquer, específico, normal e inerente a qualquer atividade produtiva, mas a atividade cujo risco específico, acentuado e agravado em razão da natureza do trabalho, a ela inerente, é excepcional e incomum, embora previsível.

5 *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*, p. 284 e 357.

A natureza potencialmente perigosa da atividade de risco é a peculiaridade que a diferencia das outras atividades para caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos indenizáveis, com base na responsabilidade objetiva aludida no art. 927 do Código Civil.

Trata-se, portanto, do risco-probabilidade e não do risco-possibilidade. É o caso, como me parece, do trabalho em contato com a fumaça do cigarro, especialmente em ambientes fechados, pois cientificamente não se tem qualquer dúvida dos males causados à saúde humana. As probabilidades de o trabalhador fumante passivo adquirir doenças do pulmão, cardiovascular e outras, é muito maior do que de um outro trabalhador que não se expõe aos efeitos do tabaco. Então, se se trata de uma atividade de risco, a responsabilidade do empregador independe de culpa, o qual, para se exonerar da obrigação de indenizar, deverá provar que a doença adquirida pelo trabalhador teve outra causa que não os males do fumo passivo.

A conclusão é que em qualquer situação o empregador tem a obrigação de adotar medidas e cuidados para eliminar os riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores, enquanto que nas atividades de risco essa obrigação é maior ainda, diante do risco acentuado e agravado. Mesmo assim, a única forma de se exonerar da responsabilidade é comprovar que tudo fez e que a doença ocorreu não pelo risco em si da atividade, mas, por culpa exclusiva da vítima.

Outra importante questão a ser observada no tocante à responsabilidade patronal nas alegadas doenças decorrentes do contato com a fumaça do tabaco diz respeito ao chamado nexos causal.

De acordo com o art. 186 do Código Civil, aquele que causar dano a outrem é obrigado a reparar os prejuízos decorrentes. Para tanto, é necessário que haja nexos que ligue o dano provocado ao seu causador. É o que se chama de relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado do ato.

No acidente de trabalho ou doença ocupacional o nexos de causalidade é o vínculo existente entre a execução do serviço e o acidente ou doença ocupacional.

Assim, nas ações acidentárias, um dos primeiros pressupostos a ser examinado pelo juiz do trabalho é o nexos causal, para saber se realmente se trata de um acidente de trabalho ou não.

Como regra geral, o ônus de comprovar esse nexos é da vítima do acidente ou da doença do trabalho.

No caso de acidente típico, maiores dificuldades não há quanto à comprovação do nexo causal, principalmente quando já existe comunicação do acidente ao órgão previdenciário, com indicação do dia, hora, local e detalhes do infortúnio.

Todavia, quando se trata de doenças ocupacionais, em certos casos torna-se extremamente difícil para a vítima desincumbir-se desse ônus probatório. Por isso, há uma certa tendência flexibilizante desse pressuposto, pois o fundamento maior da reparação acidentária é a proteção da vítima e não do suposto autor do dano.

É o que lembra Sebastião Geraldo de Oliveira⁶, com apoio na doutrina de Gisela Sampaio da Cruz⁷, assim transcrita: “Nos últimos tempos, acompanhando as transformações da responsabilidade civil, o conceito de nexo causal foi flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Não é mais possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir das vítimas a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Dessa forma, apesar de o nexo causal ser, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que a prova da relação de causalidade seja flexibilizada em certas situações”.

Havendo divergências com relação ao nexo causal da doença com o trabalho, especialmente quando negado este pelo réu, cabe ao perito nomeado pelo juiz emitir o seu parecer, que nem sempre é conclusivo em razão dos poucos elementos probatórios ou porque a medicina não é uma ciência exata, restando ao juiz, diante dos elementos dos autos, da sua experiência como julgador sobre o que ordinariamente acontece, formar o seu convencimento, reconhecendo ou não o dever de reparar o dano. Nesse sentido afirma Sebastião Geraldo de Oliveira⁸ que “as provas não devem ser avaliadas mecanicamente com rigor e a frieza de um instrumento de precisão, mas com a racionalidade de um julgador atento que conjugue fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece para formar o seu convencimento”.

Nem sempre há uma certeza absoluta sobre o nexo causal, mas, de outro lado, pode existir um elevado grau de probabilidade sobre a configuração do nexo causal, que deve ser levado em conta pelo julgador, como se vê dos julgados a seguir ementados:

6 *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 128.

7 *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, 2005, p. 347. In: *Op. cit.*, p. 128.

8 *Op. cit.*, p. 132.

“ACIDENTE DO TRABALHO. BENEFÍCIO. CONVERSÃO. APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA EM ACIDENTÁRIA. DOENÇA. MAL DA COLUNA. NEXO CAUSAL. PROVA. A presença do nexo causal se mede por razoável probabilidade, não por matemática certeza, mesmo porque a ciência médica não é exata. Se o fosse, as calculadoras seriam feitas para os médicos e esses estariam livres de todas as acusações e indenizações pelos erros que vivem cometendo. Vale dizer, é o possível lógico, não o absolutamente certo, que embasa a conclusão pela presença do nexo causal e concausal. Cabe converter a aposentadoria por invalidez previdenciária na homônima acidentária, ainda que calculadas ambas com um percentual de 100% do salário de benefício, para que, com que o correto enquadramento jurídico da incapacidade do segurado, possa ele gozar de todas as implicações daí advindas, mormente as indiretas, dentre estas a eventual geração de responsabilidade baseada no direito comum.” (STACIVSP, 12ª Câmara, Apelação nº 690.457/5, Relator Juiz Palma Bisson, 28.08.03).

“DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. SÍNDROME DO TÚNEL DO CARPO (LER). Restou clara a existência do dano à saúde da reclamante, que é portadora de Síndrome do Túnel do Carpo (LER). Nem sempre é fácil estabelecer se a enfermidade apareceu ou não por causa do trabalho. Verifica-se que a reclamante laborou por todo o contrato de trabalho na preparação de saladas efetuando movimentos repetitivos, uma vez que passava cerca de quatro horas seguidas lavando, descascando e cortando verduras e legumes. Restou claro nos autos que a autora somente passou a apresentar o quadro de tendinite no ano de 2002, após dois anos trabalhando na reclamada, conforme laudos médicos de fls. 25/30 e laudos periciais de fls. 211/217 e 319/327. Levando-se em conta o tempo de labor diário da reclamante na mesma função e o fato de que o julgador tem que estar atento aos fatos, indícios, presunções e à observação do que ordinariamente acontece, verifica-se que há sim nexo de causalidade entre o labor exercido pela obreira e a doença ocupacional adquirida. Dá-se provimento ao apelo para, reformando-se a sentença, condenar a reclamada a pagar à autora indenização por danos morais.” (AC 01757.2005.009.17.00.8 RO – 17ª Região – Juiz José Carlos Rizk – Relator. DJ/ES de 8.5.2007).

Conforme o caso, para comprovação do nexo causal, pode o juiz inverter o ônus da prova para o réu, aplicando analogicamente o Código de Defesa do

Consumidor (art. 6º, inciso VIII)⁹, porque o empregador tem o dever de adotar todas as providências necessárias para proteger a saúde e integridade física e psíquica do trabalhador.

Nesse sentido foi aprovado o Enunciado nº 41 na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, com o seguinte conteúdo:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.”

No tocante aos benefícios previdenciários, a Lei nº 8.213/91 foi acrescida do art. 21-A, criando o chamado Nexo Técnico Epidemiológico e, com isso, invertendo o ônus da prova para o empregador:

“A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexos de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexos técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.”

Com a nova alteração legal foi instituído o Nexo Técnico Epidemiológico para doenças provocadas pelo trabalho por meio do vínculo direto entre a atividade econômica de cada um dos ramos em que estão inseridas as empresas e uma lista de possíveis doenças e acidentes que podem acontecer naquele ambiente de trabalho específico. Assim, a Perícia Médica deverá fazer o reconhecimento automático do nexos entre a doença ou acidente e o trabalho exercido pelo trabalhador. Este não terá mais que comprovar que adoeceu por conta da sua profissão ou atividade, mas o empregador pode descaracterizar o nexos, fazendo prova em contrário.

9 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

DOCTRINA

O Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) considera estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo quando se verificar *nexo técnico epidemiológico* entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID) em conformidade com o disposto na Lista B do Anexo II deste Regulamento (art. 337, parágrafos).

Como se observa do exposto, a alteração legal acarretou repercussões previdenciárias e trabalhistas e também, conforme o caso, pode ser aplicada analogicamente nas ações acidentárias de responsabilidade civil, quando se verificar *nexo técnico epidemiológico* entre a atividade da empresa e a doença alegada, na forma da Classificação Internacional de Doenças (CID) e do disposto na Lista B do Anexo II do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99).

Nesse sentido foi aprovado o Enunciado nº 42 na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, com o seguinte conteúdo:

“ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIO-LÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT — Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei nº 8.213/91.”

6 – CONCLUSÕES

De acordo com a ciência médica não existe mais dúvida sobre os efeitos nocivos do uso do tabaco para a saúde humana, não somente para o fumante ativo, como também para o fumante passivo, como é o caso dos trabalhadores em determinadas atividades (bares, restaurantes etc.), que durante as longas jornadas de trabalho ficam expostos aos efeitos nocivos da fumaça do cigarro no ambiente de trabalho.

É por isso que a Convenção Quadro sobre o controle do tabaco recomenda (art. 8º) a proteção contra a exposição à fumaça do tabaco nos locais de trabalho, no transporte público e nos lugares fechados.

A Constituição Federal estabeleceu como direito fundamental dos trabalhadores um meio ambiente de trabalho sadio e seguro (art. 7º e inciso XXII). Este é, sem dúvida, o mais importante direito dos trabalhadores, o qual visa à proteção da sua integridade física e psíquica em razão e por conta do trabalho executado em prol de um tomador de serviços. A obrigação de implementar

DOCTRINA

essas normas é do empregador, porque é ele o dono do negócio e, como tal, assume os riscos inerentes à sua atividade e aufere.

Desse modo, cabe ao tomador de serviços cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares sobre segurança, higiene e medicina do trabalho e informar os trabalhadores sobre os riscos profissionais que possam originar-se nos locais e pelas condições de trabalho, pelo que, demonstrada a existência de dano para a saúde do trabalhador por conta dos riscos ambientais do trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu todas as suas obrigações na forma da Lei.

No caso do uso do tabaco nos ambientes de trabalho, é ao empregador que compete permitir ou não que o trabalhador se exponha aos seus efeitos nocivos, cumprindo a Lei vigente no país, inclusive a Convenção de Quadro.

Pela interpretação sistemática e teleológica do inciso XXVIII do art. 7º, do § 3º do art. 225 da Carta Maior, do § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81 e do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade do empregador pelos danos aos seus empregados decorrentes da exposição à fumaça do cigarro é objetiva, pois se trata de dano oriundo da degradação do meio ambiente, além de se enquadrar como atividade de risco.

Finalmente, o nexo causal das doenças com a exposição à fumaça do cigarro deve ser flexibilizado com vistas a permitir a reparação dos danos para as vítimas, pois não é possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir das vítimas a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Assim, havendo divergências com relação ao nexo causal da doença com o trabalho, cabe ao perito nomeado pelo juiz emitir parecer, o qual, acolhido ou não, deve o juiz, diante dos demais elementos dos autos e da sua experiência como julgador, formar o seu convencimento, reconhecendo ou não o dever de reparação do dano, considerando que as provas não podem ser avaliadas mecanicamente, com o rigor e a frieza de um instrumento de precisão, mas com racionalidade, de modo a conjugar fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes & CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol.XIII (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAIRO Jr., José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

DOUTRINA

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador). 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MELO, Raimundo Simão. *Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

Daniel Gemignani**

A vida é curta demais para ser pequena. (Benjamin Disraeli)

A vida líquida é uma vida precária, vivida em condições e incerteza constante, em que há envelhecimento rápido, obsolescência quase instantânea e veloz rotatividade.
(Zygmunt Bauman)

1 – INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico da modernidade foi edificado sob o binômio dever ser/sanção. As normas de conduta estabelecem determinados comportamentos. Se violados, ensejam a aplicação de certa penalidade. O Estado-juiz atua somente quando provocado, em caso de ameaça concreta ou após a ocorrência de lesão.

A intensificação do conflito social, que marcou as últimas décadas, veio demonstrar que isso não era suficiente para que o Direito pudesse cumprir seu objetivo de dirimir conflitos e obter a pacificação social com justiça.

Nestes tempos de sociedade líquida, como define o sociólogo Zygmunt Bauman, a estratégia de obsolescência programática, que num primeiro momento foi engendrada para estimular a atividade econômica, chegou a um impasse.

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas (15ª Região); doutora pela Universidade de São Paulo; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho; membro da REDLAJ – Rede Latino-Americana de Juizes.

** Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e auditor fiscal do Ministério do Trabalho.

Com efeito, o que se convencionou denominar “obsolescência programada” surgiu como alternativa na primeira metade do século passado, visando estimular a atividade industrial para superar a grande depressão causada pelo *crash* de 1929. Consistia na prática de reduzir a vida útil dos equipamentos para poder vender mais e, assim, impulsionar a retomada econômica. Com o tempo, consertar o que estava quebrado ficou tão caro, que era melhor jogar fora e comprar um novo. Jogar fora o *velho* produto e comprar a última novidade tecnológica deveria ser estimulado, porque se as pessoas continuassem a comprar, a atividade econômica permaneceria aquecida e todos teriam emprego.

Entretanto, a intensificação deste processo de troca do *velho* (embora ainda passível de conserto) pelo novo, também levou ao desperdício de grandes quantidades de matéria-prima, água e energia, não só das utilizadas na produção dos que estão sendo *jogados fora*, mas também dos que são freneticamente produzidos para durar pouco, o que vem causando sérias preocupações quanto ao esgotamento dos bens da natureza, provocando danos ao ecossistema e ao meio ambiente, e comprometendo as condições de vida das próximas gerações.

Neste sentido o documento intitulado *O futuro que queremos*, recentemente divulgado pela ONU – Organização das Nações Unidas¹, chamando atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz que serve de referência também para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva.

Mas não é só.

Esse *modus operandi* marcado pela *lógica do descarté*, calcado na ideia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental.

Este artigo se propõe a examinar tais questões, focando a análise em seus desdobramentos no meio ambiente de trabalho e os efeitos que provoca na formação de um novo padrão normativo.

2 – A LÓGICA DO DESCARTE

O intercâmbio comercial trouxe muitos benefícios para a humanidade. A troca de produtos, serviços e informações sempre se constituiu num importante motor de desenvolvimento.

1 <www.onu.org.br>.

Entretanto, na contemporaneidade, a lógica da *compra/venda* passou a monitorar os demais atos da nossa vida, aniquilando o conceito de valor e substituindo-o pela ideia de preço. Assim, pouco importa o valor, basta saber qual é o preço.

O mais assustador é que essa mentalidade vem sendo aplicada também ao ser humano, destituindo-o da condição de sujeito e transformando-o num objeto passível de troca, cujo “preço” é aferido pela possibilidade “de uso”.

Nesta toada, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho, pois quando um trabalhador fica incapacitado, é mais fácil descartá-lo e substituí-lo por um *ново*.

Se durante todo o século XX lutamos bravamente para impedir que o trabalho fosse reduzido a situação de mercadoria, no início deste novo século nosso desafio é maior ainda: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição de mercadoria, num momento em que a descoberta de novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas tem precarizado o meio ambiente de trabalho, aumentando os acidentes e provocando o surgimento de novas doenças².

Neste contexto, se revelam cada vez mais insuficientes as singelas respostas até hoje oferecidas, seja a consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido “descarte” do ser humano quando perde seu “uso”, seja a sedimentação da que se pode denominar “cultura do EPI – Equipamento de Proteção Individual”, que a transfere ao empregado do ônus de se proteger dos riscos ambientais como algo natural, ao invés da adoção de equipamentos de proteção coletivo, os denominados EPC, ou de modificações na organização do trabalho, de modo que o meio ambiente de trabalho seja adequado ao ser humano, que despense lá importante parte de seu tempo de vida³.

-
- 2 *Exempli gratia*, os riscos ergonômicos – hoje tratados pela Norma Regulamentadora nº 17 e seus anexos, com redação dada pela Portaria MTPS nº 3.751, de 23 de novembro de 1990 – e as doenças ocupacionais, cuja constatação vem recebendo maior atenção, principalmente após a implantação do Nexo Técnico Epidemiológico – NTEP, pela Previdência Social. Esses temas serão tratados ao longo de todo o texto.
 - 3 A crítica à sedimentação da mencionada “cultura do EPI” é tema dos mais interessantes em matéria de meio ambiente do trabalho. Imagina-se que capacetes, máscaras e macacões sejam métodos de proteção do trabalhador. Nada mais equivocado. A questão da proteção do trabalhador deve ser guiada, precipuamente, pela eliminação dos fatores de risco de forma coletiva – seja por meio de EPC ou por modificações na organização do trabalho –, sem empurrar a quem labora, além dos seus afazeres, os riscos e a responsabilidade de inevitáveis lesões. Trata-se, logicamente, da imputação dos riscos da atividade produtiva a quem dela se beneficia, sem transferi-los para o trabalhador.

3 – REPRISTINAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL?

A chamada *questão social* começou a aflorar com maior intensidade em meados do século XIX, em decorrência das penosas e adversas condições de trabalho, que provocavam lesões cuja reparação não encontrava resposta no direito comum.

A necessidade de construir um novo direito que olhasse além das teóricas categorias jurídicas codificadas, prestasse mais atenção à realidade da vida e dos fatos cotidianos, teve que percorrer um longo caminho até conseguir a edificação de uma nova base axiológica, que lhe desse suporte para a autonomia, tarefa para a qual, na América do Sul, tanto Cesarino Junior⁴ quanto Américo Plá Rodriguez⁵ contribuíram de forma significativa para a consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo, regido por conceitos próprios, assim passando a regular o mundo peculiar das relações trabalhistas.

Entretanto, as décadas finais do século XX registraram mudanças significativas, inclusive na maneira de trabalhar e na organização dos núcleos produtivos. A grande fábrica fordista deu lugar a conglomerados autônomos, marcados por atuação inter-relacionada e pela intensificação do ritmo de trabalho.

A utilização do telefone celular e do computador transformaram as ferramentas de trabalho, aumentando as horas à disposição do empregador e invadindo os tempos da vida privada, criando de maneira camuflada e subreptícia novas formas de servidão.

O estímulo à atividade econômica, mediante a generosa concessão de financiamentos por longo prazo, veio formatar aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman⁶ define como vida a crédito. Explica que antes, na sociedade dos produtores, o “adiamento da satisfação costumava assegurar a durabilidade do esforço do trabalho”, por isso era preciso sacrificar o presente para poder gozar no futuro. Hoje, na sociedade dos consumidores, é preciso garantir a “durabilidade do desejo”, gozar acelerada e exaustivamente o presente, vivendo “de crédito”, cuja amortização se dará posteriormente, obrigando o ser humano a trabalhar intensamente para poder pagar o extenso rol dos débitos que assumiu, na pretensa satisfação de desejos que nunca terminam, gerando novas situações de servidão, que vão formar o caldo de cultura para o ressurgimento da questão social.

4 CESARINO Jr., Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Martins, 1940.

5 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 183 e seguintes.

DOCTRINA

Embora se apresente com nova roupagem, na verdade o que ocorre é uma reprimatização da questão social do século passado, que volta com força ante a dimensão da lesão que se avizinha, exigindo novas formas de proteção jurídica para evitar que o estado de constante servidão transforme o ser humano num objeto descartável.

Ao lado de um movimento de ascensão do individualismo, marcado pelo mote nietzschiano⁷ “devo completar-me de mim mesmo”, e de rejeição do solidarismo, que tem reduzido a participação dos trabalhadores na vida sindical, observa-se uma preocupante intensificação das macrolesões, notadamente no meio ambiente de trabalho, trazendo para o foco da discussão a questão dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando em xeque o modelo de acesso à Justiça pela categorização de interesses e direitos.

Por isso, Cássio Scarpinella Bueno⁸ chama atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso coletivo à Justiça, superando a baliza da categorização. Ressalta que:

“(...) os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São – é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente a classificação feita pela lei brasileira – formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares.”

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos trabalhistas é a resposta que vem sendo apresentada pelo sistema normativo à nova questão social surgida na contemporaneidade, apontando para a edificação de um novo padrão axiológico, que a doutrina vem sedimentando na aplicação dos direitos fundamentais também às relações entre particulares, superando o antigo modelo que os restringia às relações do cidadão com o Estado.

7 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zaratustra*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006. p. 147.

8 BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela Coletiva em Juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 31, n. 114, p. 18-30, dez. 2011.

Conforme já ressaltamos em outro artigo⁹, uma “das características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares”. “Num momento de fragilidade das instituições, o sistemático descumprimento da lei, causado pelo descrédito em sua atuação coercitiva, tem acirrado as disputas de poder nas relações privadas, entre as quais as trabalhistas”. Quando se trata de meio ambiente de trabalho, essa relação entre particulares se reveste de especial importância, porque gera efeitos ainda mais amplos, em decorrência das consequências que pode provocar em seu entorno social.

4 – AS CONSEQUÊNCIAS

O direito de trabalhar num ambiente saudável e seguro, disposto no inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal, ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, alberga direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso, se reveste de inequívoca *socialidade*, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do meio ambiente do trabalho.

O trabalhador acidentado, “descartado do processo produtivo”, vai engrossar a legião dos excluídos, passando a ser sustentado pela previdência, num momento em que o modelo conhecido como *Estado do bem-estar social* se desintegra a olhos vistos.

Neste contexto, qual a função do Direito?

5 – A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

Como bem ressaltou Norberto Bobbio¹⁰:

9 Sobre o tema conferir GEMIGNANI, Daniel e GEMIGNANI, Tereza A. A. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 35, jul./dez., Campinas, 2009, p. 70

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25

DOCTRINA

“(...) não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para *garanti-los*, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Em relação ao trabalhador, assegurar meio ambiente de trabalho seguro e saudável evita lesões incapacitantes ainda na idade produtiva, diminuindo os custos da previdência social com afastamentos por doenças e aposentadorias precoces.

Também evita inegável dano à sociedade, pois um trabalhador acidentado ou doente que é “encostado” leva para a exclusão social toda sua família. A queda da renda prejudica os filhos, que tem sua formação profissional comprometida, porque precisam entrar mais cedo no mercado de trabalho, a fim de contribuir para o próprio sustento.

A intensificação do ritmo das obras de construção civil, *exempli gratia*, as premidas pelos curtos prazos de entrega e conclusão em virtude da Copa do Mundo, a ser realizada no Brasil em 2014, vem delinear um quadro preocupante, pois leva à inequívoca precarização das regras de segurança, o que pode aumentar, e muito, o número de acidentes e doenças profissionais.

Portanto, é chegado o momento de ponderar que, para garantir meio ambiente saudável e equilibrado no local de trabalho, não basta efetuar pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos, via de regra, são irreversíveis e a *restitutio in integrum* impossível. É preciso *agir antes*. Nesta perspectiva, as ideias de precaução e prevenção entram no ordenamento como princípios reitores da edificação de um novo modelo de normatividade, pois têm o escopo de *evitar que o dano ocorra*.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto a Convenção nº 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo nº 2/92 e Decreto nº 1.254/94). O disposto em seu art. 3º, alínea *e*, estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como “ausência de doenças”, abrangendo também os “elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”. Em seu art. 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para

“(…) *prevenir* os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, *reduzindo* ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as *causas dos riscos* inerentes ao meio ambiente de trabalho.” (g.n.)

A Convenção nº 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo nº 86/89 e Decreto nº 127/91), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu art. 1º, I e II, as *funções essencialmente preventivas* dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os:

I – requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho;

II – a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental.”

Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade, a execrada *monetização do risco*, não pode mais subsistir.

Desde o julgamento do RE 466.343-SP, o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Portanto, a alusão à “lesão ou ameaça de direito”, constante do inciso XXXV do art. 5º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho, deve ser interpretada sob a ótica de uma nova mentalidade. Ao invés da atuação restritiva, como resposta a ameaça concreta ou lesão já consumada, deve prioritariamente evitar a ocorrência da lesão, diretriz calcada nos princípios da

precaução e da prevenção, que passam a ser aplicados e ter efeitos irradiantes também no direito trabalhista.

Neste sentido a reflexão de Norma Sueli Padilha¹¹, ao ressaltar que:

“(...) quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma *sadia qualidade de vida* necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.”

A leitura da matriz constitucional deve atentar para os novos tempos vividos neste início de século, em que a “economia capitalista produz uma enorme instabilidade, que ela é incapaz de dominar e controlar (...) e muito menos de evitar – assim como é incapaz de corrigir os danos perpetrados por essas catástrofes”, como alerta Zygmunt Bauman¹², o que gera efeitos relevantes quando se trata de saúde e segurança no trabalho.

6 – O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Tanto o princípio da precaução como o da prevenção atuaram decisivamente na formação do direito ambiental. Com o tempo, a doutrina, que os reputava sinônimos, evoluiu no sentido de constatar e demonstrar que se tratavam de conceitos distintos.

Explica Germana Parente Neiva Belchior¹³ que o princípio da prevenção exsurge expressamente do constante dos incisos II, III, IV e V do § 1º do art. 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom-senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

11 PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 32.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

13 BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208 e seguintes.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial, como esclarece Paulo Affonso Leme Machado¹⁴.

Cristiane Derani¹⁵ ressalta que a aplicação do princípio da precaução objetiva “garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo” e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa precaver-se para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o “potencial danoso oriundo do conjunto de atividade”. Precaução é atitude de cuidado, *in dubio pro securitate*, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que no parágrafo único do art. 927 agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Marcelo Abelha Rodrigues¹⁶ esclarece que, enquanto “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisto”.

Neste contexto se torna imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza José Afonso da Silva¹⁷, de modo que tais princípios encontram fértil campo de aplicação também no meio ambiente de trabalho. O empregador que deixa de garanti-lo em condições equilibradas de saúde e segurança viola também o princípio da boa-fé objetiva e desatende à função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

Em escala mundial, o desafio de se criar uma “economia verde”, eleito pela ONU como tema central da Rio + 20, está imbricado com o meio ambiente de trabalho, por implicar na adoção de um novo tipo de sistema produtivo, marcado pela eficiência no uso dos recursos naturais e garantia de inclusão social pelo solidarismo, a fim de construir um modelo de desenvolvimento sustentável para todos.

14 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65 e seguintes.

15 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149-152.

16 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*. Parte geral. São Paulo: RT, 2005, p. 207.

17 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

O tema é abordado pelo Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA) desde 2008, quando foi lançada a iniciativa para uma economia verde, questão que notoriamente espraia seus efeitos para as relações trabalhistas.

Isto porque a preservação do meio ambiente, incluído o do trabalho, exerce forte influência na quantificação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), cuja aferição considera, além da média de desenvolvimento, as diferenças nos indicadores de renda, educação e saúde entre a população. O relatório divulgado em novembro de 2011 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) mostra o Brasil em 84º entre 187 nações¹⁸, marca que não se revela aceitável.

7 – DA RESPONSABILIDADE. TEORIA DA MENOR DESCONSIDERAÇÃO

No que se refere à responsabilidade é necessário tecer algumas reflexões.

O art. 50 do Código Civil de 2002 adotou a *teoria da maior desconsideração*, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, assim considerado quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, imputando à pessoa física dos sócios a responsabilidade pelos débitos inadimplidos da pessoa jurídica.

Nestes casos haverá desvio de finalidade quando a personalidade jurídica for utilizada com fins diversos daqueles para os quais foi constituída. A confusão patrimonial ocorrerá quando houver dificuldade para saber de quem é determinado patrimônio, se do sócio ou da empresa, quando aquele se utiliza reiteradamente do patrimônio desta, sem haver qualquer tipo de controle.

Importante registrar que critério inverso vem sendo adotado em situações contrárias. Há decisões recentes aplicando a teoria inversa de desconsideração¹⁹, também com fundamento no art. 50 do Código Civil, atribuindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela quitação dos débitos contraídos pela pessoa física, a fim de impedir o desvirtuamento de bens em prejuízo do credor.

O direito ambiental também aplica a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive quanto ao critério inverso, mas vem trilhando outra vertente,

18 <www.pnud.org.br>.

19 A tese foi levantada, primeiramente, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 33.453/01 de relatoria do desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

para tanto, aplicando a *teoria da menor desconsideração* explicitada no art. 4º da Lei nº 9.605/98, estabelecendo que poderá “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, ou seja, independentemente de ter ocorrido abuso, conceito que encontra guarida nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho. Destarte, a imputação de responsabilidade ocorre de forma mais ampla, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

8 – DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova pode decorrer de lei (*ope legis*), ou de determinação judicial (*ope judicis*). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando seu comportamento processual, conforme o ônus atribuído a cada uma delas (aspecto subjetivo).

A diretriz, até então adotada de forma majoritária, no sentido de que a inversão *ope judicis* ocorreria por ocasião do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão), vem sendo cada vez mais questionada, pois o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), que assim atuam na fase de instrução.

Previsão, neste sentido, consta do art. 358, § 1º, do Novo Projeto de Código de Processo Civil – PL nº 166/2010.

Em julgamento proferido no REsp 802.832/MG – Recurso Especial 2005/0203865-3 – STJ 2ª Seção – 13.04.2011 – publicado DJE 21.09.2011, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino ressaltou ser preciso estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova.

Quando *ope legis*, a própria lei, atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecido nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Nessas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

Quando *ope judicis*, ou seja, a inversão decorre da determinação do magistrado, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho respalda a inversão do ônus e sua imputação ao empregador, não só porque é ele quem tem maior aptidão para produzir a

prova, mas também porque cabe a ele a adoção e a efetiva implementação das condutas de prevenção e precaução.

Nestes casos, qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine e inversão da distribuição do ônus probatório?

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento, a fim de evitar o *non liquet*, pois as consequências da falta de comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova. Trata-se do aspecto *objetivo* do ônus da prova, que é dirigido ao juiz.

No entanto, o aspecto *subjetivo* da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Com efeito, participará da instrução probatória com maior empenho a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Portanto, como a distribuição do encargo probatório influi decisivamente na conduta processual das partes, elas devem ter exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que quando a inversão se opera *ope iudicis*, assim deve ser explicitado pelo juiz na fase de instrução, a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica.

9 – A EDIFICAÇÃO DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO TRABALHISTA

Além do art. 5º já ter incluído no sistema as Convenções Internacionais que tratam do meio ambiente do trabalho, os arts. 6º e 7º, inciso XXII, considerarem a saúde e a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental, a Constituição Federal do Brasil estabeleceu no inciso VIII do art. 200, que ao Sistema Único de Saúde compete colaborar na proteção do meio ambiente “nele compreendido o do trabalho”, enquanto o art. 225 atribui a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, assim incluindo o meio ambiente do trabalho.

As novas formas de trabalhar e os diferentes modos de organização produtiva provocaram o surgimento de uma nova questão social. Em conhecido filme, que foi sucesso de público²⁰ por retratar a complexidade dos novos desafios contemporâneos, ao se deparar com uma situação em que o personagem interpretado por Edward Norton é tratado como objeto descartável, igual “aos sachês de adoçante servidos com o café”, além de suportar constante pressão no trabalho para entregar inúmeros relatórios com rapidez, apresentando dificuldades para dormir, o ator Brad Pitt manifesta veemente inconformismo com estilo de vida que obriga a trabalhar em situações adversas, com o objetivo de ter dinheiro e poder trocar incessante e desnecessariamente carros, móveis e utensílios da casa, além de comprar objetos que não precisa, para garantir um espaço de inclusão e evitar ser descartado da vida em sociedade.

No século XXI a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar que a disseminação da perversa *lógica do descarté* seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho, de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear também a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

A intensificação da violência na sociedade e seus reflexos no ambiente de trabalho, onde pessoas tem que conviver por longos períodos num local em que, via de regra, há elevado nível de *stress*, vem desencadeando novas doenças e lesões, que comprometem a integridade física e mental, levam ao absenteísmo elevado e decréscimo de produtividade, causando prejuízo a todos os envolvidos. Neste contexto, pautar normas de conduta pelos princípios da precaução e prevenção fortalece a efetividade e confere ao Direito do Trabalho musculatura mais vigorosa para lidar com os novos desafios, fazendo valer o princípio da *não reversibilidade dos direitos fundamentais*. Como destaca Cristina Queiroz²¹, os direitos fundamentais “devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma *cultura jurídica e política* determinada, numa palavra, um concreto e objetivo *sistema de valores*”.

Esta interpretação encontra amparo em nossa Carta Política, que fixa diretriz assentada em um tripé formado pela inter-relação entre o crescimento

20 CLUBE DA LUTA – Fight Club, 1999. Dirigido por David Fincher.

21 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ltda., 2006. p. 119.

econômico, a proteção ambiental dos recursos naturais do planeta e a garantia de ambiente seguro, saudável e equilibrado no local da prestação laboral, a fim de preservar a saúde física e mental do trabalhador, padrão axiológico que imputa ao direito de propriedade e ao contrato de trabalho uma função social, além de exigir a observância da boa-fé objetiva.

Importante registrar que na seara trabalhista já há um arcabouço infra-constitucional para sustentação deste modelo. Com efeito, o inciso I do art. 157 da CLT imputa às empresas a obrigação de “cumprir e fazer cumprir” as regras de segurança, enquanto o item II do mesmo artigo, a de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, e o art. 158 atribui aos empregados o encargo de “observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções” acima referidas.

A instituição da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (NR cinco), SESMT – Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR quatro), o PPRA – Programa de Prevenção de riscos ambientais (NR nove) e o PCMSO – Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR sete) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo uma nova senda quanto à edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

Também os institutos do *embargo* e da *interdição*, colocados à disposição da Inspeção do Trabalho pelo art. 161 da CLT, voltam-se para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Nos termos do item 1º da Norma Regulamentadora nº 3, com redação dada pela Portaria SIT nº 199/2011, são o “embargo e [a] interdição (...) medidas de urgência adotadas a partir da constatação de situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador”. Por risco grave e iminente entende-se, com fulcro no art. 2º, § 1º, da mesma Portaria MTE nº 40/2011, tratar-se de “toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador”.

Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE nº 40/2011, de que não se tratam de medidas sancionatórias, mas, sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, incorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à

interdição corresponder, necessariamente, uma infração à legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho e, o mote, a saúde e segurança do trabalhador²².

O Decreto nº 7.602, de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST, prioriza as ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Estabelece a inserção de tais disposições num Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, estruturado sobre as seguintes diretrizes:

“a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;

b) harmonização da legislação e articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;

c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;

d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;

e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;

f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; e

g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.”

Ademais, além da imputação de responsabilidade subjetiva ao empregador “quando incorrer em dolo ou culpa”, como prevê o inciso XXVIII do art. 7º da CF/88, o art. 927 do Código Civil trouxe à baila a questão da responsabilidade

22 Ademais, cumpre consignar que, nos termos do item 3.5 da Norma Regulamentadora nº 3, com redação dada pela Portaria SIT nº 199/2011, “durante a paralisação decorrente da imposição de interdição ou embargo, os empregados devem receber os salários como se estivessem em efetivo exercício”. Ou seja, não deve a adoção, pela Inspeção do Trabalho, de medidas acautelatórias significar prejuízos aos empregados, na medida em que não são desses, como é óbvio, os riscos da atividade econômica exercida pelo empregador.

objetiva “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A configuração do que é atividade de risco tem gerado muita controvérsia, não só doutrinária, mas também jurisprudencial. A Convenção nº 155 da OIT em seu art. 11, inciso *b*, imputa às autoridades competentes o dever de controlar “as operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização”, assim como “a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho”, devendo “ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrente da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes”, o que demonstra a importância de adotar no ambiente de trabalho condutas e procedimentos em conformidade com os princípios da precaução e prevenção.

O art. 21-A da Lei nº 8.213/91 prevê a caracterização da natureza acidentária da incapacidade apresentada quando constatado nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e a lesão, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID. Para afastá-lo, conforme preceituado nos §§ 1º e 2º, cabe ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência do nexo, o que inclui a comprovação de que tomou todas as providências necessárias para a precaução e a prevenção da ocorrência da lesão.

Em relação aos trabalhadores expostos a agentes nocivos à saúde, desde 2004 o empregador é obrigado a entregar na rescisão contratual o documento denominado perfil profissiográfico previdenciário (em lugar do anterior DIR-BEN nº 8.030), que deve conter as informações referentes à atividade exercida e ao meio ambiente de trabalho, conforme prevê o art. 58 da Lei nº 8.213/91 e a IN INSS/DC 96/03. O § 2º do artigo anteriormente referido consigna que deste documento deve constar se é adotada no local de trabalho “tecnologia de proteção coletiva ou individual, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo”, o que denota a importância dos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme dados apresentados pelo TST²³ há mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil e a média de sete mortes por dia, sendo que a Previdência Social gasta R\$ 10,4 bilhões por ano com acidentes de trabalho.

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e o dinheiro

23 <www.tst.jus.br>.

investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado. Reduz o número de acidentes e doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces, evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Além disso, há outra consequência importante. O art. 120 da Lei nº 8.213/91 prevê o ajuizamento, pela previdência, de ação regressiva contra os responsáveis, quando constatada “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva”. Em observância a tal diretriz, a Recomendação nº 21/2011 expedida pela CGJT, estabelece que Desembargadores e Juízes do Trabalho encaminhem à Procuradoria da Fazenda Nacional cópias de sentenças/acórdãos que reconheçam a conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, assim possibilitando o ajuizamento dessas ações regressivas.

Por causa do alto número de acidentes no Brasil, responder a tais ações regressivas implicará no gasto de valores expressivos pelo empregador, que deverá incluir o pagamento de despesas médicas, previdenciárias e indenização aos dependentes das pessoas vitimadas ou mortas.

10 – A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA PREVENTIVA

No início do século passado o médico Oswaldo Cruz atuou intensamente para vencer resistências e propagar a ideia de que era melhor prevenir doenças do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida *guerra da vacina* lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado a importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro.

Este desafio está sendo apresentado ao Direito um século depois.

As obras afetas à Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas de 2016, exploração do petróleo em águas profundas com o trabalho a ser desenvolvido em plataformas e unidades de perfuração, num modelo que atribui à Petrobrás a situação de operadora de todas as reservas do pré-sal, suscita questionamentos importantes quanto à segurança e condições de saúde no meio ambiente de trabalho, por ser inevitável o enfrentamento de problemas provocados por novas tecnologias, que certamente advirão.

Neste contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica meramente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a ideia de ser necessário atuar com precaução e bom-senso na prevenção dos conflitos, mediante

a formatação de um novo padrão de normatividade em relação às questões que tratam do meio ambiente de trabalho²⁴.

Esta nova perspectiva demonstra que, enquanto a reparação do dano já ocorrido é prejuízo, como um número expressivo de acidente de trabalho é evitável, o que se gasta na prevenção é investimento e não custo, pois traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade de vida ao trabalhador. Ademais, garantir condições de trabalho decentes confere seriedade ao marco institucional do país e conseqüente *up grade* no cenário internacional, além de propiciar inestimáveis benefícios à sociedade brasileira como um todo, ao reduzir a conflitualidade e aumentar os níveis de bem-estar dos atores sociais.

Como ressalta o constitucionalista peruano Omar Cairo Roldán²⁵:

“(...) a conduta dos órgãos públicos e dos cidadãos deve ser coerente com os fins colimados pelo estado Democrático. Dentro deste esquema, a economia deve orientar-se pelo desenvolvimento, garantindo sempre a dignidade e a liberdade das pessoas, para que o desenvolvimento econômico ocorra em conjunto com o bem-estar geral.”

11 – A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. A EXPERIÊNCIA DE CUIABÁ

Esta mudança de eixo torna insustentável a antiga configuração de um Judiciário inerte, que só age quando provocado, exigindo que assuma postura proativa, como um dos agentes de transformação do marco normativo.

Nesta senda, o TST organizou nos dias 20 e 21.10.2011 um Seminário sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho, atento aos sinais que demonstram a possibilidade de intensificação da ocorrência dos acidentes nesta fase de aceleração das obras de construção civil para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. A taxa atual de trabalhadores acidentados na construção civil é de 17,8% por 100 mil habitantes, enquanto a taxa geral é de 6,1% por

24 O tema foi abordado por nós em trabalho inicial apresentado no 7ª ILERA – *Regional Congress of the Americas and 5ª IBRET – Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho – Conference*, com trabalho cujo título é: *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano; e pode ser acessado em: <<http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>>.

25 CAIRO ROLDÁN, Omar. Escritos Constitucionales. In: *Cuadernos Jurídicos*. Lima: Communitas, 2008. v. 1, p. 142.

100 mil habitantes²⁶, o que vem demonstrar a importância da implementação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao meio ambiente de trabalho neste setor de atividade.

Consciente disso, Osmair Couto, então presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso, organizou uma audiência pública, em novembro de 2011, em que proferiu palestra de abertura na condição de desembargador, ressaltando a necessidade de adotar e divulgar boas práticas, prevenir litígios, reduzir os acidentes de trabalho e estimular o trabalho decente, destacando a importância da atuação proativa do Direito na obtenção da pacificação com justiça e diminuição dos níveis de conflito, através do estímulo à prevenção e à precaução.

O evento contou com a participação de representantes da Secretaria Regional de Trabalho e Emprego (SRTE), do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho²⁷, sindicatos, Prefeituras de Cuiabá e Várzea Grande, Assembleia Legislativa de Mato Grosso, OAB-MT, Associação dos Advogados Trabalhistas (Aatramat) e Associação dos Magistrados do Trabalho de Mato Grosso (Amatra 23).

Durante as discussões, os participantes ressaltaram a necessidade de se adotar medidas para evitar que, ao fim das obras realizadas para a Copa de 2014, não fique para trás um contingente de trabalhadores acidentados ou mesmo sem receber direitos trabalhistas básicos.

Representantes das entidades envolvidas na realização e fiscalização das obras da Copa do Mundo de 2014 na região assinaram a Carta de Compromisso de Cuiabá.

Entre os onze compromissos firmados, os subscritores destacaram a importância da observância dos deveres pertinentes à higidez do meio ambiente do trabalho, a responsabilização solidária do empregador e do tomador dos serviços pela observância das normas atinentes ao meio ambiente do trabalho. Ressaltaram que eventual alegação de necessidade de cumprimento de prazos na realização de grandes obras, inclusive em relação à Copa do Mundo de 2014, não poderá ser aceita como justificativa para o descumprimento das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Destacaram que apesar das controvérsias jurídicas a respeito da responsabilidade trabalhista do dono

26 <www.tst.jus.br>.

27 No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), cumpre destacar a criação do Grupo Móvel de Fiscalização de Grandes Obras, cujo fim principal é o destacamento de Auditores Fiscais do Trabalho dedicados a fiscalizar o andamento de grandes obras Brasil afora, dedicando atenção especializada a empreendimentos de vulto.

da obra, todos os que atuam na execução de empreendimentos na construção civil (donos da obra, empreiteiras e empresas especializadas subcontratadas) devem envidar esforços para o cumprimento de todos os deveres referentes à segurança dos trabalhadores, considerando que todos são responsáveis pelo meio ambiente de trabalho saudável.

Por fim, comprometeram-se em manter aberto um canal permanente de interlocução com os diferentes atores sociais, visando estimular a adoção concreta de boas práticas para prevenir litígios, reduzir acidentes de trabalho e construir uma cultura de precaução e prevenção, a fim de garantir a prestação de trabalho decente.

12 – CONCLUSÃO

Ao constatar a mutabilidade que a caracteriza, processada num ritmo cada vez mais intenso, o conceituado sociólogo Zygmunt Bauman esclarece que vivemos numa sociedade líquida, assim classificada porque os líquidos mudam de forma rapidamente, sem qualquer pressão, e por sua natureza não tem condições de se solidificarem.

Na sociedade instável e invertebrada, a questão social ressurgue com a mesma força de séculos atrás, porém com maior poder de destruição, por tentar transformar o trabalhador num dado líquido, inculcando nas relações laborais a lógica do descarte, que corrói de forma insidiosa os pilares de sustentação do direito trabalhista.

Neste cenário cresce de importância a atuação dos sindicatos, que conhecem mais de perto os locais de trabalho e os riscos existentes. Também se revela significativa a atuação do Ministério Público do Trabalho, seja na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), que detém força executiva conforme dispõe o art. 876 da CLT, seja no ajuizamento de Ação Civil Pública nos termos do art. 83, III, da LC nº 75/93. Por derradeiro, indiscutível a importância da atuação assertiva e efetiva da Inspeção do Trabalho, através de seus Auditores Fiscais, na implementação da legislação protetiva, bem como na adoção de medidas acautelatórias de efeito imediato, como o embargo e interdição. Em suma, a atuação conjunta e sinérgica dos atores sociais e instituições estatais envolvidas.

O padrão normativo da Era Moderna foi edificado com base no pensamento do filósofo Parmênides, mas os novos tempos da pós-modernidade contemporânea são de Heráclito, que apostou na constante mutação.

DOUTRINA

Neste contexto, a função promocional do Direito indica a necessidade de intensificar a atuação preventiva, formando uma nova mentalidade com o escopo de evitar a ocorrência da lesão, por considerar que assegurar meio ambiente equilibrado no local de trabalho constitui direito fundamental, albergado pela Constituição de 1988.

Por isso é preciso que o binômio dever ser/sanção, que previa a adoção de medidas meramente reparatórias, adote uma nova perspectiva, incorporando os princípios da precaução e prevenção, que vão atuar como marcos de resistência, preservando o núcleo inalienável que garante ao trabalhador a condição de sujeito, impedindo a precarização provocada pela lógica que o reduz a objeto de descarte, assim atuando como norte de um novo padrão normativo, a fim de preservar a funcionalidade do sistema jurídico e manter a eficácia do Direito na contemporaneidade.

13 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Vida a Crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica Jurídica Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela coletiva em juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 31, n. 114, p. 18-30, dez. 2011.

CAIRO ROLDÁN, Omar. Escritos Constitucionales. In: *Cuadernos Jurídicos*. Lima: Communitas, 2008, v. 1.

CESARINO Jr, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Martins, 1940.

CLUBE DA LUTA – Fight Club. Filme dirigido por David Fincher. 1999.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. In: n. 35. jul./dez. Campinas, 2009.

_____.; _____. *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*. Trabalho apresentado no 7ª ILERA – *Regional Congress of the Americas and 5ª IBRET – Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho – Conference*, realiza-

DOCTRINA

do em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano. Disponível em: <<http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>>.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falava Zaratustra*. Trad. de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/com-campanha-o-futuro-que-queremos-onu-convida-sociedade-civil-a-participar-da-rio20/>>.

PADILHA, Norma Sueli. *Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ltda., 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental*: parte geral. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.