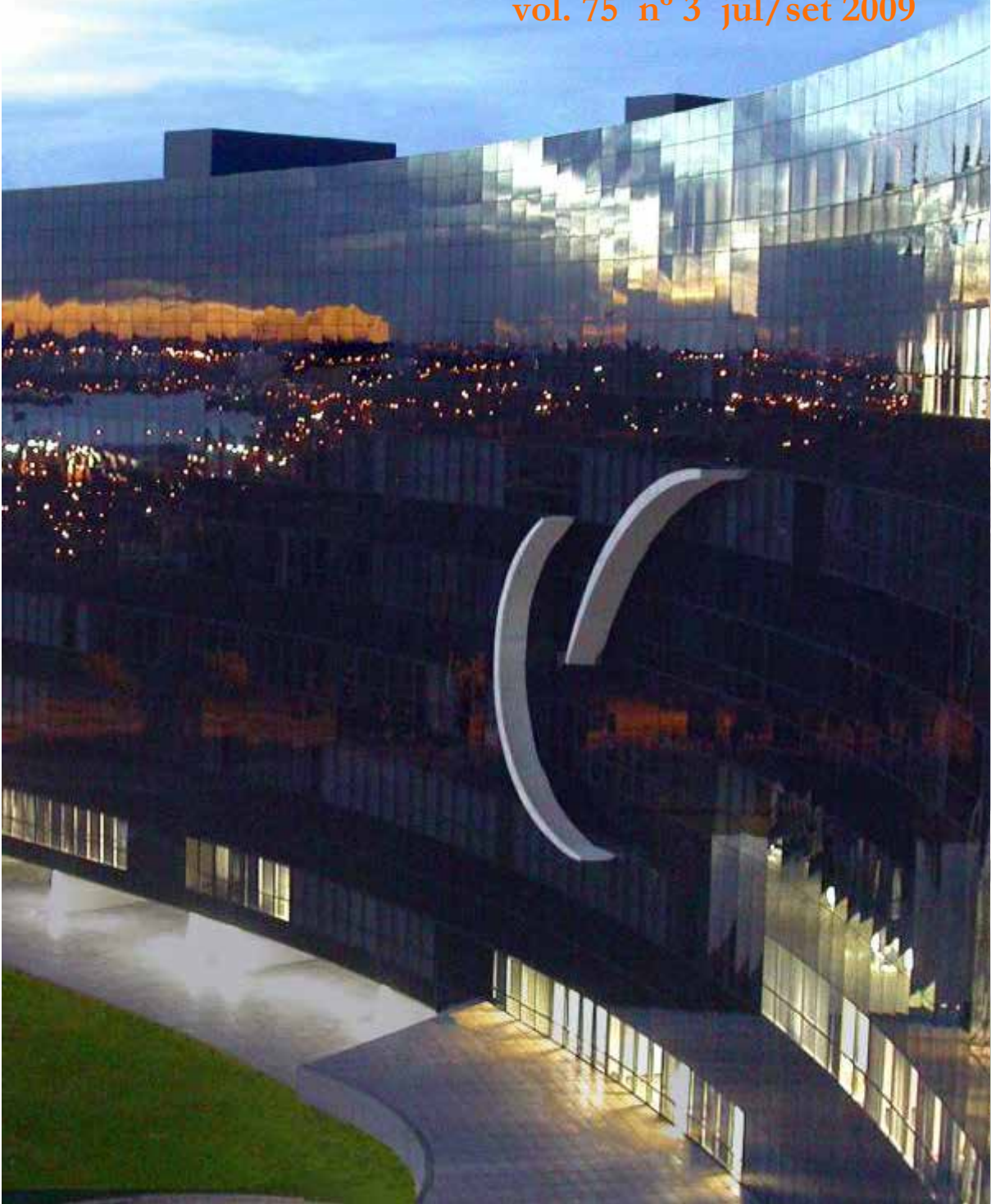


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 75 nº 3 jul/set 2009



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Comissão de Documentação

Ano 75 – nº 3 – jul. a set. – 2009



Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar – Porto Alegre – RS – 91.340-340
magister@editoramagister.com – www.editoramagister.com

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- , Magister.

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) 3314-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
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

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
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 Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Desembargador Douglas Alencar Rodrigues (convocado)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Desembargadora Maria Doralice Novaes (convocada)

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala, Presidente
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Presidente

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 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 Mauricio Godinho Delgado

Desembargador Douglas Alencar Rodrigues (convocado)

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente (licenciado – membro do CNJ)

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Desembargadora Maria Doralice Novaes (convocada)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente

Ministra Dora Maria da Costa

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



VANTUIL ABDALA



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA

Sumário

TEMA ESPECIAL: PRINCÍPIOS

1. Os princípios na estrutura do Direito
Mauricio Godinho Delgado 17
2. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa
Kátia Magalhães Arruda 35
3. Princípios: a necessidade da compreensão da função normativa
(coerência na sua aplicação e interpretação)
Thereza Christina Nahas 45
4. Os princípios do Direito do Trabalho diante da flexibilidade laboral
Sérgio Torres Teixeira / Fábio Túlio Barroso 57
5. Liberdade e igualdade como princípios em tensão: Kelsen, Dworkin
e a indeterminação estrutural do Direito
Paulo Henrique Blair de Oliveira 70
6. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho
Maria do Perpetuo Socorro Wanderley 106
7. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no
constitucionalismo latino-americano
Ingo Wolfgang Sarlet 116
8. Discriminação racial & desigualdade social na ordem do dia: algumas
considerações sociopolíticas sobre a criação de políticas públicas de
ação afirmativa para afrodescendentes no Brasil
Luiz Fernando Martins da Silva 150

TEMÁTICA ATUAL

- A arte de julgar: entre a lei e a ideologia
Indalécio Gomes Neto 157

NOTAS E COMENTÁRIOS

- Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho 177

SUMÁRIO

TST promove o II Encontro Nacional sobre Legislação Esportivo-Trabalhista	179
JURISPRUDÊNCIA	
Jurisprudência temática	183
ÍNDICE TEMÁTICO	
1. Índice da Jurisprudência do TST	377

Tema Especial: Principios

OS PRINCÍPIOS NA ESTRUTURA DO DIREITO*

Mauricio Godinho Delgado**

I – INTRODUÇÃO

Direito é o conjunto de princípios, regras e institutos voltados a organizar relações, situações ou instituições, criando vantagens, obrigações e deveres no contexto social.

Incorporando e concretizando valores, o Direito desponta como essencialmente finalístico, isto é, dirigido a realizar metas e fins considerados relevantes em sua origem e reprodução sociais.

Em sua relação com a dinâmica social, o Direito tende a atuar, essencialmente, de duas maneiras (que podem, obviamente, combinar-se): ou antecipa fórmulas de organização e conduta para serem seguidas na comunidade ou absorve práticas organizacionais e de conduta já existentes na convivência social, adequando-as às regras e princípios fundamentais do sistema jurídico circundante. Enquanto a primeira maneira é cumprida, em geral, pelo legislador, ao editar novos diplomas normativos, a segunda tende a ser cumprida, em geral, pela jurisprudência, ao interpretar a ordem jurídica e encontrar nela soluções normativas para situações aparentemente não tratadas pelos diplomas legais disponíveis.

Em qualquer das dimensões do fenômeno jurídico (sua estrutura, seus valores e fins, sua operação concreta), os princípios cumprem papel fundamental.

De fato, eles compõem o Direito, ao lado das regras e dos institutos jurídicos. Sua presença na estrutura do ordenamento jurídico é, hoje, inquestionável, embora se caracterizando os princípios por funções múltiplas e concorrentes, e não a exclusiva função normativa.

* Texto oriundo do 1º capítulo da obra deste autor, *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho* (3. ed. São Paulo: LTr, 2009; 2001).

** *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; Autor das obras* *Direito Coletivo do Trabalho* (3. ed. São Paulo: LTr, 2008) e *Curso de Direito do Trabalho* (8. ed. São Paulo: LTr, 2009); *Professor Universitário (Mestrado/Doutorado da PUC-MG e Especialização do IESB-DF)*.

DOCTRINA

São os princípios também, efetivamente, no quadro valorativo e finalístico, que caracterizam essa produção cultural humana (o Direito), o elemento de maior destaque na incorporação dos valores e fins mais essenciais à vida e convivência sociais. Os princípios têm dimensão valorativa acentuada, por sua própria natureza e ainda por se concentrarem nos valores de maior perenidade na história social e naqueles que alcancem maior consistência e legitimidade cultural em um dado momento histórico.

Por fim, os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica de ajuste do Direito à vida social, moldando a interpretação da regra jurídica e se associando a ela no processo de sua incidência sobre a realidade dos seres humanos. Seja na antecipação de fórmulas de organização e conduta para serem seguidas na comunidade ou na absorção de práticas organizacionais e de conduta já existentes na convivência social, os princípios desempenham o papel fundamental de cimentarem a ordem jurídica aplicável aos valores mais essenciais do universo do Direito.

Por todas essas razões, a análise circunstanciada dos princípios jurídicos é ponto obrigatório em qualquer programa consistente de compreensão do fenômeno jurídico.

II – CONCEITO

Princípios são proposições gerais inferidas da cultura e ordenamentos jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito.

Podem os princípios ser *comuns* a todo o fenômeno jurídico ou *especiais* a um ou alguns de seus segmentos particularizados. Desse modo, os princípios jurídicos gerais são *proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito* ao passo que os princípios especiais de determinado ramo do Direito são *proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essencial de certo ramo jurídico*.

São os princípios jurídicos diretrizes gerais *induzidas* e, ao mesmo tempo, *indutoras* do Direito; proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam *comandos jurídicos instigadores* do universo do Direito.

Sabe-se, é claro, que a palavra *princípios* traduz, de maneira mais ampla (não apenas no campo do Direito), a noção de *proposições ideais que se gestam*

DOCTRINA

na consciência de pessoas e grupos sociais a partir de certa realidade e que, após gestadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Nesta acepção mais abrangente, princípios políticos, morais ou religiosos, por exemplo, importariam em proposições ideais resultantes de um determinado contexto político, cultural ou religioso que se reportam à realidade como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas. Em tal sentido, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando. Na dinâmica das pessoas e sociedades, os princípios atuariam como enunciados que refletem e informam, em maior ou menor grau, as práticas individuais e sociais correspondentes.

Nas ciências, a palavra *princípio* é apreendida com sentido similar. Aqui, *princípios* correspondem à noção de proposições ideais construídas a partir de certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada. Os princípios atuariam no processo de exame sistemático acerca de certa realidade – processo que é típico às ciências –, direcionando tal processo.

III – FUNÇÕES

Os princípios cumprem funções diferenciadas no Direito. Tais funções se manifestam nas duas fases próprias ao fenômeno jurídico: a primeira, de sua construção, e a segunda, de sua realização social.

A fase de construção da regra – fase *pré-jurídica*, de natureza essencialmente *política* – corresponde ao estágio histórico de elaboração das regras de Direito. Aqui, os princípios já existentes no próprio universo jurídico agem por influência teórico-ideológica, no processo de construção das novas regras.

A fase jurídica típica, surgida desde que consumada a elaboração da regra, corresponde ao estágio histórico em que ela irá reger as organizações e condutas sociais. Certamente será aqui, nesta fase, que os princípios cumprirão seu papel mais relevante.

I – Fase pré-jurídica: construção do Direito

Na *fase pré-jurídica*, os princípios despontam como proposições gerais que propiciam uma direção coerente na construção da regra de Direito. São veios iluminadores à elaboração da regra jurídica.

Os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo. Nesse instante os princípios atuam como verdadeiras *fontes materiais do Direito*, à medida que se postam como fatores que influenciam a produção da ordem jurídica.

A fase pré-jurídica, de elaboração da regra de Direito, é tradicionalmente longa, tortuosa, em face dos distintos instantes de depuração e sedimentação que caracterizam o processo legislativo moderno. Essa lenta maturação da norma favorece a influência, em seu construir, dos ideários e diretrizes contidos nos princípios jurídicos.

O inverso tende a ocorrer em processos de criação açodada, imatura e/ou imprudente de regras jurídicas; aqui, entre outros graves problemas (como a centralização autoritária que lhe é inerente), tende a se mostrar tênue a influência dos princípios do Direito. É o que se percebe, na história, nas experiências de regimes de exceção, como o regime militar no Brasil (1964-85). Lamentavelmente, é o que se tem percebido também no afluxo incontido de medidas provisórias na trajetória republicana brasileira após 1988.

A influência dos princípios no processo *regular* de criação das regras jurídicas (desconsiderados, pois, os processos distorcidos acima mencionados) é, porém, ainda assim, relativa. É que se os princípios atuam aí como fontes *materiais* do Direito dificilmente têm a aptidão de se alçarem como a principal dessas fontes.

Na verdade, sabe-se que as principais fontes materiais do Direito situam-se *fora do sistema jurídico*, provocando a modificação nesse sistema (pela criação de novas normas). Trata-se fundamentalmente das forças econômicas, dos movimentos sociopolíticos e das correntes político-filosóficas que instigam e condicionam a elaboração normativa.

2 – Fase jurídica: Direito construído

O Direito posto, construído, rege as organizações e condutas sociais. Corresponde à fase jurídica típica, já consumado o processo de elaboração das normas. Nesta fase, certamente, os princípios cumprem seu papel mais relevante.

Em primeiro plano, esclareça-se que *os princípios que compõem o próprio Direito posto, são elemento integrante do ordenamento jurídico*. Este se conceitua como o complexo de *princípios, normas e institutos* que regulam, em certo período histórico e área territorial, as relações sociais.

Na *fase propriamente jurídica*, os princípios desempenham funções diferenciadas e combinadas. Insista-se que as distintas funções se exercem, muitas vezes, *combinadamente, de modo simultâneo*, no mesmo processo de apreensão, compreensão e aplicação do Direito. Embora isso não reduza a relevância de se identificar cada uma de tais funções específicas, não se pode olvidar que em seu processo operativo os princípios comumente exercem *ao mesmo tempo* seus diferentes papéis.

Os princípios integram o Direito, nele exercendo, desse modo, distintas funções. Trata-se da *função interpretativa* (também chamada descritiva ou informativa); da *função normativa subsidiária* (ou supletória); finalmente, da *função normativa própria* (ou função normativa concorrente).

a) Função interpretativa ou descritiva (ou informativa)

A mais comum e recorrente dessas funções é a *descritiva* ou *interpretativa* (ou, ainda, *informativa*), atada ao processo de revelação e compreensão do próprio Direito.

De fato, os princípios atuam, na fase jurídica, contínua e incessantemente, como proposições ideais propiciadoras de uma direção coerente na interpretação da regra de Direito. São *veios iluminadores à compreensão da regra jurídica construída*.

Os princípios cumprem, aqui, sem dúvida, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, contribuem no processo de compreensão da regra, balizando-a à essência do conjunto do sistema jurídico. São chamados *princípios descritivos* ou *informativos* (ou *interpretativos*), à medida que propiciam uma leitura reveladora das *direções essenciais* da ordem jurídica analisada. Os princípios informativos ou descritivos não atuam, pois, como fonte formal do Direito, mas como instrumental de auxílio à interpretação jurídica.

b) Função normativa subsidiária

Podem os princípios, entretanto, também cumprir o papel de *fontes formais supletivas* do Direito (função normativa supletória ou subsidiária).

Neste passo, atuam como fontes normativas *subsidiárias*, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um específico caso concreto. A proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse norma jurídica própria. É o que se

passa em situações de recurso necessário à *integração jurídica*, em decorrência de falta de regras jurídicas no conjunto das fontes normativas principais existentes. Denominam-se *princípios normativos supletórios*, à medida que atuam como normas jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica.

A função normativa *supletória* dos princípios, ocorrida em situações de lacuna nas regras legais do Direito, é mais rara do que sua função interpretativa. Curiosamente, entretanto, corresponde àquela citada de modo expresso por texto de leis brasileiras. É o que se passa quando a lei autoriza o recurso, pelo juiz, à integração jurídica (art. 8º, CLT; art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil; art. 126, CPC).

Estas eram as *duas funções* que a doutrina tradicionalmente reconhecia aos princípios, até meados do século XX, ainda sob o império do positivismo jurídico: a função informativa (ou interpretativa) e a função normativa *subsidiária*.

c) *Função normativa concorrente*

Hoje, parte significativa da doutrina agrega outra função (da qual decorreriam novos papéis conexos) às duas tradicionais já amplamente reconhecidas: trata-se de efetiva *função normativa própria*. Esta também seria inerente aos princípios no conjunto do ordenamento do Direito – ou, pelo menos, aos princípios *essenciais* do sistema jurídico. Tal função normativa própria teria *status* até mesmo prevalecente sobre o papel normativo característico das demais regras jurídicas.

Enfatize-se este ponto: os princípios preservariam sua *função normativa supletória* (função integrativa, de modesta importância evidentemente, já que cabível apenas em situações de *defeitos* – lacunas – nas fontes normativas tidas como principais do sistema). Mas além dela (e além da *função interpretativa*), os princípios teriam ainda uma *função normativa específica*, própria, resultante de sua *dimensão fundamentadora* de toda a ordem jurídica.

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva*, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*.

Norberto Bobbio sustenta “que os princípios gerais são normas como todas as outras”. Sua natureza normativa resultaria não apenas da circunstância de serem extraídos das demais regras do Direito, “através de um procedimento de generalização sucessiva”, como também do fato de servirem ao mesmo objetivo: “a função de regular um caso concreto”¹.

Esta nova compreensão doutrinária passou a se valer da expressão *norma* como *referência geral* aos dispositivos gerais, abstratos, impessoais e obrigatórios que regulam a vida social. Assim, na ideia de *norma* (em sentido amplo) estariam abrangidas, pois, as noções de *regras* (ou norma, em sentido estrito) e de *princípios* jurídicos (e também a noção de *institutos jurídicos*, acrescentamos nós). A “distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas”, diz Robert Alexy, sintetizando esta compreensão teórica sobre o problema².

Esta mais recente compreensão sedimentou-se, em distintas vertentes, dimensões e abrangência, na segunda metade do século recém findado, com a obra de juristas notáveis, principalmente filósofos do Direito e constitucionalistas. Citem-se, ilustrativamente, entre vários outros, Vezio Crisafulli e Norberto Bobbio, na Itália; Jean Boulanger, na França; Federico de Castro, Luís Díez-Picazo e Joaquín Arce y Flórez-Valdés, na Espanha; Joseph Esser e Robert Alexy, na Alemanha; Ronald Dworkin, nos EUA; José Joaquim Gomes Canotilho, em Portugal³; Paulo Bonavides, no Brasil⁴.

Tal função maior percebida nos princípios – ao menos nos princípios gerais ou essenciais do Direito – permitiria qualificá-los como “normas-chaves de todo o sistema jurídico” (Paulo Bonavides)⁵, “fundamento da ordem jurídica”

-
- 1 Bobbio, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 158-159. O autor refere-se também a Vezio Crisafulli, que, em texto de 1941, já afirmaria a natureza normativa dos princípios.
 - 2 Alexy, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83. A expressão *norma* pode ser utilizada, pois, em sentido amplo (quando abrangeria as *regras*, os *princípios* – e, pensamos, também os *institutos jurídicos*); mas pode ser utilizada ainda em sentido estrito, quando corresponderia a regras jurídicas.
 - 3 Canotilho, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 172-176.
 - 4 Paulo Bonavides vê em Jean Boulanger, em obra de 1950, “o mais insigne precursor da normatividade dos princípios”. In: *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 239. Por sua vez, Flórez-Valdés atribui tal pioneirismo ao espanhol Federico de Castro, cuja obra é anterior à segunda guerra mundial. In: *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 53. O autor brasileiro, contudo, também faz reverência à obra de F. de Castro, a partir do texto de Flórez-Valdés (in ob. cit., p. 254-255). Ao lado disso, Norberto Bobbio refere-se ainda a texto do italiano Vezio Crisafulli, de 1941, já afirmativo da normatividade dos princípios – in ob. cit., p. 158.
 - 5 Ob. cit., p. 257.

(Federico de Castro)⁶, “super-fonte” (Flórez-Valdés)⁷, verdadeiros “mandamentos de otimização” da ordem jurídica (Robert Alexy)⁸.

Em face de sua função normativa própria (e não mais meramente supletiva), os princípios desempenhariam diversos papéis conexos, todos de grande importância: em síntese, a possibilidade de *extensão* ou *restrição* de certa norma jurídica até ao ápice de sua própria *invalidação*. Esta dimensão *fundamentadora* da ordem jurídica assumida pelos princípios (além das dimensões interpretativa e integrativa tradicionais), com “eficácia derogatória e diretiva” (Federico de Castro e Flórez-Valdés), teria se tornado, segundo análise de Paulo Bonavides, “sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo”⁹.

É claro que a prevalência dos princípios sobre as regras legais (“dimensão fundamentadora, com eficácia derogatória e diretiva”) é *relativa*, sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado. Esta relatividade deriva de distintos fatores.

Em primeiro lugar, não existiriam princípios *absolutos*. Nem mesmo o princípio central das ordens jurídicas contemporâneas – o da dignidade humana – seria absoluto, como bem exposto por Alexy¹⁰. Este simples mas fundamental fato já em muito mediatiza a influência derogatória, extensiva ou restritiva dos princípios sobre as demais regras de Direito.

Em segundo lugar, na solução de conflitos entre princípios e regras ou entre os próprios princípios, não prevaleceria critério hierárquico rígido favorecendo os primeiros, mas *critério matizador flexível*, fundado no *peso* dos princípios cotejados. Tal critério fundado no *peso* (ou *importância*) dos princípios é acentuado por dois dos principais autores que se dedicaram ao tema, Ronald Dworkin¹¹ e Robert Alexy¹².

O critério do *peso* traduz a noção de *importância jurídica*. Esta combina duas dimensões: importância jurídica em certa época histórica e importância jurídica em certo confronto temático concreto. No primeiro caso, importância

6 In Flórez-Valdés, ob. cit., p. 53 e 56.

7 Ob. cit., p. 55.

8 Robert Alexy, ob. cit., p. 86 e ss. Há menções à obra de Alexy que falam, em português, em *mandatos* de otimização; contudo, o conceito é de *mandado* (ou *mandamento*), por se tratar de ordenações de permissão ou de proibição.

9 Paulo Bonavides, ob. cit., p. 255. O autor brasileiro, no texto, está se reportando à contribuição de Federico de Castro, segundo visão de Flórez-Valdés.

10 Robert Alexy, ob. cit., p. 105-109.

11 Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999. p. 77 e ss.

12 Alexy, R., ob. cit., p. 87 e ss.

ampla, no conjunto da fase que se vive na história; no segundo caso, importância circunstancial, no delimitado confronto de situações fático-jurídicas reais.

As duas referidas dimensões têm de ser avaliadas *em conjunto*. Disso resulta a conclusão de que nem sempre o princípio dotado de maior peso histórico (aparentemente mais importante, portanto) tenderá a prevalecer em certa situação concreta específica.

Ilustrativamente, tome-se o contraponto entre dois princípios gerais de nosso ordenamento político e jurídico: o da *dignidade humana* e o da *democracia*. Embora ambos sejam muito relevantes hoje, não parece haver dúvida de que o primeiro prepondera como proposição geral informadora do Direito e de suas determinações. Portanto, o primeiro teria prevalência em face de seu maior peso na época histórica ora vivida (e é o que de fato acontece – a maioria das vezes, é claro).

Entretanto, no tocante à prestação de serviços por servidor irregularmente contratado pelo Estado (situação fático-jurídica em que os dois princípios atuam), a jurisprudência tem atribuído peso maior ao princípio da democracia em confronto com o princípio da dignidade humana. Em consequência, tem restringido gravemente os efeitos jurídicos dos contratos de emprego assim consumados, mesmo que a energia laborativa tenha sido entregue ao tomador por longos anos (ver, a propósito, o Enunciado nº 363 do TST). Mesmo que esta orientação jurisprudencial seja criticável, ela comprova o funcionamento do critério aqui especificado.

A relatividade da prevalência dos princípios sobre as regras legais resulta ainda de outro fator.

É que, em terceiro lugar, os princípios não são comandos taxativos, mas *comandos instigadores* (mandados de *otimização*, como fala Robert Alexy). São “normas que *ordenam que algo seja realizado na maior medida possível*, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”¹³. Conforme lembra Alexy, os princípios podem ser cumpridos em *graus diferentes*. A medida variável desse cumprimento depende tanto das possibilidades fáticas como das jurídicas, sendo que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”¹⁴. Ou seja, a força imanente aos princípios é relativa, levando em conta o fixado nos demais princípios e regras convergentes e divergentes.

13 Alexy, R., ob. cit., p. 86. Grifos acrescidos.

14 Loc. cit. Excelentes estudos sobre a concepção normativa de princípios encontram-se em Paulo Bonavides, ob. cit., p. 228-266; e Marcelo Campos Galuppo. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 143, jul./set. 1999. p. 191-209.

DOCTRINA

Agregando ponderações ao debate acerca da nova concepção de princípios e de seu papel no Direito, parece-nos adequado sustentar que os princípios, enquanto *comandos jurídicos instigadores*, além das tradicionais funções interpretativa e supletória, têm, na verdade, uma *função normativa concorrente*. Trata-se de papel normativo *concorrente*, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral e a ele contraposto.

Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do *peso* do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.

A clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso, se pode falar também em uma *função simultaneamente interpretativa/normativa*, resultado da *associação das duas funções específicas* (a descritiva e a normativa), *que agem em conjunto*, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito.

IV – CLASSIFICAÇÃO

Classificar é separar elementos segundo um critério comparativo e, em seguida, dispô-los nos respectivos grupos conforme as identidades encontradas. A construção de classificações (tipologias) é importante para as ciências, uma vez que permite o estabelecimento de comparações e distinções envolvendo diversas faces dos componentes de certo universo.

As duas classificações mais interessantes ao presente estudo são as que tomam em cotejo comparativo a *abrangência* ou a *função* dos princípios examinados.

No que tange à sua abrangência, os princípios podem ser *gerais* ou *especiais*; no que diz respeito à sua função, podem ser *descritivos*, *normativos supletórios* e, por fim, *normativos concorrentes*.

1 – Tipologia pela abrangência

Em conformidade com sua abrangência, os princípios podem ser *gerais* ou *especiais*.

Os primeiros (princípios gerais do Direito) são, como visto, *proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito*. Os princípios especiais de determinado ramo do Direito, por sua vez, são *proposições gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais de certo ramo jurídico*.

a) Princípios gerais do Direito

Os princípios gerais do Direito são *diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito*. Sua abrangência é ampla, tendendo a atingir todos os segmentos da árvore jurídica, independentemente das particularidades diferenciadoras de cada ramo.

É verdade que os princípios gerais não atingem uniformemente todos os distintos ramos jurídicos. Mas no momento em que atuam estabelecem essenciais pontos de comunicação entre cada ramo especial e o conjunto jurídico geral, assegurando coerência à ordem jurídica como um todo.

Tradicionalmente consideravam-se os princípios jurídicos gerais imantados de uma dimensão privatista, oriundos da matriz então central do Direito da era capitalista, situada no Direito Civil (séculos XVIII, XIX, até primeira metade do século XX). Os princípios gerais do Direito eram, de certo modo, na época, princípios civilistas.

O constitucionalismo da segunda metade do século XX, entretanto, alterou não apenas a própria concepção de princípios (neles enxergando um caráter normativo específico) como passou a perceber nas constituições democráticas o estuário central de sua inserção no mundo de hoje. Os princípios gerais de Direito tendem a ser, hoje, princípios de Direito Constitucional, o que robustece seu potencial jurídico instigador e fortalece ainda mais as próprias constituições.

Sinteticamente, pode-se dizer que *natureza, posicionamento e potencialidade* demarcam, assim, a distinção entre as antigas concepções sobre princípios e as hoje brandidas no Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Como bem exposto por Paulo Bonavides, o “ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, *no caráter e no lugar de sua normatividade*, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, *para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais*”¹⁵.

15 Bonavides, P., ob. cit., p. 260; grifos acrescentados.

DOCTRINA

Há princípios gerais do Direito – e que são, hoje, claramente, princípios constitucionais – que se aplicam, com relevância, ao Direito do Trabalho (particularmente, Direito Individual do Trabalho).

Em um primeiro plano, há um verdadeiro grupo de princípios, liderado pelo *princípio da dignidade humana*. Junto a este basilar, há diversos outros associados: o *princípio da não discriminação*, o *princípio da justiça social* e, por fim, o *princípio da equidade*.

Em outro plano, há também os princípios *da proporcionalidade* e *da razoabilidade*.

A este bloco de princípios constitucionais – e gerais – atuantes no Direito do Trabalho, somam-se outros princípios que não são necessariamente vinculados à Constituição, mas ao plano jurídico geral, espreado inegável influência no campo juslaborativo. É o que se passa, no Brasil, com o princípio da *boa-fé* e seus corolários, princípios do *não enriquecimento sem causa*, da *vedação ao abuso do direito* e da *não alegação da própria torpeza*¹⁶.

Esclareça-se, por fim, que ao Direito do Trabalho também se integram outras proposições gerais, oriundas principalmente do Direito Civil, mas que não se enquadram exatamente como *princípios*.

Trata-se, por exemplo, da máxima que dispõe sobre a *não exigência do impossível a qualquer pessoa*; da que se refere à *prerrogativa menor autorizada pela prerrogativa maior* (“quem pode o mais, pode o menos”); da que fala do *pericípio da coisa em função do pericípio de seu dono* ou, se se preferir, do *pericípio da coisa sob ônus de seu dono* (*res perit domino*). A qualificação dessas *máximas jurídicas* como princípios hoje, contudo, não é mais aceita.

De fato, em face da função qualitativamente superior atribuída aos princípios nos dias atuais, como “superfonte” do Direito (Flórez-Valdés), “norma das normas”, “viga-mestra do sistema” (Paulo Bonavides), a tendência é de se restringir o perfilamento de proposições gerais no conceito de *princípios*. É o que se passa, precisamente, com as últimas proposições gerais civilistas ora mencionadas; elas não têm *status* de efetivo princípio jurídico geral, melhor se enquadrando como *máximas da experiência do Direito*.

Tais máximas jurídicas (brocardos e congêneres) seriam, pois, sedimentações do conhecimento empírico do Direito ou *condensações de experiências*, como fala Díez-Picazo. Teriam, é claro, utilidade pedagógica na

16 Reconheça-se que a maioria de tais princípios teve sua origem no tronco básico do Direito Civil, tornando-se, tempos depois, comuns a todo o universo jurídico.

compreensão e ensino do fenômeno jurídico; mas não se revestiriam das qualidades e força imanentes aos princípios¹⁷.

b) Princípios especiais

Os princípios especiais de determinado ramo do Direito são, como visto, *diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais de certo ramo jurídico*.

Sua abrangência é, obviamente, mais restrita do que a característica aos princípios anteriores, uma vez que atingem essencialmente apenas o segmento jurídico (ou segmentos) em que firmam sua especificidade. No momento em que atuam estabelecem pontos de particularização do respectivo ramo jurídico perante os demais integrantes do ordenamento normativo.

A presença de princípios *especiais* é um dos elementos imprescindíveis à autonomia de qualquer ramo jurídico, já que tais princípios demarcam as linhas mestras particularizantes de tal ramo perante os demais que compõem o universo do Direito. Não se trata, é claro, de condição suficiente, uma vez que a autonomia supõe o cumprimento de outros requisitos convergentes¹⁸. Além disso, é possível existir certa área temática no Direito que tenha alguns princípios especiais sem que configure, efetivamente, ramo autônomo (ilustrativamente, há princípios especiais do cooperativismo, embora não se possa sustentar, ainda, com consistência a autonomia de um suposto Direito Cooperativista).

O Direito do Trabalho conta com diversos princípios especiais, que firmam sua autonomia e especificidade no contexto do universo jurídico contemporâneo. Embora o ramo trabalhista tenha dentro de si dois segmentos diferenciados (o Direito Individual e o Coletivo do Trabalho), serão os princípios especiais do ramo individual trabalhista que firmarão a marca mais distintiva e proeminente do Direito do Trabalho no universo jurídico geral. Por essa razão os princípios especiais do Direito Individual Trabalhista efetivamente se confundem com os que se consideram princípios especiais do próprio Direito do Trabalho.

17 Nesta linha de afastamento da confusão entre *máximas e brocardos jurídicos e princípios gerais do direito*, Federico de Castro e Díez-Picazo, citados por Flórez-Valdés, ob. cit., p. 74-75. Registre-se que certas máximas já passaram pelo crivo da ciência, não sendo mero produto do conhecimento empírico. É o que se passa, por exemplo, com a que fala da prerrogativa menor autorizada pela maior. Examinando a “teoria dogmática da argumentação jurídica”, o jusfilósofo Tercio Sampaio Ferraz Junior refere-se ao “argumento a *maiori ad minus*”, “por meio do qual, na argumentação jurídica, passamos da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa”. In: *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 341.

18 Sobre tais requisitos, consultar o item “Autonomia” na obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 97-99.

2 – Tipologia pela função

Em conformidade com sua função, os princípios, na esfera jurídica, podem ser de três tipos: *princípios descritivos*, *princípios normativos supletórios* e *princípios normativos concorrentes*.

Ressalte-se que o que varia, no presente caso, não são exatamente os princípios, mas sua *função*. Não há, pois, um grupo de princípios exclusivamente descritivos contraposto a outro grupo de princípios normativos supletórios e, por fim, a um terceiro grupo de princípios normativos concorrentes. Qualquer princípio geral do Direito – assim como os específicos a certo ramo jurídico especial – cumpre seu clássico papel interpretativo, podendo também, em casos de integração jurídica, cumprir seu tradicional papel normativo subsidiário. Qualquer deles ainda, respeitada sua força imanente (seu peso, como falam Dworkin e Alexy), cumpre o papel fundamentador mencionado pela moderna doutrina constitucionalista e filosófica do Direito, agindo como fonte normativa concorrente no processo de apreensão, interpretação e aplicação jurídicas. São as *funções* desempenhadas que se diferenciam, sem que impliquem a existência de categorias incomunicáveis de princípios de Direito.

a) *Princípios descritivos*

Os *princípios descritivos* denominam-se também princípios *informativos* ou *interpretativos*. São auxiliares ao processo de interpretação jurídica.

Conforme já exposto, tais diretrizes agem, regularmente, como proposições ideais instigadoras de uma direção coerente na interpretação da regra jurídica, atuando como veios iluminadores à compreensão desta. Cumprem aqui os princípios sua função mais clássica, reiterada e conhecida, na qualidade de veículo auxiliar à interpretação jurídica. Nesta dimensão interpretativa os princípios buscam apreender as regras jurídicas examinadas como parte integrante e harmônica do conjunto mais amplo do sistema normativo ou, pelo menos, do segmento especial pertinente desse sistema jurídico. De tal modo, os princípios descritivos ofertam ao intérprete uma visão crucial das *direções essenciais* da ordem jurídica analisada.

b) *Princípios normativos supletórios*

Os *princípios normativos supletórios*, também chamados princípios normativos *subsidiários* (ou supletivos), cumprem o papel de fonte formal supletiva nos processos de integração jurídica.

Tais diretrizes agem como fontes normativas *subsidiárias*, pela ausência de regra jurídica própria utilizável pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um caso concreto específico. Aqui o princípio atua com clara força normativa, porém em decorrência de não haver regra jurídica específica a regular o problema examinado. Assume, pois, o papel de fonte normativa subsidiária, em situações de necessário recurso à *integração jurídica*, pela falta de pertinentes regras jurídicas no conjunto das fontes normativas principais do Direito.

c) Princípios normativos concorrentes

As diretrizes ora chamadas de *normativas concorrentes* correspondem aos princípios fundadores referidos pela moderna doutrina jusfilosófica e constitucionalista. Exercem a função de “fundamento da ordem jurídica” (Federico de Castro e Flórez-Valdés), com *eficácia limitadora* e, ao mesmo tempo, *diretiva* da ordem jurídica¹⁹. Agem como norma jurídica própria, com natural força normativa. Nesta qualidade de norma é que se relacionam com as demais regras jurídicas, produzindo, após seu cotejo e harmonização, o resultado normativo regente dos casos concretos.

A força da natureza normativa de tais princípios poderá permitir-lhes ora estender o comando da regra jurídica enfocada, ora restringi-lo, a partir da absorção de seu sentido ao conjunto mais abrangente arquitetado pelos princípios. Nessa medida, os princípios poderão até mesmo eventualmente esterilizar o comando derivado da regra jurídica contraposta. Não obstante, *não se tornam princípios normativos autônomos*, melhor se qualificando como *princípios normativos concorrentes*, o que significa que não se desconectam do conjunto jurídico circundante e nem agem em superior desconsideração à força normativa inerente às demais regras jurídicas.

Esta função normativa concorrente (e também por isso é concorrente) atua, de maneira geral, em harmonia com a função interpretativa das regras de Direito. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do *peso* do princípio realizado. Entretanto, isso não significa

19 Flórez-Valdés, J. A., ob. cit., p. 53 e Bonavides, P., ob. cit., p. 255, ambos reportando-se ao jurista da 1ª metade do século XX, Federico de Castro (o qual fala, como já citado, em “eficácia derogatória e diretiva”). Bobbio prefere a noção de *função limitativa*, ao lado da diretiva, interpretativa e integrativa (in *Principi generali di Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*. v. 13, Torino, 1957, p. 895-896, citado por Bonavides, ob. cit., p. 255).

que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.

V – FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA CIÊNCIA – COMPARAÇÕES

Os princípios detêm importância significativa em qualquer ramo da cultura e conhecimento humanos. À medida que traduzem diretrizes gerais informadoras de certa produção cultural do homem, cumprem papel importante na estrutura e revelação dessa produção.

Nas ciências, contudo, o *status* dos princípios não tem sido exatamente o mesmo alcançado em outras produções culturais e de saber.

1 – Ciência e princípios

Enquanto proposições diretoras da análise e compreensão de certa realidade, os princípios têm sido gravemente questionados no âmbito das ciências. A validade científica da ideia de *princípios*, como instrumento de análise da realidade, tem sido acerbamente contestada. A esse respeito o filósofo Nicola Abbagnano discorre que “na filosofia moderna e contemporânea, a noção de princípio tende a perder sua importância. Ela inclui, com efeito, a noção de um ponto de partida privilegiado: e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente em si. Um ponto de partida deste gênero dificilmente poderia ser admitido no domínio das ciências”²⁰.

De fato, as ciências físicas, biológicas e sociais têm seu objeto, fundamentalmente, firmado em torno de fenômenos concretos, empíricos. Em síntese, debruçam-se sobre fatos e atos ocorridos ou que potencialmente venham a ocorrer. Definindo-se como “o estudo sistemático e objetivo dos fenômenos empíricos e o acervo de conhecimentos daí resultante”²¹, tais ciências examinam o concreto empírico, sobre ele refletindo, de modo a construir *leis* (ou *leis tendenciais*) e hipóteses explicativas a respeito desse concreto empírico.

De fato, os princípios não conseguem se harmonizar a essa dinâmica de atuação e construção das ciências. Ao contrário, a assunção de posições preestabelecidas acerca do objeto a ser investigado (assunção inerente à ideia de *princípios*) limitaria o próprio potencial investigativo sobre a realidade, conformando o resultado a ser alcançado ao final do processo de investigação. Desse modo, a submissão a princípios (isto é, conceitos preestabelecidos) pelo cientista, no processo de exame da realidade, importaria em iniludível conduta

acientífica: é que a resposta buscada, na realidade, pelo investigador, já estaria gravemente condicionada na orientação investigativa, em função do princípio utilizado.

2 – Direito e princípios

Contudo, o anátema lançado pelas ciências contra os princípios não pode prevalecer no âmbito dos estudos jurídicos.

De fato, na Ciência Jurídica – enquanto estudo sistemático a respeito dos fenômenos jurídicos, com o conjunto de conhecimentos resultantes – os princípios sempre hão de cumprir papel de suma relevância, sem comprometimento do estatuto científico desse ramo especializado de conhecimento. Essa peculiaridade decorre da posição singular que a Ciência do Direito ocupa perante os demais ramos científicos existentes.

É que a Ciência Jurídica tem objeto estruturalmente distinto do que caracteriza as ciências em geral²². Estas, como visto, debruçam-se ao exame dos *atos* e *atos* ocorridos ou potencialmente verificáveis – aquilo que poderia genericamente ser designado como *ser*. Em contrapartida, a Ciência do Direito debruça-se à análise dos próprios *princípios*, das *regras* e dos *institutos jurídicos*. Ora, todos estes constituem *modelos de conduta ou de organização* – correspondendo a fenômenos que genericamente poderiam ser designados como *dever-ser*²³.

A Ciência Jurídica, portanto, tem objeto especialíssimo, consistente em realidades essencialmente conceituais, realidades ideais e normativas, que se desdobram em proposições ou modelos de comportamento ou de organização. Seu dado central e basilar consiste no *dever-ser* (elemento nitidamente ideal, em suma) e não no *ser* (elemento nitidamente concreto-empírico).

Em decorrência da particularidade de seu objeto, na Ciência do Direito a direção emergente da noção de *princípio* – isto é, proposição diretora à

20 Abbagnano, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982. p. 760.

21 Kolb, William. Ciência. In: *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986. p. 182.

22 Ou, pelo menos, as ciências não normativas, como as biológicas, as físicas e as sociais.

23 A respeito da distinção, ver Hans Kelsen, *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 4-10 e 96-101. A visão de Kelsen é, contudo, estritamente *regalista* (isto é, restrita às *regras* e não às normas em sentido amplo) quanto à substância do fenômeno jurídico. O positivismo jurídico, como se sabe, não enxerga caráter normativo nos princípios do Direito.

compreensão de certa realidade – surge como um condutor importante à compreensão do sentido da regra, princípio e instituto jurídicos, do sentido do *dever-ser* jurídico. Noutras palavras, *a premissa orientativa consubstanciada no princípio favorece à correta percepção do sentido do instituto e da regra no conjunto do sistema normativo em que se integra* (e também do sentido de outros princípios, é claro). Por essa razão, os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo.

A importância dos princípios na Ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de os transformar em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto *sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos*. Os princípios jurídicos despontam, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido.

Em conclusão, para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições gerais que informam a compreensão e aplicação do fenômeno jurídico. São *diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico* e que, após inferidas, a ele se reportam, *informando-o*.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA FORÇA NORMATIVA

Kátia Magalhães Arruda*

1 – INTRODUÇÃO: A DEFINIÇÃO DOS PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS

Por muito tempo, a doutrina entendeu que os princípios não eram normas jurídicas, o que servia de fundamento para explicar sua baixa eficácia no plano jurídico. Entretanto, tal posição encontra-se ultrapassada, não mais pairando dúvidas: os princípios possuem normatividade, ou seja, as normas jurídicas são o gênero, do qual as regras e princípios são as espécies, com conteúdo expressivo e finalístico, por visarem à realização de um fim juridicamente relevante¹.

Canotilho defende que o sistema jurídico não pode conter só regras ou só princípios. Um modelo jurídico composto só de regras teria que trazer exaustiva e completa textualização, com delimitação de todas as hipóteses de legalidade, fato impossível no mundo moderno, assim como um sistema baseado só em princípios traria indeterminação e insegurança jurídica. O sistema constitucional brasileiro é um sistema normativo aberto, composto de regras e princípios, com estrutura dialogal em que as normas constitucionais estão aptas para apreender e captar a mudança da realidade, estando abertas “às concepções cambiantes da verdade e da justiça”².

Apresenta Canotilho algumas distinções entre princípios e regras, embora reconheça a complexidade de tal tarefa:

“a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho; Mestre em Direito Constitucional; Doutora em Políticas Públicas.*

1 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008.

2 CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 165.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) ‘Proximidade da ideia de Direito’: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de Direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”³

Na atual trajetória do Direito Constitucional, os princípios foram reconhecidos como normas jurídicas, superando antigas concepções que lhe emprestavam uma dimensão meramente axiológica. Como afirma Barroso:

“A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais, em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição.”⁴

A verdade é que, sendo a realidade sempre mais rica do que a teoria, por mais que se tente classificar ou distinguir, surgirão novos parâmetros, novas possibilidades, motivo pelo qual, para essa compreensão preliminar, basta a afirmação de que os princípios são normas jurídicas. Logo, não havendo norma jurídica desprovida de eficácia, há de se concluir que também os princípios possuem eficácia jurídica.

3 CANOTILHO, ob. cit, p. 166/167.

4 BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Texto extraído do *Jus navigandi* (<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>), p. 10.

2 – A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E SUA FORÇA NORMATIVA⁵

Quando se fala em supremacia constitucional admite-se, por antecipação, que o Estado concebe a Constituição como lei fundamental ou não haveria justificativa para sua posição hierarquicamente superior às demais normas. Tal supremacia acarreta a existência de procedimentos especiais para sua formação e garantia, motivo pelo qual se explicam os controles de constitucionalidade prevaletentes no direito pátrio, e vincula-se a utilização do termo subordinação sempre a seus dois aspectos: o formal, como fonte primária de produção normativa; e o material, como fonte que subordina o conteúdo das demais normas estatais à conformidade de seus princípios e regras.

Ocorre que a existência de mecanismos de controle da constitucionalidade das normas inferiores, seja de forma abstrata ou concreta, não garante, por si só, a supremacia de uma Constituição. A importância de uma força ativa, consubstanciada na disposição do cidadão em transformar sua Constituição de simples folha de papel em uma força soberana, e a atuação dos operadores jurídicos, políticos e sociais nesse processo, são fatores fundamentais na concretização de uma Constituição.

A matéria ganhou grande repercussão a partir da polêmica criada pelos debates sobre os textos de dois grandes juristas europeus: Ferdinand Lassale e Konrad Hesse.

Ferdinand Lassale, ao tratar da essência da Constituição, define as questões constitucionais não como questões jurídicas, e sim políticas, já que entende a Constituição como *a expressão das relações de poder e correlação de forças dominantes em um determinado país e em uma determinada época*. A Constituição jurídica é apenas a incorporação desses fatores reais de poder a uma forma escrita, expressando assim o direito de punir a quem contra ela atente.

Para Lassale, o documento solenemente chamado de Constituição não passaria de simples pedaço de papel:

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”⁶

5 Parte desse texto já foi publicado no livro da autora: *Direito Constitucional do Trabalho*: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr, 1998.

6 LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 49.

DOCTRINA

Para Konrad Hesse, entretanto, não menosprezando a importância do poder político e admitindo, inclusive, como Georg Jellinek, que as forças políticas movem-se segundo suas próprias leis, a Constituição conteria em si uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, convertendo-se ela própria em um fator real de poder, influenciando e recebendo influência dos fatos sociais.

Hesse, ex-presidente da Corte Constitucional Alemã, não entendia correta a separação entre a realidade e a norma; o ser e o dever-ser, já que *a Constituição expressa não apenas o ser – conjunto de relações políticas, mas também um dever-ser*: ao mesmo tempo em que a Constituição é determinada pela realidade social, é também determinante em relação a ela. Na verdade, a questão da supremacia e da inviolabilidade da Constituição é preponderante para que se reconheça sua força ativa e sua eficácia.

É evidente que a eficácia de uma Constituição depende de sua inserção histórica em sentido amplo: situação política, cultural, social, bem como as concepções axiológicas que subsistem em um determinado povo, daí porque a Constituição jurídica e a Constituição real, embora se condicionem mutuamente, não são dependentes. A Constituição, portanto, tem força não só política, mas normativa, e mesmo quando não consegue realizar-se plenamente, é capaz de impor tarefas ou evitar condutas contrárias ao seu vigor normativo. Como afirma Hesse:

“A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas; se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida; se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência; se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral, particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade do poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).”⁷

A exposição acima, de fato, condiz com o que se pretende alcançar quando se defende uma Constituição suprema. Para tanto, há de se compreender a Constituição como um conjunto eficaz *in totum*. As normas infraconstitucionais são apenas reflexos de seu comando, expressando verdadeiramente o

7 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

sentido e finalidade da norma e devem ser interpretadas nos estritos limites de suas atribuições de complementação, ordenação ou regulação, e não como instrumento, sem o qual restaria inerte a Constituição. Como adverte Biscaretti de Ruffia, é da essência da Constituição possuir sua própria tutela e garantia⁸.

A Constituição não é apenas um limite negativo à atuação do Estado, mas um texto de encargos, o que obriga o Estado a dirigir suas atividades à prestação e empenho na satisfação das necessidades econômicas⁹, culturais e sociais de seu povo, além de ser uma fonte de disciplina das relações entre seus cidadãos.

3 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos sociais, nos quais os trabalhistas estão inseridos, compõem a segunda geração dos direitos fundamentais, que são, nas palavras de Maria José Farinas Dulce¹⁰, da Universidade de Madrid, “o código de justiça do mundo moderno”, baseados nos valores da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e embora a teorização sobre tais direitos seja de extrema necessidade para o aprofundamento dos conceitos filosóficos, todos surgiram e continuam a surgir com uma vocação prática: resolver conflitos e satisfazer necessidades e carências humanas que, muitas vezes, resultam de diferentes processos e lutas sociais.

Este é o grande conflito do Direito Trabalhista, vez que sua efetivação não ocorre com uma simples *omissão do Estado*, como acontece com os direitos de liberdade que compõem a primeira geração de direitos fundamentais, ao contrário, exige-se uma *atuação do Estado*, ora através de legislação aplicada, ora através de decisões judiciais e principalmente da definição de políticas públicas que envolvam o econômico e o social.

8 RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1984. p. 3.

9 O Ministro Carlos Ayres Britto expressa seu entendimento de que as normas programáticas deveriam ser o *cerne e a carne* das programações orçamentárias do Estado na concreção de suas políticas públicas, fazendo da Constituição, na prática, o que ela é em teoria “o mais estrutural, abarcante e permanente projeto nacional de vida” (BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 103).

10 Acresce Maria José Farinas Dulce que o problema da realização prática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, bem como de sua efetiva aplicação, encontra-se entre as promessas não cumpridas do atual projeto de modernidade, cuja solução implica na redução do abismo entre as grandes declarações de direitos e a realidade quotidiana da maioria dos habitantes do planeta.

Não há como negar que o desemprego em massa ou a ausência de proteção contra o desemprego atinge a dignidade humana. O desemprego é considerado como a grande enfermidade das sociedades industrializadas, não só no aspecto social como no aspecto político-jurídico, considerando-se que a paralisação reduz a produção e o consumo, além de incrementar a desigualdade e a exclusão social.

Neste aspecto, diz o professor José Luís Monereo Perez, catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Granada, que qualquer política de emprego deve objetivar a integração social, bem como a garantia de vida digna durante o período de inatividade, ficando claro que assim como as mudanças no mercado influenciam na questão do emprego, a adoção de uma política consciente de proteção do trabalho conforma o mercado, não podendo o país continuar sem tal definição, até porque o problema só se agrava. Assim:

“Los parados pierden más que los trabajadores empleados y además sufren el efecto del rechazo y la falta de integración social, la cual en gran parte se obtiene a través del trabajo. No puede pasar desapercibido que la sociedad moderna ha podido caracterizarse como una *sociedad del trabajo*, como una verdadera *sociedad salarial*. El problema de fondo es la emergencia creciente de una situación caracterizada por la paradójica existencia generalizada de una *sociedad de trabajadores sin trabajo*, que había intuido ya Hannah Arendt.”¹¹

No aspecto do Direito Constitucional positivo, observa-se que não há uma expressão escrita do “princípio de proteção ao trabalho”, embora faça parte do conjunto de normas que garantem o direito ao trabalho, tais como sua definição como direito social (art. 6º); a contextualização de sua valorização tanto em nível de princípio fundamental (art. 1º, inciso IV), como econômico (art. 170); a disposição de que a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193), o que conduz a um princípio maior e mais amplo, que acaba por fundamentar todas as normas aqui explicitadas, servindo de “mandamento nuclear de um sistema”¹², qual seja, o princípio da *dignidade da pessoa humana já citado*.

11 PEREZ, José Luís Monereo. *El sistema de protección por desempleo en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 16.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p. 230. Onde define o princípio jurídico como: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

O constitucionalista português Jorge Miranda assevera em seu *Manual de Direito Constitucional*:

“Quanto fica dito demonstra que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.”¹³

A importância de vincular o princípio de proteção ao trabalho ao princípio da dignidade humana torna-se ainda mais necessária diante da existência de trabalho análogo à condição de escravo em várias regiões do Brasil, além das situações de absoluta penúria em que trabalham crianças do rico Estado do Rio Grande do Sul, ao estragar seus pulmões na confecção de finas peças de cristal, em carvoarias no Maranhão e Mato Grosso, enfim, realidades que desafiam o mais básico sentido da palavra dignidade.

O trabalho análogo à condição de escravo vem sendo constantemente denunciado pelas autoridades e a imprensa, em relatos que mostram casos de escravidão por dívidas em trabalho de desmatamento, produção de carvão (Minas Gerais e Bahia), e nas regiões de seringais e garimpos, onde os trabalhadores gastam sua força de trabalho unicamente para pagar dívidas feitas com os patrões que utilizam fraudes e promessas ilusórias, inclusive venda de alimentos a preços superfaturados, ocasionando uma dívida eterna do trabalhador, que efetua o pagamento subjugando seu corpo, sua liberdade e seu trabalho¹⁴.

A proteção ao trabalho implica condições dignas de trabalho, o que deflui de ambientes saudáveis, nos padrões exigidos pelas normas de higiene e segurança do trabalho, além de pactos relativamente harmônicos, ou pelo menos, equilibrados, sob pena de o *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* restar absolutamente inerte em face de sua dissonância com a realidade social.

13 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: 1993, v. 4. p. 166. A presente citação diz respeito ao art. 1º da Constituição Portuguesa, no que é coincidente com a Constituição Brasileira, que também traz o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, IV.

14 ARRUDA, Kátia Magalhães. O trabalho de crianças no Brasil e o direito fundamental à infância. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 95-107.

Sobre a correlação entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho, Gomes questiona a dissociação de vida digna e trabalho humano em uma sociedade de mercado:

“Deveras, quando voltamos nossos olhos para o fato de que, enquanto não houver a satisfação das condições sociais mínimas (das necessidades básicas), a concessão de liberdade (de escolha ou de exercício), por si só, não será suficiente à realização da dignidade da pessoa humana, estamos com isso revelando a ideia do labor, isto é, do trabalho como ‘instrumento’ essencial à sua promoção. Pois, ainda que consideremos o Estado no seu aspecto provedor (de Estado do Bem-Estar Social), não podemos colocar de lado a circunstância de que vivemos em um sistema democrático e de livre-iniciativa, onde ‘os cidadãos relacionam-se no plano horizontal, não no plano vertical’.

Desta forma, por mais que haja a intervenção estatal na qualificação e na concessão das necessidades consideradas básicas à sobrevivência digna do indivíduo, é através do mercado (e mais propriamente do trabalho exercido no mercado) que ele (o indivíduo) alcança a fruição dos outros direitos fundamentais, incluindo aí o mais básico e elementar: o direito à vida.”¹⁵

4 – A EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Parece contraditório falar em eficácia de princípios quando inúmeras regras pairam no ordenamento jurídico sem regulamentação. Mas a verdade é que se deve buscar a eficácia das regras e princípios de forma concomitante e complementar ou não faria sentido afirmar que os princípios também são normas jurídicas.

Ressalte-se que os princípios exigem a realização de algo e embora não contenham determinações proibitivas ou permissivas, como ocorre com as regras jurídicas, impõem *a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica*.

O princípio da dignidade da pessoa humana demarca o campo que foi denominado como “padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”, o que demonstra que a falta de condições materiais mínimas ao homem prejudica o próprio exercício da liberdade. Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, as agressões contra a dignidade atentam contra a própria humanidade do indivíduo, cabendo

15 GOMES, Fabio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ao Estado não apenas coibi-las, mas proteger ativamente a vida humana, sendo esta a própria razão de ser do Estado¹⁶.

Uma importante forma de caracterizar um direito como fundamental está em sua contribuição para a dignificação do homem, que se projeta na liberdade individual, no convívio social e em todas as esferas possíveis de alcançar a plenitude do desenvolvimento humano, daí porque os direitos sociais são fundamentais, atingindo também as pessoas na produção e potencialização de sua personalidade. Assim, enquanto os direitos de liberdade permitem uma expansão humana, os direitos de igualdade permitem a progressão do desenvolvimento alcançado com essa expansão, vinculando-os umbilicalmente. Além disso, a evolução humana aprofundou o significado da expressão “vida digna”, não sendo permitido ao homem distrair-se apenas na garantia da liberdade atual, esquecendo-se que os direitos sociais podem ser a garantia de que a liberdade futura se realize¹⁷.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é suprema, quando assegura não só sua autodefesa formal, mas também real, ou seja, quando se torna efetivamente respeitada e garantida no seio da sociedade, ultrapassando a perspectiva de simples “folha de papel”, para alcançar sua força normativa, na qual estão inseridas suas regras e princípios.

Tal assertiva leva ao entendimento de que os representantes dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – têm como responsabilidade maior a garantia da supremacia constitucional em todos os seus níveis, o que significa não só o conhecimento de seus preceitos, a aplicação de suas normas e o comportamento ativo na defesa de sua eficácia.

A existência de direitos sem aplicação concreta, principalmente se possuem cunho social, como ocorre com os direitos de natureza constitucional trabalhista, fere a estrutura do Estado Democrático de Direito e atinge o seu núcleo essencial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 319.

17 A ideia dos direitos de liberdade como dimensão de liberdade atual e os direitos sociais como dimensão de liberdade futura foi baseada na obra de MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social*. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política. São Paulo: RT, v.1, out./dez. 1992. p. 198/208.

DOCTRINA

Não é demais lembrar que o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Como bem expressa Barroso, há de se garantir um mínimo existencial, *sem* o qual, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade.

O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos¹⁸.

Por tudo o que representa o princípio da dignidade da pessoa humana, bastaria a observação desse princípio para a satisfação das necessidades básicas de todos os cidadãos brasileiros, entretanto, o direito é ser e dever-ser, é realidade e vontade de realização, logo, deve-se buscar a concretização de tal dignidade, ao mesmo tempo em que se busca o equilíbrio entre os avanços econômicos e os avanços sociais, com políticas de distribuição de renda capazes de diminuir mazelas e abismos de desigualdade que ainda grassam ou desgraçam nosso país.

18 BARROSO, Luís Roberto. Texto extraído do *Jus navigandi* (<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>), p. 13.

PRINCÍPIOS: A NECESSIDADE DA COMPREENSÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA (COERÊNCIA NA SUA APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO)

Thereza Christina Nahas*

Várias são as propostas para se definir o que é um princípio. Sua evolução passa por três escolas que partem desde sua absoluta falta de importância até sua consideração como espécie de norma jurídica ao lado das regras, e passíveis de aplicação imediata pelo intérprete. Historicamente constatamos três fases quanto à matéria, quais sejam: (a) *jusnaturalista*, em que os princípios não possuíam qualquer grau de normatividade e que vai até o período da Escola Histórica do Direito quando a dogmática cede lugar aos positivistas; (b) *positivista*, caracterizado pelo período em que os princípios ingressam nos códigos com a função de servirem de válvulas de segurança, isto é, utilizados como critérios de interpretação para provocar a extensão da lei e eliminar o vazio do legislativo. Sendo assim, ingressam nas codificações os princípios gerais do Direito, que acaba por gerar a polêmica sobre se são ou não normas. Para Bobbio, os princípios gerais são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais (...), os princípios gerais são pura e simplesmente normas mais gerais; (...) são normas fundamentais ou normas de base do sistema ou traves mestras, como se tem dito metafóricamente, na acepção de que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida e de uma determinada sociedade; (...) são normas diretas ou princípios gerais; (...) são normas indefinidas e (...) são normas indiretas”¹.

* Juíza do Trabalho Titular da 61ª Vara do Trabalho de São Paulo; Mestre e Doutora pela PUC/SP; Máster e Doutoranda em Direito Social pela Universidad Castilla de la Mancha (Espanha); Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa (Portugal); Professora Universitária em Prática Trabalhista na Fundação Álvares Penteado; Professora de Cursos de Pós-Graduação no COGEA/PUC e FGVLaw-SP; Professora no Curso de Mestrado da UNIVEM – Marília (SP).

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 264.

A última fase, (c) *pós-positivista*, trata, definitivamente, dos princípios como *Direito*. Dworkin², defensor e precursor desta Escola, deu um golpe mortal naquelas outras fases que antecederam ao positivismo. A finalidade do seu estudo se deu principalmente no modo aberto com que ele sustentou que seria a definição e aplicação dos princípios. Segundo se posiciona, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all or nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida, e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso da colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser cogitados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”³.

Alexy, depurando ainda mais a teoria de Dworkin, propõe a distinção necessária entre regras e princípios sustentando ser a “coluna mestra do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁴. *Regras e princípios* são reunidos sob a espécie de *norma*.

Canotilho⁵ propõe os seguintes critérios diferenciadores para distinguir regra e princípio, espécies estas do superconceito norma:

a) *grau de abstração* = os princípios possuem abstração elevada, enquanto as regras, abstração reduzida. As regras existem para as situações exatas que regulamentam e não admitem extensão de sua aplicação. Daí a generalidade daqueles ser elevada e, destas, reduzida.

b) *grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* = princípios necessitam de mediações concretizadoras, do legislador, do juiz. As regras não reclamam tais interpretações, pois são aplicáveis ao caso que regulam.

c) *caráter de fundamentalidade no sistema* = os princípios informam todo o sistema, as regras são específicas à situação jurídica posta que objetivam regular.

2 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 6. tir. Duckworth, 1991), *The model of Rules* (University Chicago Law Review 35/14 e ss., 1967) e *The Philosophy of Law* (Oxford University Press, 1977).

3 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

4 Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.034-1.035.

DOCTRINA

d) *proximidade da ideia de Direito* = os princípios são vinculantes de todo o sistema, enquanto as regras podem ter conteúdo meramente funcional.

e) *natureza normogênética* = os princípios são a razão das regras e estão presentes desde o nascimento delas.

Havendo colisão de regras, somente é possível resolver a questão se em uma delas houver sido introduzida uma cláusula de exceção, ou se houver a declaração de invalidade de uma delas. Quanto a eventual colisão entre princípios, não haverá a invalidação de nenhum deles, mas sim o de maior peso deve prevalecer, a solução vai além da dimensão de validade.

Colocação muito oportuna feita por Bonavides nos dá conta de que “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. E graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”⁶.

Toda a discussão e estudos sobre os princípios têm início após as duas grandes guerras e em razão da constitucionalização dos direitos humanos e aplicação dos princípios. Necessário se faz criar mecanismos que possam coibir e impedir abusos causados pelo próprio Estado. Era necessária a contenção e a valorização do ser humano assim como tal. Daí as Constituições democráticas serem assentadas em dois grandes princípios. O primeiro se traduz pelo princípio negação do arbítrio, que se expressa através dos princípios (a) da racionalidade; (b) do devido processo legal; e (c) da proporcionalidade, que concernem ao uso da razão, da aplicação da proporção entre coisas e suas causas. Necessário se faz a compreensão de como as coisas são e estabelecer a seu respeito o consenso interpretativo. O bom senso faz-se imprescindível, e o melhor esclarecimento de tudo quanto ao que é possível.

O segundo diz respeito ao princípio da inviolabilidade da pessoa humana, integrante da Declaração Universal de Direito Humanos de 1948, que tem como valores básicos a segurança, liberdade e vida. O poder governamental é limitado e deve servir à preservação e garantia daqueles valores, necessários à realização da dignidade da pessoa humana. As liberdades fundamentais são anteriores à existência do próprio Governo e são condições para a positividade. Cria-se o Governo e se viabiliza a existência do Estado para que os direitos fundamentais sejam assegurados.

Sérgio Sérulo da Cunha⁷ nos oferece a seguinte classificação dos princípios Constitucionais: (a) princípios do sistema constitucional, que podem

6 Op. cit., p. 288.

7 *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97 e ss.

ser referidos na Constituição ou nela implicados. Sob o ponto de vista da natureza divide-os em (i) fundantes; (ii) estruturantes; e (iii) estruturais; (b) princípios de interpretação constitucional e (c) princípios de projeção constitucional.

Os *princípios fundantes* servem para evitar o choque do sistema; sob eles se alicerça a própria Constituição e decorrem da soberania popular. Neles estão contidos os princípios democráticos, republicano, liberal, da isonomia e da segurança. Os estruturantes concernem ao cerne da Constituição e estão relacionados às cláusulas pétreas. Os estruturais são relacionados a fatores externos à Constituição, mas fazem parte dela, como ocorre com os princípios sociais e o pluralismo.

A *interpretação constitucional* refere-se às funções dos princípios e à sua eficácia, ou seja, como aquela função será exercida. É necessário se interpretar uma disposição antes de aplicá-la; saber o real sentido do que quer dizer.

A projeção constitucional, consoante ensina aquele autor, “vai além da eficácia: inclui-se no processo de efetivação da Constituição e tem início a partir do princípio da constitucionalidade. A chamada ‘força normativa da Constituição’ decorre primeiramente das suas funções (...). Dizer que o sistema da Constituição é o corpo lógico, formado pelos elementos e pela estrutura do texto e operante segundo suas funções, significa que à existência da Constituição não basta a existência do seu texto: não se satisfazem em permanecer dentro dele, a estrutura constitucional projeta-se para fora de si mesma, empenhando-se na edificação do governo e da sociedade”⁸.

A Constituição é formal do ponto de vista do seu texto; é material aquela vigente e efetivamente aplicada na sociedade.

Esta projeção constitucional leva ao encontro de uma outra face, isto é, aquilo que se denomina de processo constitucional, o qual, quando analisado em sentido lato, compreende as relações sociais de poder, as quais vão além do estudo do processo como um simples procedimento ou meio para se alcançar um resposta estatal ao conflito de interesses, mas “corresponde ao fluxo da realidade social, econômica, política e cultural da nação”⁹.

Assim, o princípio do devido processo legal, inserido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, é o princípio da negação do arbítrio em que o Estado

8 Op. cit., p. 223-224.

9 Op. cit., p. 244.

DOUTRINA

deve assegurar a todos um processo, um instrumento que seja legal, legítimo e que seja devido. Desta forma há que se garantir o acesso ao Judiciário, garantindo-se a forma e meios de fazê-lo, e assegurando que seus resultados serão realizados.

Não basta ainda que sejam inseridos na Carta Constitucional o rol de direitos fundamentais, mas a Constituição traz ainda as garantias de tutela desses direitos, o que é feito por ações constitucionais (mandado de segurança, individual e coletivo; *habeas corpus*; *habeas data*; mandado de injunção; ação civil pública e ação popular).

A fim de garantir a integralidade da Constituição, o Estado deve fazer o controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo, sendo aí o lugar em que se identifica o princípio da reserva do possível. Tal princípio se refere à possibilidade de se aplicar um texto que seja suficientemente claro e de consequências possíveis e convenientes. Tal controle é feito pelo Supremo Tribunal Federal através dos instrumentos que a própria Constituição lhe deu, que são a ação de declaração de constitucionalidade, de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade por ação ou omissão servem à tutela da ordem jurídica objetiva.

Consiste a arguição de descumprimento de preceito fundamental “a interpretação que fazem representantes do Poder Público de um conjunto normativo, podendo aí ser incluídas regras constitucionais ou não, e princípios explícitos ou implícitos (...) o preceito será tido como ‘fundamental’ em razão do vínculo que se pode estabelecer entre ele e a ‘fórmula política’ adotada na Constituição”¹⁰.

Foi ainda mais longe o legislador, criando um instrumento destinado a combater a inércia do Legislativo, qual seja, o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI. Importa ressaltar que a omissão legislativa pode acarretar, e muitas vezes o faz, a violação a direitos fundamentais e princípios que são assegurados constitucionalmente, tornando-se a inoperância estatal uma grave infração ao dever que é imposto ao Estado de garantir a segurança e a ordem interna. Constitui um duro golpe à democracia e, conseqüentemente, um enfraquecimento do Estado.

10 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 232.

DOCTRINA

Alinham-se, ainda, ao lado daquelas ações, as ações de mandado de segurança individual e coletivo; *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular e ação civil pública, os instrumentos destinados à defesa de direitos subjetivos.

Não nos cumpre nos limites deste trabalho analisar cada uma das medidas processuais constitucionais que são postas à disposição da sociedade, de forma individual ou coletiva. O que releva ressaltar é que há, no âmbito constitucional processual, instrumentos suficientes e idôneos a suprir a omissão legislativa e fazer com que o Estado cumpra e execute as funções que se propôs a fazer e que constitui um dos princípios fundantes da Constituição.

O Título I da Constituição Federal dispõe, em seu art. 1º, que o Brasil é uma República Federativa submetida ao regime democrático e que tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Está a República democrática nacional sujeita à divisão de Poderes que são harmônicos e independentes entre si, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo. A cada um deles, o legislador constitucional traçou atribuições e competências diversas, num grau de equilíbrio que garante a independência e imparcialidade de cada um dos Poderes que deverão agir de acordo com as normas e princípios traçados na Constituição, visando sempre ao bem comum, à sociedade justa, segura e na qual todos possam viver com dignidade.

Quando o Poder Judiciário conhece e julga uma questão, o faz dentro de sua função típica. O raciocínio lógico que utiliza pauta-se na subsunção do caso concreto à hipótese fática prevista e pensada no ordenamento jurídico positivado.

Todavia, algumas questões carecem de norma própria e de solução previamente disposta. Daí prever o legislador, na Lei de Introdução ao Código Civil, que, nestes casos, o juiz não poderá se omitir de julgar e poderá fazê-lo com fundamento na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito.

Hodiernamente, apontam-se inúmeras omissões legislativas, o que, inquestionavelmente, causa a violação às normas constitucionais e a inoperância de direitos considerados vitais para a sociedade. Tais omissões, no tocante à

área trabalhista, referem-se, principalmente, à inércia legislativa em promover uma séria reforma a CLT que, assentada no modelo da relação de trabalho de 1943, não consegue tutelar de forma adequada as novas relações, provocando, inclusive, no âmbito processual, procedimentos dos mais diversos, dentro, muitas vezes, de uma mesma comarca territorial. Há ainda a necessidade de se regulamentar matérias que, inquestionavelmente, acabam por frustrar direitos mínimos do trabalhador e, por via de consequência, mutilam o princípio dos valores sociais do trabalho. Observamos, por exemplo, que a atendente de *telemarketing* e o adicional de penosidade não têm regulamentação própria, assim como o trabalhador semidependente que vive à margem da legislação. Lembremos, ainda, que a terceirização de mão de obra, um dos negócios jurídicos que mais se realiza entre empresas com reflexos profundos nas relações de trabalho e emprego, é *regida* pela Súmula nº 331 no C. TST.

O que, no entanto, merece reflexão é saber qual o limite para se criar norma onde o legislador se omitiu e qual seria (se é que há) o limite à atividade criativa do juiz.

O fato de o Judiciário vir desempenhando o papel ativo nos casos em que é chamado a se manifestar tem gerado críticas e elogios. Nos últimos tempos, o Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a decidir casos de grande repercussão e para os quais não há solução posta no Direito Positivo. Como lembra Luís Roberto Barroso, “em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”¹¹.

A chamada judicialização das decisões ocorre em razão de três grandes fatores¹². O primeiro em razão da abertura constitucional e a redemocratização do Estado Nacional, que tem como marco a Constituição Federal de 1988 (chamada de Constitucional Democrática e que firma o tempo da democracia em nosso País). O segundo, denominado constitucionalização abrangente, concerne ao fato de haver um grande número de matérias que foram constitucionalizadas, o que antes era deixado para o processo infraconstitucional. A última causa se deve ao controle de constitucionalidade: “Referido como

11 *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 29 mar. 2009.

12 *Ibidem*.

híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF¹³.

Paralelo ao fenômeno da judicialização há o do ativismo judicial. A fim de traçar a diferença a estes dois institutos, socorremo-nos, novamente, de Luís Roberto Barroso, que, a nosso ver, é um dos estudiosos que melhor trata do tema. Diz o jurista: “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”¹⁴.

Observe-se que a possibilidade aberta pelo ativismo da maior participação do Judiciário em espaços que deveriam ser preenchidos por ação legislativa,

13 Ibidem.

14 Ibidem.

leva a uma importante meditação, qual seja, a de saber se há limites ou critérios para que os órgãos judiciais apliquem diretamente os princípios constitucionais para solução de casos não regulados e nos quais o Poder Legislativo se mantém inerte em tomar uma posição.

Duas principais e atuais situações jurídicas chegaram ao Judiciário Trabalhista e trouxeram polêmica acerca da posição do Judiciário na decisão de questões. Uma se refere à aplicação da Súmula Vinculante nº 4, que trata da desvinculação do salário mínimo e que, em razão da sua publicação, originou a Medida Cautelar em Reclamação junto ao STF que, por sua vez, decidiu por suspender a Súmula nº 228 do TST. A segunda, no que concerne às dispensas coletivas e que gerou sentença normativa em que se *regulamentou* a dispensa coletiva, inclusive prevendo critérios e soluções para casos em que a dispensa houvesse¹⁵.

Entendemos que a Constituição Federal, não obstante tenha previsto o controle concentrado de inconstitucionalidade, não conferiu ao juiz singular o poder de preencher a lacuna legislativa criando o direito a ser aplicável ao caso concreto que está julgando. É certo que a função normativa dos princípios refere-se ao processo de preenchimento de lacunas e que a Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que o juiz não se omitirá de julgar, sendo-lhe lícito valer-se dos princípios gerais de direito, os quais, no regime atual, pode-se dizer que estão inseridos na Carta Constitucional¹⁶. Todavia, a aplicação e interpretação de princípios para a normatização de uma situação não prevista ou não regulada, mas que é conexa a um direito fundamental assegurado pela Constituição, deve pautar-se em critérios que são previstos na norma constitucional sem divorciá-los dos princípios fundantes daquela Carta.

Sendo assim, não nos parece seja admissível que juízes singulares ou órgãos regionais colegiados possam investir-se do papel de criadores da lei ou regra reguladora de uma situação jurídica. O que se admite é a declaração e reconhecimento de inconstitucionalidade de regra, sem que isso autorize o intérprete a criar a solução a ser aplicável ao caso posto.

Admitir-se que juízos de primeiro grau de jurisdição, em situações de omissão legislativa, em nome da necessidade de se tutelar direitos fundamentais, decidam determinada questão e lhe dêem a solução pela aplicação de um princípio que entende regular a matéria, é violar, na verdade, o princípio

15 Proc. TRT/Campinas 15ª R. nº 00309-2009-000-15-00-4 Dc e Proc. TRT/SP 2ª R. – SDC nº 20281.2008.000.02.00-1.

16 BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 274 e ss.

democrático, pois como já referimos, a República Federativa do Brasil é constituída por três Poderes harmônicos e independentes entre si (arts. 1º e 2º, CF) e que possuem funções específicas e típicas.

No que concerne ao Poder Legislativo, Alexandre de Moraes salienta que suas funções típicas são “legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância (...) se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro lado, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70)”¹⁷. A atribuição do processo legislativo é do Congresso Nacional, que tem competência exclusiva para tanto (arts. 48 e 49 CF), não cabendo interferência de nenhum outro Poder.

Os membros do Poder Legislativo são eleitos pelo povo, que é quem lhes dá legitimidade para realizar o processo legislativo. Ao contrário, o Poder Judiciário, que tem a qualidade de “verdadeiro guardião da Constituição”, tem a “finalidade de preservar basicamente os princípios da legalidade e da igualdade, sem os quais, os demais se tornariam vazios”¹⁸.

Não são os juízes legitimados a editar regras jurídicas, e tampouco resultados ou soluções concretas para a aplicação de algum princípio de que se valem para decidir alguma questão. Para o vazio legislativo, o legislador constitucional previu a existência de ações constitucionais dirigidas em face da inércia legislativa, justamente com a finalidade de coagir a edição de regra regulamentadora.

O fato de serem os princípios espécie de normas jurídicas e de aplicação imediata não quer dizer que devam servir de substitutivo legislativo.

O que se pode questionar é se seria lícito, então, ao Judiciário, quando chamado a decidir uma questão na qual se verifica a omissão legislativa, se não estaria sendo omisso, no mesmo grau, pois não lhe é autorizado a negar a prestação jurisdicional fundado no fato de não haver regra regulamentar.

A possibilidade da judicialização das decisões e discussões a ela conexas parece-nos ser atribuição das instâncias que tenham competência para decidir matéria constitucional, isto não cabe aos juízes de primeiro grau ou Regionais, com fundamento na função normativa dos princípios, criar regras de aplicação a casos concretos. Imaginar que cada juízo tenha uma solução diferente a casos

17 *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 998.

18 MORAES, Alexandre. op. cit., p. 1276.

muitas vezes iguais ou semelhantes, ou que confrontem posicionamentos já pacificados pelos Tribunais Superiores, é violar, por outro lado, o princípio da segurança.

Princípios, ao contrário das regras, não possuem o efeito ou a solução gravados em seu enunciado. Possuem força e constituem o cerne, e de onde vertem as normas. Estabelecem, pode-se assim dizer, a natureza, a finalidade, a necessidade e o significado das normas. Daí ser admissível que se reconheça a ineficácia ou invalidade de uma regra em razão de estar ela em confronto com um princípio constitucional.

O Judiciário nacional tem, em determinados casos, mostrado uma posição ativista, o que não nos parece estar respaldado pela Constituição. Inspirados nas decisões da Corte Superior, Juízos de graus inferiores têm se mostrado animados a proferir decisões no mesmo diapasão, fato este que se torna perigoso e instável, considerando que os posicionamentos regionalizados aumentam o número de soluções diferentes a casos análogos. Por melhor que seja a intenção em se decidir o caso posto, finalidade esta do processo judicial, criar a solução não prevista sob o pretexto de se estar tutelando o direito fundamental pode estar a esconder, embora de forma não intencional, eventual ditadura da toga, o que ofenderia a formação da própria Constituição.

Qual seria a solução para as instâncias inferiores?

É razoável que se entenda que a Corte Superior, TST e STF, acenem no resultado de tais questões, direcionando o entendimento nacional sobre as matérias. Além de terem tais instâncias a competência para conhecer e julgar de forma definitiva matéria constitucional, uniformizam entendimentos em todo o território nacional, sem o risco das decisões variadas, incertas e, muitas vezes, confrontantes, pois é natural que a interpretação de um mesmo princípio possa não coincidir com avaliações feitas por duas ou mais pessoas que sequer discutiram sobre ela.

Quiçá se cogitasse de estabelecer processo semelhante, *mutatis mutandis*, ao que se aplica no Processo Judiciário europeu, em que o juiz pode suscitar dúvida através da questão prejudicial em que seja necessária a manifestação do Tribunal em matéria de interpretação. Nestes casos, o andamento processual se suspende, os autos são remetidos ao Tribunal de Justiça Europeu, cujo processamento vem especificado no Regulamento de Processo daquele Tribunal. Nestas situações o Tribunal tem a possibilidade de se manifestar previamente sobre as constitucionalidades ou não das decisões e, desta forma, evitar os preenchimentos de lacunas por juízos singulares e o risco de causar inseguranças jurídicas.

DOCTRINA

Os princípios não proíbem e nem permitem nada. São normas que servem à realização de algo melhor nos limites e possibilidades do sistema jurídico de um país. Escudar-se neles para criar regras jurídicas preenchendo o vazio legislativo é, na verdade, desviar-se de suas funções e finalidades. O órgão concretizador da Constituição é sempre o legislador; “a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma *usurpação* de funções, transformando os juízes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei”¹⁹.

Estão os juízes vinculados à lei e à Constituição mas, na condição de intérpretes e aplicadores daquelas normas, podem desaplicá-las todas as vezes que a lei se mostrar inconstitucional, sobretudo se tal mácula vier a violar direitos e liberdades fundamentais. É-lhes permitido, ainda, preencher os vazios legislativos completando as lacunas, mas desde que isso não importe na usurpação de suas funções e do próprio Poder.

Em se verificando que a lacuna da lei é intolerável, e representa uma violação direta a direitos e liberdades fundamentais a ponto de ser o Judiciário chamado a desempenhar um papel ativista ou judicializante, tal conduta deve ser reservada ao Tribunal Constitucional, não sendo razoável que as instâncias ordinárias sejam autorizadas a adotar tal conduta, sob pena de desvirtuar-se toda a compreensão que se tem acerca da teoria dos princípios e sua efetiva colocação no sistema jurídico.

19 Op. cit., p. 1.178.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO DIANTE DA FLEXIBILIDADE LABORAL

Sérgio Torres Teixeira*
Fábio Túlio Barroso**

“Es evidente que, una vez que el principio de la dignidad humana se interpreta, con respeto a la persona, tanto como valor ético-moral, o espiritual como en cuanto correspondiente al ser inmerso en la concreta existencia social y síntesis ideal de un ordenamiento democrático-pluralista, es en él que se descubre la raíz primera tanto de los derechos de libertad civil y política como, y es lo que aquí nos interesa, de todos los derechos sociales.”¹

I – PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO: EVOLUÇÃO E FINALIDADES

O conteúdo do Direito do Trabalho é composto em sua maior parte por normas oriundas da atividade legislativa do Estado, em virtude da natureza tutelar das diretrizes legais. A prevalência decorrente do monopólio estatal, contudo, não significa exclusividade. Ao lado da legislação laboral, além das normas oriundas das demais fontes de produção, integra o complexo de institutos do Direito do Trabalho um elenco de princípios², peculiares à seara jurídica das relações trabalhistas.

* Juiz do Trabalho do TRT da 6ª Região; Mestre e Doutor em Direito (UFPE); Professor da Unicap, FDR-UFPE, FBV e ESMATRA VI; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

** Advogado; Especialista em Direito do Trabalho (Unicap); Doutor em Direito (Universidade de Deusto, Espanha); Professor da Unicap, FDR-UFPE, FBV e ESMATRA VI.

1 BALDASSARE, Antonio. *Los Derechos sociales*. Universidad Externado de Colombia. 1. ed. segunda reimpresión. Bogotá, 2004. p. 78.

2 Os princípios orientadores em análise não se confundem com os princípios gerais do Direito. Enquanto estes são aplicados a todos os ramos da Jurisprudência, aqueles são postulados próprios de determinada ramificação da árvore jurídica. Junto com a afirmação acerca da autonomia científica do Direito do Trabalho, normalmente segue-se a afirmação sobre a existência de princípios peculiares ao ramo, distintos daqueles encontrados nos demais que compõem a constelação jurídica. Exatamente por possuir um domínio vasto, com doutrinas homogêneas precedidas por conceitos gerais comuns e marcada por um

Os princípios constituem o fundamento do ordenamento jurídico, encontrando-se acima do direito positivo, servindo de inspiração aos preceitos legais. Atuam como os pressupostos lógicos, necessários aos frutos da atividade legislativa, ocupando a posição de alicerce da lei.

Em que pese a reconhecida autonomia científica do Direito do Trabalho, assim, fatores como a origem relativamente recente e a falta de uma legislação adequada às incessantes mutações das relações trabalhistas, levam a maior parte da doutrina a considerá-lo ainda em vias de amadurecimento. De igual forma, registra-se a constante introdução ao sistema positivo pátrio de novos institutos, oriundos da criatividade do legislador nacional ou da adoção de instrumentos alienígenas e, ainda, da ratificação de tratados internacionais. Em virtude de tais circunstâncias, por conseguinte, o uso de princípios norteadores assume indiscutível importância prática.

Como ramo especial, por sua vez, o Direito do Trabalho apresenta o seu próprio elenco de princípios clássicos, considerados como universais³.

Por certo que os princípios do Direito do Trabalho foram pensados para uma realidade produtiva que proporcionou uma certa uniformidade das relações de trabalho. A realidade industrial moderna, em que se tinha como relação ordinária a prestação de serviços dos obreiros em determinado lugar, geralmente fixo e a um específico tomador de serviços, com salários e jornadas estabelecidas em decorrência desta certa conjunção de fatores relativamente uniformes na execução das tarefas pelos trabalhadores e pela administração das atividades produtivas pelos donos do negócio.

Apesar da diversidade encontrada nas relações apresentadas pelos autores na literatura pátria e estrangeira, uma lista de princípios assume a posição de

método próprio, o ramo laboral da Jurisprudência revela o seu próprio elenco de princípios. O seu conteúdo, portanto, é composto de normas e de princípios peculiares, diferentes dos que caracterizam outros ramos. Como leciona RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 7: “Cada Direito, para ser autônomo – repetimos – deve ter seus princípios próprios que, no Trabalhista, são os que estão sendo analisados. Isso não quer dizer que os princípios gerais do Direito devem ser descartados *in totum*; valerão supletivamente e desde que não contrariem os princípios específicos da disciplina”.

- 3 Tais princípios peculiares, por definição, incidem sobre um ramo específico da Ciência Jurídica. Não precisam ser exclusivos, mas de forma alguma podem ser aplicados a todos os ramos do Direito, pois então perderiam o seu caráter de peculiaridade. O reconhecimento da existência de princípios peculiares do Direito do Trabalho é pressuposto essencial à admissão da sua autonomia. A relevância da temática dentro do contexto do Direito do Trabalho é salientada pelos tratadistas laborais. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/Edusp, 1993. p. 11, afirma que: “consideramos importante o tema, não apenas pela função fundamental que os princípios sempre exercem em toda disciplina, mas também porque, dada sua permanente evolução e aparecimento recente, o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos”.

destaque em face da sua ampla aceitação por parte dos estudiosos da matéria trabalhista. É a relação elaborada classicamente por Américo Plá Rodriguez⁴.

No seu elenco de princípios peculiares do Direito do Trabalho, o mencionado doutrinador apresenta os seguintes postulados clássicos: princípio de proteção, princípio da irrenunciabilidade dos direitos, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade, princípio da boa-fé e princípio da continuidade da relação de emprego⁵.

O princípio de proteção revela a raiz histórica do Direito do Trabalho, se relacionando com o seu principal fundamento, cuja finalidade é assegurar uma maior proteção jurídica ao empregado economicamente hipossuficiente, para afinal alcançar uma igualdade proporcional entre os sujeitos da relação de emprego.

Por certo que esta proteção se fez premente e necessária, como instrumento de manutenção da ordem e da paz social na sociedade moderna, uma vez que a partir do princípio da proteção observa-se o desdobramento de um feixe principiológico e próprio da disciplina trabalhista, que tem também por finalidade integrar o trabalhador na dinâmica do sistema produtivo, eliminando uma possível insatisfação generalizada e estrutural já previamente

-
- 4 RODRIGUEZ, Américo Plá, p. 24, entretanto, admite que o tema não está suficientemente sedimentado e tampouco consolidado na literatura especializada. RUPRECHT, Alfredo J., apresenta a seguinte relação: princípio protetor, princípio da irrenunciabilidade de direitos, princípio da continuidade do contrato, princípio da realidade, princípio da boa-fé, princípio do rendimento, princípio da racionalidade, princípio da colaboração, princípio da não discriminação, princípio da dignidade humana, princípio da justiça social e princípio da equidade. Dentre os doutrinadores brasileiros, se destaca a relação de: MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios do Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1997, que inclui os seguintes princípios específicos: princípio da norma mais favorável ao empregado, princípio do *in dubio pro operario*, princípio da condição mais benéfica, princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, princípio da razoabilidade, princípio da imodificabilidade *in pejus* do contrato de trabalho, princípio da irredutibilidade salarial, princípio da igualdade de salários, princípio da substituição automática das cláusulas contratuais pelas disposições coletivas e princípio da boa-fé.
- 5 O princípio de proteção, reflexo direto da índole tutelar do Direito do Trabalho, se concretiza no postulado do *in dubio pro operario*, bem como nas regras da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e da incidência da condição mais benéfica. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos segue idêntica diretriz, estabelecendo a indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a conseqüente limitação à autonomia da vontade das partes, vedando o despojamento de direitos pelo hipossuficiente. O princípio da primazia da realidade, por sua vez, determina a prevalência dos fatos oriundos da realidade empírica sobre documentos ou acordos, na hipótese de colidência entre tais elementos. O princípio da razoabilidade consagra a tese de que o ser humano, em suas relações laborais, procede e deve proceder conforme a razão. E o princípio da boa-fé consiste na afirmação de que ambas as partes devem cumprir fiel e lealmente as obrigações e os deveres oriundos do contrato de trabalho.

estabelecida por uma série de acontecimentos e instrumentos de organização operária, com o intuito de contestar o então modelo liberal de produção⁶.

Nesta ordem, o princípio da proteção poderá ser entendido como um princípio de equiparação formal entre os sujeitos da relação de emprego, irradiando sua teleologia para os demais princípios, inclusive, com desdobramentos na seara processual do trabalho⁷.

Tal postulado, considerado pelos juristas o mais importante do elenco, se expressa através de três regras básicas: a regra *in dubio pro operario*, correspondente ao critério segundo o qual o intérprete deve preferir a interpretação mais vantajosa para o empregado na hipótese de ser a norma suscetível de diversos entendimentos; a regra da norma mais favorável, determinando que, na hipótese de existir mais de uma norma aplicável a um caso concreto, deve ser escolhida pelo aplicador aquela mais benéfica ao hipossuficiente, mesmo quando contrário ao critério tradicional da hierarquia das normas jurídicas; e a regra da condição mais benéfica, correspondente ao critério segundo o qual a incidência de uma nova norma jamais deve prejudicar as condições mais favoráveis nas quais se encontra o empregado⁸.

O princípio da irrenunciabilidade, por seu turno, corresponde ao postulado segundo o qual o empregado não pode se despojar dos direitos trabalhistas previstos no sistema normativo, por serem indisponíveis e assegurados em normas de ordem pública, imperativas e inderrogáveis, torna inadmissível a renúncia do empregado aos direitos que lhe são assegurados, devendo ser considerada nula de pleno direito⁹.

6 Um dos mais conhecidos documentos históricos que influenciou a classe trabalhadora contra o modelo de utilização da mão de obra na sociedade moderna, foi o Manifesto do Partido Comunista de Carl Marx e Frederich Engels, de 1848.

7 No âmbito do Processo do Trabalho, pode-se observar a incidência do princípio da proteção, por exemplo, quando da não incidência de custas processuais, ao se tratar de empregado beneficiário da Justiça Gratuita, nos moldes do art. 790 da CLT.

8 Tal postulado protecionista, ao deixar em clarividência o caráter tutelar do Direito do Trabalho, não deve levar o intérprete a crer que o aplicador do Direito, ao efetivar as normas trabalhistas, age sempre de forma favorável ao empregado. A proteção jurídica decorre dos institutos laborais, não do operador do Direito. Este, especialmente quando legalmente investido na função jurisdicional do Estado, não está legitimado a extrapolar os limites do ordenamento jurídico, e “proteger por caridade”, levando o caráter tutelar ao extremo, de acordo com o seu ponto de vista pessoal. O empregado é protegido pela lei e não pelo magistrado. É característica do direito subdesenvolvido o uso de postulados como este para solucionar conflitos com uma simplicidade excessiva, em consonância com a “lei do menor esforço”, sendo esta prática judicante intolerável dentro de um sistema jurídico moderno. Vide: RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 28.

9 Uma parte da doutrina entende ser possível a admissibilidade da renúncia, desde que ocorra após o encerramento do vínculo. No período pré-contratual e durante o decorrer do contrato, a renúncia se revela em regra intolerável. Vide: SÜSSEKIND, Arnaldo e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. 1, 18. ed., São Paulo: LTr, 1999. p. 208 e ss.

O princípio da primazia da realidade, por outro lado, significa que, na hipótese de colidência entre a realidade empírica e o que surge de documentos ou acordos, prevalece aquela, ou seja, predomina a realidade fática. De acordo com as suas diretrizes, assim, o intérprete deve dar preferência ao que ocorre no campo dos fatos, em detrimento das formalidades. É a primazia dos fatos sobre a aparência formal, conforme já defendia o doutrinador mexicano Mario de la Cueva, ao pregar os argumentos da chamada teoria do “contrato-realidade”¹⁰.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, corresponde ao postulado que estabelece a prevalência da razão dentro do âmbito das relações trabalhistas, definindo a consagração da racionalidade dentro da esfera laboral. A premissa, portanto, é que o homem age conforme a razão, e não de forma arbitrária. Revela-se importante na interpretação da conduta dos sujeitos da relação de emprego, servindo de relevante subsídio “naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muitos rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis”¹¹.

O princípio da boa-fé, enquanto postulado do Direito do Trabalho, representa a suposição segundo a qual os sujeitos da relação de emprego, o empregado e o empregador, atuam de forma leal dentro da seara das suas obrigações contratuais. Ambas as partes do contrato de trabalho, portanto, devem cumprir o respectivo pacto de boa-fé¹².

Dentre os que compõem o elenco clássico, no entanto, é o chamado princípio da continuidade da relação de emprego¹³.

Seguindo esta lógica e sendo o contrato de trabalho um pacto de trato sucessivo e de caráter *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado,

10 DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. tomo 1, 8. ed., México: Porrúa, 1983. p. 453. Vide ainda: RUPRECHT, Alfredo J. p. 80.

11 RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 252.

12 RODRIGUEZ, Américo Plá. p. 270 e MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. p. 166.

13 Para DE LA CUEVA, Mario, coube à Constituição mexicana de 1917 a consagração de tal princípio (sob a denominação de *estabilidad en el trabajo*). Na sua obra: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 219, sustenta o mais conhecido dos juslaboralistas mexicanos que “la idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista. Nació en Querétaro, sin que pueda decirse quién fue su autor, como una idea-fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera y a escalar la meta tan bellamente expresada por Máximo Dursi en su cuento *Bertoldo en la Corte*: ‘vivir sin temor es el destino del hombre’”.

existe uma tendência lógica à formulação de instrumentos tendentes a assegurar a permanência do negócio jurídico, em que pese a nocividade natural decorrente dos efeitos do tempo. Assim, surge o princípio da continuidade da relação de emprego¹⁴.

Tal postulado corresponde a um dos alicerces fundamentais do moderno Direito do Trabalho, por visar à durabilidade do seu objeto nuclear. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

“(...) informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições – sob a ótica obreira – de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.”¹⁵

O princípio em tela significa, assim, a tendência em se assegurar o prosseguimento da relação de emprego, almejando manter o contrato de trabalho em pleno vigor durante o período de tempo mais longo possível, protegendo-o de atos destinados a provocar o seu término. A diretriz estabelecida pelo princípio da continuidade da relação de emprego, pois, é no sentido de assegurar a sua durabilidade, evitar a sua terminação e por fim, integrar o trabalhador na dinâmica do processo produtivo, possibilitando que, com o mínimo de estabilidade laboral, em decorrência do prosseguimento no trabalho, possa estabelecer uma situação de conforto material e psicológico nas suas relações sociais.

A sua posição de destaque dentre os princípios universais do Direito do Trabalho, portanto, se revela inquestionável. Os seus fundamentos, por outro

14 A denominação escolhida retrata a nomenclatura mais constantemente utilizada pela doutrina, seguindo as lições de Plá Rodriguez. Alguns tratadistas, no entanto, preferem as expressões “permanência”, vide: RUPRECHT, Alfredo J., p. 55, “perdurabilidade” e RODRIGUEZ, Américo Plá, *Curso de Direito do Trabalho*. trad. por João da Silva Passos, 1982, p. 38, ou “estabilidade”, DE LA CUEVA, Mário. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Plá Rodriguez, ao defender a denominação princípio da continuidade da relação de emprego, *Principios...*, p. 140, critica as demais expressões. Ao sustentar que continuidade, além de ser a nomenclatura mais utilizada, é a de conotação sumamente apropriada, por fazer alusão ao que se prolonga e se mantém no tempo (ideia central que se quer invocar com o princípio em tela), aponta as falhas das outras denominações, afirmando que enquanto a estabilidade designa especificamente um instituto concreto relacionado com o postulado (por proteger o empregado contra a dispensa), permanência e perdurabilidade revelam uma noção de perenidade que não caracteriza o contrato individual de trabalho, cuja duração não é infinita. MARQUES DE LIMA, Francisco Meton, p. 101, adotou a nomenclatura consagrada pelo autor uruguaio, enquanto RUPRECHT, Alfredo J., p. 54, preferiu a denominação princípio da continuidade do contrato.

15 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 209.

lado, demonstram ainda mais a relevância do postulado dentro da seara das relações laborais, inseridas em um momento histórico de grande importância nas relações jurídicas, políticas e sociais¹⁶.

Outro princípio de relevância na implementação do Direito do Trabalho como disciplina jurídica, é o princípio da intangibilidade salarial. Neste sentido, deverá ser entendido como elemento genérico que impede a subtração dos valores de natureza de subsistência do trabalhador¹⁷, ou seja, o salário, sem que haja previsão legal para isto.

Este princípio comporta desdobramentos, sendo o natural, o princípio da irredutibilidade salarial, admitindo-se uma disponibilidade relativa do elemento formal ordinário, consubstanciado na possibilidade de redução salarial temporária e justificada, em decorrência de situações empresariais excepcionais, sempre respeitado o piso salarial legal ou convencional¹⁸.

Na mesma esteira, consoante lição de Godinho, o princípio da intangibilidade também encontra desenvolvimentos, inclusive com denominações próprias, como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e o princípio da integralidade salarial, cujos objetivos estão pautados nas “garantias contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante” e “garantias contra interesses contrapostos de credores diversos, sejam do empregador, sejam do próprio empregado”, respectivamente¹⁹.

II – PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO X FLEXIBILIDADE LABORAL

A fase histórica em que os princípios do Direito do Trabalho foram estabelecidos foi fundamental na concretização da disciplina, que pode ser considerada como o Direito Ordinário do Trabalho. Isto, por todas as suas características e peculiaridades, principalmente pelo intervencionismo estatal na utilização da matéria e como se implementou a relação jurídica.

De se observar que as relações de trabalho de característica industrial e moderna deram ensejo a um sistema normativo de limitação das atividades

16 DELGADO, Mauricio Godinho. p. 87.

17 Dada a finalidade prevista para o salário mínimo no art. 7º, IV, que deverá ser capaz de atender a: “suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Entende-se como limitativo o termo “natureza alimentar”.

18 Realidade esta permitida no art. 7º, VI, da Constituição da República.

19 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 207.

privadas de trabalho, onde as figuras do empregado e do empregador permaneciam razoavelmente estáveis, graças à importância dos princípios do Direito do Trabalho em estabelecer linhas gerais de comportamento através da legislação específica.

O período de utilização do Direito Ordinário do Trabalho ou Direito Moderno do Trabalho ou, ainda, Direito Industrial do Trabalho, foi basicamente o de sua ratificação como disciplina jurídica, a partir de 1919, com a Organização Internacional do Trabalho²⁰ e o estabelecimento do padrão de relações laborais, tanto individual quanto coletivo, até 1989²¹. Com a reestruturação política, ideológica e econômica, que basicamente se iniciou naquele ano²², muda-se o padrão de acumulação do capital sem, contudo, alterar o modo de produção²³, e a figura do trabalhador assalariado sofre as consequências desta mutação conjuntural do sistema produtivo.

A partir de então, os fatores políticos, econômicos, ideológicos²⁴ e produtivos que conjugados proporcionaram a criação do Direito do Trabalho, tendo como alicerce os princípios acima indicados, passaram por significativas modificações.

Politicamente, houve o que se chama de “fim do paradigma socialista”, com a derrocada dos sistemas de orientação desta natureza nos países do Leste Europeu, que historicamente serviu como bandeira de luta do movimento obreiro unificado e o entendimento da terminação do conflito entre direita e esquerda, que proporciona uma nova forma de utilização das diferenças historicamente existentes, a unidade dialética²⁵ que, por sua vez, estabelece uma nova forma de manutenção do sistema produtivo e da paz social.

20 SUPIOT, Alain. *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 20 e ss. O festejado autor francês indica que desde o ponto de vista formal, se poderia reconhecer que o Direito do Trabalho, como ramo autônomo, se inicia em 1910, “pues fue en dicho año que se adoptó la primera ley que instauraba un Cógido del Trabajo” na França.

21 Vide: ZAINAGHI, Domingos Sávio. Tendências do Direito do Trabalho na América Latina na era da globalização. In: *Revista de Direito do Trabalho*. ano 35, n. 133, janeiro a março de 2009, São Paulo: RT, p. 11 e ss.

22 Ainda que a reestruturação do modelo político-ideológico neoliberal tenha se iniciado anos antes, na década de 1970. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. Boitempo, São Paulo, 2003, p. 35.

23 ANTUNES, Ricardo. p. 36.

24 Vide: CARMO, Paulo Sérgio do. *A ideologia do trabalho I*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 23.

25 Brillante obra de: BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 2. ed., São Paulo: Unesp, 2001, em especial, p. 56. A unidade dialética caracteriza-se por ser a síntese dos interesses teoricamente antagônicos, o que neste momento histórico pode ser entendido pela utilização dos interesses dialéticos entre trabalhadores e empregadores na veiculação da política de flexibilidade laboral, principalmente pela negociação coletiva, como instrumento de legitimação dos modelos atípicos de contratos de trabalho.

Esta derrocada do socialismo proporcionou o implemento de uma política econômica praticamente única no mundo inteiro e a reimplantação do modelo liberal, sob novo enfoque e novas práticas, consubstanciado no neoliberalismo, onde fica clara a postura abstencionista do Estado para com as relações sociais garantistas previstas em lei e, especialmente, para com as relações de trabalho.

Nesta mesma época e com uma velocidade jamais vista na história da humanidade, estabelece-se também um modelo de produção diferenciado, em decorrência da utilização da informática produtiva, com o fenômeno da reindustrialização, que por sua vez, elimina um extraordinário número de postos de trabalho²⁶.

Por fim, e conjugando tudo isto, outro fenômeno não menos espetacular na história se serve para difundir estes novos padrões de sociedade: a globalização²⁷.

Este novo paradigma de sociedade determina também novos paradigmas nas relações de trabalho, com a reciclagem do modelo industrial para uma realidade pós-industrial²⁸. De uma situação produtiva ordinária com a utilização da mão de obra em larga escala, para uma situação de utilização da mão de obra intensiva. De um moderno Direito do Trabalho, para um Direito do Trabalho pós-moderno ou Direito Flexível do Trabalho.

Eis que os princípios do Direito do Trabalho, que serviram como instrumento integrador e de proteção ao trabalhador, passam a sofrer fortes ataques em função de um Direito do Trabalho que proporciona a disponibilidade de suas normas²⁹, uma privatização do aspecto normativo, com a eliminação do então caráter cogente e imperativo de ordem pública³⁰, com uma mudança

26 Vide: RIFKIN, Jeremy, *O fim dos empregos*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2004.

27 Vide: SOARES FILHO, José. *Sociedade pós-industrial: Os impactos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 61 e ss. Também: SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Conferência de abertura, flexibilização do Direito do Trabalho*. Thomson/IOB, São Paulo, 2004. p. 15-16 e NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38 e ss., BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado, flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 21 e ss.

28 URIARTE, Oscar Ermida. *Revista Anamatra*, ano XVIII, n. 53, 2º semestre de 2007, p. 17: “A sociedade pós-industrial ‘descentraliza’ o trabalho, lhe tira a centralidade que lhe era reconhecida pela sociedade industrial, mas não cria, em seu lugar, um novo ‘ponto de conexão’, um novo ligamento do trabalhador com seus direitos de cidadania. ‘Lhe solta a mão’ e o ‘deixa cair’”.

29 ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden público y Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 51. “En tal sentido, la utilización del instrumento de la introducción de limitaciones a la autonomía de la voluntad ha estado caracterizada por asumir diversas graduaciones, las que han variado tanto en atención a los diversos estadios evolutivos de la ciencia del Derecho, como en función de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos a los que se ha pretendido llevar protección o amparo”.

30 SÚSSEKIND, Arnaldo e outros, p. 211: “A finalidade das regras de ordem pública no Direito do Trabalho consiste em evitar o abuso da autonomia da vontade, fazendo com que os indivíduos dela desfrutem na medida em que o seu uso seja compatível com o interesse social”.

do centro protetor institucional³¹, proporcionando a utilização disponível das normas laborais.

A necessidade empresarial de concorrência mundializada passa a estabelecer por lei, novos padrões de comportamento nas relações de trabalho, que paralelamente a isto, possuem como finalidade a eliminação da capacidade de reivindicação da classe trabalhadora³². O que até então poderia ser tomado como exceção, passa a ser regra em determinados países, como por exemplo, o caso espanhol³³, que já vem retomando a tendência de continuidade na relação de emprego.

O papel designado a entidades sindicais, de proteção aos interesses individuais e coletivos dos seus representados, tido como uma busca incessante ao diálogo social com o intuito de conseguir padrões laborais superiores aos mínimos legais, passa a ser o de implementação de uma política de manutenção dos mínimos de subsistência digna aos trabalhadores e de veiculação da própria política flexibilista.

O modelo típico, padrão de contrato de trabalho, passa a conviver com outras formas, atípicas e flexíveis, como o contrato por prazo determinado, a terceirização, o contrato a tempo parcial, o consórcio de empregadores, as cooperativas, dentre outros e outras situações também atípicas, como o banco de horas e algumas consequências equivalentes ao processo do trabalho, como as comissões de conciliação prévia, que ao fim e ao cabo, determinam um processo de precarização laboral e a mitigação da dignidade da pessoa humana, presentes no modelo padrão ordinário e industrial do trabalho.

31 BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho: abordagens críticas*. Recife: EDUFPE, 2009. p. 37.

32 RANGEL, Maurício Crespo. *Relações de trabalho: novos paradigmas*. Revista do TST, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007. p.133: “A partir das mudanças ocorridas nos anos 70, com o advento do Estado neoliberal, intimamente vinculado às necessidades do capital em crise, vislumbra-se a necessidade de se resolver o déficit fiscal, cujas incursões incidem sobre as relações sociais de produção e sobre a correlação de forças entre as classes sociais. O Estado neoliberal surge como instrumento da mundialização do capital. A transferência do patrimônio público/estatal para a gestão direta do capital privado, fazendo largo uso de subsídios, é uma das mudanças básicas, juntamente com a flexibilização dos direitos sociais do trabalho. A crise induzida aos sindicatos e partidos operários e a fragmentação dos sujeitos coletivos reforçam a tendência ao esvaziamento das instâncias de representação política democrática. Assim, verifica-se que a globalização como forma de unificação mundial da circulação de mercadorias e de fluxos financeiros impede a unificação da força de trabalho”.

33 Com a inversão do princípio da continuidade das relações de trabalho, que por certo trouxe um sem-fim de problemas no seio da sociedade daquele país, conforme relata: ALEDO, Carlos Alvarez. *El impacto de la contratación temporal sobre el sistema productivo español: relaciones entre segmentación laboral y productiva*, Consejo Económico y Social, Madri, 1996.

Eis que, com todas estas alterações dos padrões da sociedade, a utilização dos princípios do Direito do Trabalho fica cada vez mais dificultada, vista a utilização de novas formas contratuais e métodos de utilização diferenciados das regras contratuais³⁴, que por certo, também trazem como consequência uma segmentação e dualização social, que rompem com o postulado solidarista³⁵ presente no Direito Ordinário do Trabalho.

O sentido de identidade obreira, presente nas relações de subordinação do Direito Ordinário do Trabalho, também praticamente se esgota com a implementação da concorrência profissional, da pós-modernidade, que passa a descentralizar o sujeito trabalhador³⁶.

Como forma de resistência a esta nova realidade, surge um novo princípio do Direito do Trabalho, o princípio do não retrocesso social, que pode ser entendido da seguinte forma:

“O princípio do não retrocesso social, pouco explorado por nossa doutrina, ou quase que inexistente, caracteriza-se pela ideia de que os ganhos sociais e econômicos, após serem realizados, jamais poderão ser ceifados ou anulados, passando a ser uma garantia constitucional. Com isso, qualquer direito social consagrado jamais poderá simplesmente sair de cena. Se olharmos o histórico dos direitos sociais, perceberemos a imensa conquista obtida no século passado. Diante dessas conquistas, muito se fala em relativizar esses preceitos, mas especificamente os que dizem respeito aos trabalhadores.”³⁷

Consolida-se em um princípio de resistência a esta investida do Direito Flexível do Trabalho, com o intento de fazer valer as normas mínimas de proteção e dignidade do trabalhador. A diferença do que ocorreu com os princípios originários, o princípio do não retrocesso social nasce no período histórico em que a legislação do trabalho sofre um dos seus mais graves ataques, que tem por escopo a eliminação do papel intervencionista e equiparador, para

34 Pode-se ver a exemplo: MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. *Além dos portões da fábrica: o direito do trabalho em reconstrução*, Revista TST, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007, p. 98 e ss.

35 PÉREZ, José Luis Monereo. Introdução: O modelo de regulação da sociedade salarial e sua crise. In: BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho, abordagens críticas*. Recife: EDUFPE, 2009, p. 21.

36 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DPeA, 2006, p. 34 e ss.

37 AFONSO, Túlio Augusto Tayano. *Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social*. Revista de Direito do Trabalho, ano 33, n. 124, jan./mar. de 2007, São Paulo: RT. p. 243.

a implementação de um modelo que revigora a autonomia da vontade e o abstencionismo estatal, característica do neoliberalismo³⁸.

Por isso, “os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”³⁹, que devem ser mantidos e buscados como corolário de dignidade do trabalhador.

Considera-se, pois, o princípio do não retrocesso social, como um verdadeiro princípio de resistência à dinâmica flexível do trabalho, com a necessidade de reconhecimento no ordenamento jurídico e se necessário for, por norma expressa constitucional, observado o elemento finalista de melhoria da condição social do trabalhador, presente no *caput* do art. 7º da Constituição, como instrumento de realização do princípio maior e adrede em todos os ramos jurídicos: o princípio da dignidade do ser humano.

CONCLUSÕES

Em face da introdução na nossa sociedade de novos modelos produtivos, políticos e econômicos, pode-se observar a introdução paulatina de novos modelos de relações de trabalho que modificam o marco legal e, conseqüentemente, fragmentam a efetividade dos tradicionais princípios do Direito do Trabalho.

Estes novos modelos de utilização da mão de obra assalariada perfazem um Direito Flexível do Trabalho, com a utilização disponível das normas laborais até então cogentes, de ordem pública, que ao fim e ao cabo tem como teleologia a total privatização do Direito do Trabalho.

Também como consequência da utilização flexível ou disponível da legislação laboral, observa-se a precarização das relações de trabalho, e a quebra

38 Que por sua vez poderá, seguindo esta perspectiva, eliminar a razão de ser desta disciplina jurídica, pois a utilização exacerbada da autonomia da vontade nas relações de trabalho acaba por descaracterizar intervencionismo estatal, estabelecendo um modelo de relações de trabalho com forte influência do modelo anglo-saxão: sobre a aplicação do modelo anglo-saxão de relações de trabalho nas democracias atuais, vide: GRAU, Antonio Baylos, Mercado y Sistema jurídico laboral en el nuevo siglo (notas para debatir con Moisés Meik), in: GIANIBELLI, Guillermo e ZAS, Oscar, *Estudios de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana, 2006, p. 67.

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 326. In: AFONSO, Túlio Augusto Tayan. *Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social I*. p. 234.

D O U T R I N A

da equiparação formal existente entre empregado e empregador, estabelecida pelo princípio da proteção e pelos demais princípios do Direito Ordinário do Trabalho, o que, por conseguinte, rompe com uma das finalidades deste ramo especial do Direito: o princípio da dignidade do trabalhador.

Como resposta a esta onda privatista e modificadora da essência tutelar conjuntural ao trabalhador no sistema produtivo, nasce o princípio do não retrocesso social, que se estabelece como um verdadeiro princípio de resistência à flexibilização e suas consequências.

Não só o Direito, mas todos os seus operadores e a sociedade em geral, devem envidar esforços no sentido de ratificar este novo princípio como corolário de uma sociedade mais justa, que tem por finalidade a manutenção na ordem jurídica do princípio basilar e comum a todos os ramos do Direito: o princípio da dignidade do ser humano.

LIBERDADE E IGUALDADE COMO PRINCÍPIOS EM TENSÃO: KELSEN, DWORKIN E A INDETERMINAÇÃO ESTRUTURAL DO DIREITO

Paulo Henrique Blair de Oliveira*

“Absolute clarity is the privilege of fools and fanatics.”
(Clareza absoluta é um privilégio dos tolos e fanáticos).

Ronald Dworkin

INTRODUÇÃO

Este breve texto tem como objetivo uma análise, ainda que sucinta, de algumas das questões que emergem no Direito a partir da constatação de sua indeterminação estrutural – questões que vinculam epistemologia à Teoria da Constituição na perspectiva de sua efetiva possibilidade de abrigar a realização de liberdade e igualdade.

Se o tema em si já não despertasse profundo interesse, a sua relevância fora recentemente acentuada, de maneira drástica, pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45¹, a qual atribuiu efeitos vinculativos às súmulas e jurisprudências oriundas do Supremo Tribunal Federal, fazendo pressupor que este instrumento seria capaz de atribuir segurança e previsibilidade às decisões judiciais. A ideia implícita a esta pretensão é a de que, enunciando-se um entendimento, o conteúdo deste enunciado será determinável de antemão, isto é, não assumirá variações semânticas se inserido em um mesmo contexto.

A investigação desta premissa revela que ela traz em si a ideia de que há possibilidade de determinar-se plena e previamente o sentido de um texto

* Juiz do Trabalho; Mestre e Doutorando em Direito, Estado e Constituição.

1 Brasil, 2005. p. 73.

normativo. Sim, porque, de outro modo, não se poderia justificar a sua impossibilidade a todos os demais órgãos do Poder Judiciário².

Contudo, um breve olhar para estas súmulas descortina dúvidas fortes quanto a esta possibilidade. Como exemplo pontual, tomemos, ainda que no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o debate em torno de uma das construções jurisprudenciais mais antigas daquela Corte: a chamada hora *in itinere*. Trata-se do entendimento, simples em sua formulação, de que o tempo gasto no deslocamento para o trabalho (e voltando do trabalho) deve ser considerado tempo de serviço se o local de sua prestação não é servido por transporte público regular, sendo necessário ao empregador providenciar o transporte de seus trabalhadores. A sua descrição inicial fora feita no enunciado sumular de nº 90, daquela Corte, cujo atual teor é:

“Tempo de serviço. O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.”³

Porém, a enunciação deste entendimento não se revela capaz de abranger toda a gama de sentidos que se lhe poderia emprestar. Digamos que exista transporte público entre a residência do trabalhador e o local de trabalho, porém, em horários incompatíveis com os horários de serviço. Nesta hipótese ainda prevaleceria o entendimento acima? E o que dizer se este transporte, ainda que existente, for insuficiente para atender a toda a demandada de passageiros que necessitam se deslocar até o labor em tempo hábil ao cumprimento deste horário? E se apenas parte do trecho abrangido pelo transporte fornecido pelo empregador não for servido por transporte público? E se o transporte fornecido pelo empregador não for gratuito?

Estas dúvidas foram mencionadas somente porque delas já emergiram quatro outros verbetes jurisprudenciais destinados a aclarar o sentido do que se achavam no antigo Enunciado nº 90 daquela Corte⁴. Aliás, uma simples consulta ao índice remissivo do livro de enunciados e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho revela a existência de nada menos que

2 Esta premissa pode ser posta em xeque ante a diferenciação feita por Günther quanto aos discursos de aplicação e de justificação no Direito (2004, p. 81-100). Todavia, ante os limites do presente texto, não exploraremos, por ora, tal possibilidade.

3 Brasil, 2005b.

4 São eles os antigos enunciados ns. 320, 324 e 325, do TST, e ainda a orientação jurisprudencial n. 50, da SDI I, também do TST (BRASIL, 2004).

44 orientações jurisprudenciais cujo propósito é aclarar o sentido de outros enunciados sumulares anteriores⁵.

Assim, retorna a pergunta: qual o grau de certeza pode ser pressuposta no uso da linguagem? Neste ponto é que, partindo da análise dos pressupostos epistemológicos característicos do positivismo jurídico, pretendo discorrer sobre como eles levaram à aceitação axiomática de que este nível de determinação semântica é tanto possível quanto desejável, para então confrontá-los com algumas observações da Filosofia da Ciência contemporânea e da Filosofia da Linguagem, assim como de outros marcos da Teoria do Direito.

1 – A TRAJETÓRIA A PARTIR DE KELSEN: O DIREITO COMO ESPELHO DE UMA EPISTEMOLOGIA DAS CERTEZAS

O esforço kelseniano em atribuir ao Direito um modelo epistemológico próprio, que confirmasse seu *status* científico, é uma das marcas mais visíveis de sua teoria pura. Não é por outra razão que Kelsen⁶, após propor critérios de distinção entre Direito e natureza e entre Direito e moral, chega ao cerne de sua estratégia metodológica: atribuir e definir um objeto à ciência jurídica. Este objeto são as normas jurídicas, as quais, por força da “pureza” epistemológica de seu modelo somente poderiam ser observadas sempre em uma perspectiva externa – isto é, somente pelo olhar descritivo, e nunca crítico. Esta verdadeira assepsia da crítica é procedida mediante a estratégia engenhosa de fazer distinção entre proposições jurídicas e normas jurídicas. As primeiras seriam juízos hipotéticos que vinculariam a ocorrência de circunstâncias específicas ao dever de se seguirem consequências preestabelecidas, e as segundas seriam os comandos imperativos presentes no ordenamento jurídico. Logo, se as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, segue-se que é necessário distinguir conhecimento jurídico de operação do Direito, já que o primeiro apenas descreve externamente o Direito⁷. Ou, dito de outra forma: a ciência do Direito é colocada em oposição conceitual ao Direito.

A pretensão kelseniana não é modesta: a “purificação” do objeto do Direito teria como resultado concreto a transformação do material dado à observação da ciência jurídica (a norma) “(...) num sistema unitário isento de contradições, isto é, numa ordem jurídica”⁸.

5 Brasil, 2004.

6 Kelsen, 2000. p.79.

7 Idem, ibidem, 2000, p. 81.

8 Idem, ibidem, 2000, p. 82.

Assim, a abordagem descritiva proposta por Kelsen cumpre uma dupla – e tautológica – função: ao tempo em que permitem a incidência, sobre elas, de postulados próprios da lógica formal, definem o ordenamento jurídico como um monólito sobre o qual as contradições virtualmente inexistem.

Não que Kelsen tenha pura e simplesmente feito a imediata transposição de um modelo epistemológico das ciências da natureza para a ciência jurídica. Seu esforço, vale recordar, é sempre no sentido de garantir à ciência jurídica autonomia epistemológica. Porém, esta autonomia não chega a romper de todo com tal modelo, dada a necessidade implícita de que, ao final, fosse reconhecido o *status* científico desta disciplina. Portanto, e ciente de que as relações de causalidade – próprias das ciências naturais – não poderiam ser pura e simplesmente verificadas na ciência do Direito, Kelsen argumenta que, nesta última, a imputabilidade cumpre igual função, permitindo, contudo, que a variabilidade decorrente dos atos de vontade envolvidos no fenômeno jurídico não terminasse por negar validade epistemológica à ciência jurídica⁹. A proposta é que, em substituição à relação expressa na sentença “dado A, segue-se B” (causalidade), a ciência jurídica abriga a sentença “dado A, deve ser B” – ainda que, por hipótese, em determinado caso, ante a ocorrência de “A”, não ocorra “B”. A ciência do Direito somente poderia, dadas as restrições contidas na pré-compreensão de Kelsen sobre o que seja ciência, limitar-se à descrição deste “dever ser”, sem jamais se debruçar sobre o “ser”¹⁰.

Tamanho esforço pela objetividade não poderia ter outro resultado, em suas conclusões, que não a redução da própria sociedade, sob o prisma da ciência jurídica, à ordem normativa – esta, como já dito, admitida como um autêntico monólito que é o amálgama necessário de toda a diversidade encontrada naquele grupo social¹¹.

A imputabilidade que já fora descrita neste texto – manejada como substituto da causalidade – é também submetida às consequências desta redução, precisamente para que não se admita a sua transmissão, em um infinito encadear de causalidades. Atribui-se a ela um ponto final¹² – cujos critérios de fixação,

9 Kelsen, 2000. p. 86-87.

10 “Em especial, a ciência jurídica não pode afirmar que, de conformidade com uma determinada ciência jurídica, desde que se verifique um ilícito, se verifica efetivamente uma consequência do ilícito. Com uma tal afirmação, colocar-se-ia em contradição com a realidade, na qual muito frequentemente se comete um ilícito sem que intervenha a consequência do ilícito estatuída pela ordem jurídica. Por outro lado, esta realidade não é o objeto a descrever pela ciência jurídica.” (KELSEN, 2000, p. 88).

11 Idem, ibidem, p. 97.

12 Idem, ibidem, p. 101.

é claro, não podem ser criticamente examinados, mas apenas descritivamente abordados – o que expressa, em outro sentido, a confissão indireta de que Kelsen assume uma perspectiva referencial do uso da linguagem. Mas não adentremos, por ora, esta seara.

Este ponto final de imputabilidade opera, em outro sentido, no modelo kelseniano, a um só tempo como definidor e gerador da esfera das liberdades individuais, de tal sorte que “O homem é livre porque esta sua conduta é um ponto terminal de imputação, embora seja causalmente determinada”¹³. Logo, até mesmo a possibilidade fundamental de liberdade está em Kelsen hipotecada, por assim dizer, ante o débito de observância a um ordenamento que a ciência do Direito pode apenas descrever. Mas – e este é parte das preocupações centrais do presente artigo – esta possibilidade descritiva, ao pretender encerrar tudo que é dado à ciência jurídica, necessariamente incorpora a pretensão de que a descrição feita seja suficientemente unívoca, segura, ou, em uma palavra, objetiva.

A fim de atingir esta objetividade, Kelsen toma como ponto de partida um critério crítico interno ao próprio Direito: a ideia de uma norma não pode como fundamento de validade um elemento externo ao Direito, mas apenas uma outra norma¹⁴. Assim, e em uma operação de regressão silogística, uma norma haveria de ter seu fundamento de validade inferido de outra que lhe é “hierarquicamente” superior, e assim sucessivamente. Esta operação, contudo, há de sofrer um fechamento – e, para tanto, é necessário a ele cogitar hipoteticamente de uma norma fundamental. Para proceder tal fechamento, esta norma não pode ser ela mesma positivada, mas sim apenas pressuposta, para que a sua validade não possa ser novamente reinserida em uma análise crítica. Pode-se inferir, diante destas características, que uma tal norma fundamental expressa, do ponto de vista interno do Direito, um postulado absoluto, universal e imutável. Não é por outra razão que, ao exemplificá-la no âmbito da moral, Kelsen¹⁵ recorra a uma descrição bastante próxima dos “(...) princípios práticos que residem *a priori* em nossa razão (...)” sustentados pela fundamentação metafísica kantiana dos costumes¹⁶.

A relação do modelo kelseniano com as categorias apriorísticas kantianas foi necessária como estratégia epistemológica, a fim de emprestar à ciência do

13 Idem, *ibidem*, p. 110.

14 Kelsen, 2000. p. 216.

15 Idem, *ibidem*, p. 217-218.

16 Kant, 2004. p. 16.

Direito de um objeto que, em última análise, não fosse ele próprio criticável em sua validade. Tratava-se, em suma, de um esforço de “estabilizar” o que fora construído da razão, a despeito de sua variabilidade, estabilidade esta que integrava visivelmente o paradigma que conformava o conceito de ciência para Kelsen. Por isto é que a norma fundamental atuaria, segundo expressa admissão de Kelsen, como um pressuposto lógico-transcendental (de feição kantiana) à aferição de validade das normas no Direito¹⁷.

A clara e imediata consequência desta estratégia é, portanto, situar a validade em um plano estritamente formal, na esperança de ser ele acrítico¹⁸. A interpretação “cientificamente observável”, portanto, não seria mais que uma simples operação extraída da lógica clássica aristotélica. Ela não se ocupará dos sentidos atribuídos e – ou, melhor dizendo, abandona expressamente a inquirição sobre eles¹⁹ – o que, consoante veremos mais adiante, torna o modelo kelseniano frágil ante a natureza contingente da linguagem, e pouco útil no enfrentamento da aparente insegurança decorrente desta contingência. Este é o momento em que a interpretação é postada por Kelsen, em seu aspecto ontológico, como um problema metajurídico, na expressão precisa de Carvalho Netto²⁰. No modelo kelseniano, o que se situa no interior da moldura de sentidos possíveis de uma norma jurídica pelo órgão aplicador do Direito (isto é, a escolha dos muitos significados cabíveis desta norma) não balizável pela ciência jurídica, mas por campos outros (todos axiológicos) os quais a ciência do Direito pode apenas definir negativamente com a seguinte expressão: não resultam do Direito positivo²¹.

17 “Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental dessa interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos, nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.” (KELSEN, 2000. p. 225).

18 Idem, ibidem, p. 219-220.

19 Idem, ibidem, p. 231.

20 Carvalho Netto, 2004. p. 1.

21 Kelsen, 2000. p. 393.

O estabelecimento desta “moldura” limitadora das possibilidades de decidir seria, na afirmação final de Kelsen em sua Teoria Pura, capaz de demonstrar ao legislador que este ainda está distante de um rigor técnico-jurídico no uso da linguagem “(...) de maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”²².

A pretensão kelseniana, portanto, tem como sustento um modelo de segurança científica calcada na possibilidade crescente de precisar o objeto investigado (o que, é claro, pressupõe a existência de uma relação sujeito/objeto constante, em um ambiente no qual tempo e espaço são também universalmente determináveis) e fundado ainda na certeza de que o instrumento utilizado na observação – a linguagem, no caso – possa abrigar o rigor necessário a uma investigação deste porte.

Na seção seguinte deste trabalho, examinaremos se estes pressupostos são sustentáveis quando consideradas as noções de Wittgenstein sobre os limites da linguagem.

2 – AS BASES FUGIDIAS: ESPAÇO, TEMPO E LINGUAGEM SÃO O QUE APARENTAM?

Kant se ocupará do esforço monumental de estabelecer qual a validade que pode ser reclamada pelo conhecimento que se pretende objetivo²³. A sua observação é que os conceitos apreendidos empiricamente – aferidos pelos sentidos – são distintos de conceitos que não podem, no seu ver, ser objeto da mesma aferição empírica, e são, portanto, conceitos puros²⁴. Vale dizer, a construção kantiana infere do mundo natural a existência de uma racionalidade que deflui de juízos *a priori* que não poderiam ter sido percebidos pela própria razão: o tempo e o espaço. Da invariabilidade deles é que a razão determinará o seu campo de observação do mundo natural, e assim o conformará, descritivamente, segundo o rigor que, em essência, não difere do modelo newtoniano do mundo físico²⁵. Sem esta invariabilidade, não seria possível a

22 Idem, *ibidem*, p. 396-397.

23 Dias, 2000. p. 15.

24 Idem, *ibidem*, p. 16-17.

25 Nascimento Júnior, 2001. p. 270. A mesma observação é feita por Omnès (1996, p. 55), que, ao fazer menção à importância da dinâmica newtoniana, comenta que “... Poucos trechos de um trabalho de física foram tão abundantemente citados e comentados, com justa razão. Tudo está ali: uma afirmação de absoluto, por assim dizer metafísica, que, mais tarde, Kant transformará num dos juízos categóricos *a priori* da razão...”.

operação dedutiva transcendental kantiana e, “(...) Sem que seja possível provar que o conteúdo de nossas intuições deve poder ser determinado através de conceitos, torna-se vã a nossa pretensão a um conhecimento objetivo”²⁶. A categoria dos conceitos puros de espaço e tempo é a síntese do critério crítico de conhecimento proposto por Kant: o conhecimento objetivo, obtido empiricamente, pode ser validado porque não está tautologicamente construído (isto é, fundado na experiência em si), mas porque é possível reconstruir a condição prévia de toda a experiência: a existência de um espaço constante e de um tempo linear e universal – sem o que não seria possível ordenar cronologicamente a sequência de experiências e delas extrair-se a cognição²⁷.

Por este motivo é que a desconstrução da física newtoniana, a partir de uma geometria não-euclidiana aplicada na Teoria da Relatividade Geral e na Teoria da Relatividade Especial, poria por terra a construção kantiana, ao demonstrar que espaço e tempo não são dados apriorísticos, mas sim dependentes quando consideradas as condições recíprocas de dois observadores (agentes) envolvidos no processo cognitivo²⁸. Mais que isto: o próprio estabelecimento de uma lógica puramente formal em Frege, Russel e Wittgenstein já era suficientemente demonstrativo da tautologia kantiana: um critério crítico de conhecimento cuja razão fundamente não pode ser, ela própria, objeto último desta mesma crítica²⁹.

A significativa revisão dos postulados de certeza de um modelo newtoniano requeria nada menos que rever também o papel de nossa percepção e de sua relação com a realidade. A descrição linguística de um senso comum não poderia responder a esta mudança, na qual a aparência dos fatos não é o ponto de partida da observação. Ela fora substituída por princípios que são apenas resumos de um campo de probabilidades – e, paradoxalmente, mais seguros que a pretensa descrição de uma verdade percebida “pelos sentidos”³⁰.

E por que esta mudança? Bem, um modelo platônico de entender a linguagem como representação imperfeita de ideias “puras” traz em si a suposição de que, obtido o rigor suficiente, será sim possível uma descrição mais e mais aproximada da ideal (e perfeita) essência da ideia a ser descrita³¹.

26 Dias, 2000. p. 19.

27 Idem, ibidem, p. 21 e 27.

28 Nascimento Júnior, 2001. p. 276.

29 Idem, ibidem, p. 277. De toda forma, estas observações, quanto a Wittgenstein, ainda são relativas ao período anterior às transformações em sua compreensão ocorrida com o advento das Investigações Filosóficas, cujo impacto, no objeto deste artigo, será visto pouco mais à frente.

30 Omnès, 1996. p. 19-20.

31 Idem, ibidem, p. 32.

A universalidade desta ideia em estado puro e possibilidade de ela ser conhecida, são parte dos vínculos mais fundamentais entre ciência e linguagem e, portanto, são o cerne do debate de uma teoria do conhecimento³².

Na medida em que a investigação física depara-se com conclusões incompatíveis com um uso de senso comum linguístico, ela abraça um outro *médium* descritivo, puramente formal³³. Isto para que a contingência resultante de cada observação procedida possa ser acolhida no modelo descritivo, sem que ele entre em “crise” pela perda de sua “segurança”. Sob o enfoque da filosofia da ciência, a adoção de uma linguagem física formal apenas respondia à demonstração feita por Wittgenstein de que o uso e cada forma de uso em si, são constitutivos da linguagem e dos sentidos assumidos por ela³⁴. Assim, o recurso a uma linguagem (a matemática formal, no caso da física) que assume esta contingência viabiliza adentrar o espaço investigativo que extrapola a percepção fundada na mera experiência³⁵, o que, de outra parte, abre a possibilidade de que o espaço e o tempo kantianos (e também newtonianos) sejam revistos.

Esta revisão é expressa na relatividade especial apresentada por Einstein, em um impacto definido desta forma por Omnès:

“Em Kant, e pela convicção de seus discípulos, é claro que a sua concepção do espaço exclui qualquer eventualidade de um espaço irrepresentável, por exemplo, não euclidiano... Um espaço-tempo como o de Einstein, cujas propriedades de curvatura são determinadas pela matéria que ele contém, ou seja, pelos ‘objetos’, contrapõe-se ainda mais aos postulados de Kant.

(...)

Há, pois, pelo menos divergência entre o quadro imposto por Kant e o que a física moderna nos oferece. Um kantiano de estrita obediência não deixaria de dizer que uma parte essencial da *crítica da razão pura* permanece ainda válida, ou seja, que a nossa intuição, a nossa representação mental, só pode conceber um tempo e um espaço bem distintos, possuindo o primeiro as propriedades essenciais que Euclides supunha. Contudo, apareceram dois danos novos: os juízos *a priori* que

32 Idem, *ibidem*, p. 42.

33 Idem, *ibidem*, p. 69.

34 Idem, *ibidem*, p. 90.

35 Omnès, 1996. p. 98.

podem, se formulados por dois observadores em movimento um relativamente ao outro, não estar de acordo; as ‘verdades gerais’ que podemos deduzir deles só dizem respeito, portanto, à representação intuitiva do mundo que o cérebro humano forma com toda clareza. Essas verdades nada têm a ver com uma lei intrínseca à realidade: se o homem fosse substituído por um robô pensante, suas verdades *a priori* só diriam respeito ao que a disposição de seus circuitos impõe.³⁶

Qual fora a proposta de Einstein com tamanho impacto? Nada menos que a afirmação de que espaço e tempo não são absolutos, e menos ainda universais. Variam, em sua observação, consoante a *relação* estabelecida entre os dois agentes envolvidos no processo cognitivo. Não apenas isto, mas, espaço e tempo em verdade comportam-se fisicamente como uma entidade combinada (o espaço-tempo) que não é descritível em termos de senso comum, e nem é intuitivamente cognoscível³⁷.

Não mais é possível que a derivação física de princípios – significativamente também chamada de interpretação – abrigue a pretensão de fixar certezas. Antes, toda a segurança que pode almejar é a indicação de possibilidades e da adequação de cada uma delas ao recorte de investigação³⁸. E, por esta imprecisão, por esta significação sempre vinculada à relação dos agentes no processo cognitivo, cai também por terra a distinção entre sujeito e objeto: observar passa a ser compreendido como parte de uma interação. Não é mais possível descrever senão da perspectiva de que também participa da criação, modificação ou ressignificação do que é observado.

Assim, as primeiras e graves fraturas podem ser vistas no modelo kelseniano: como pretender que haja um objeto jurídico cuja apreensão pura e racional permita descrever em bases precisas? Como ignorar que os sentidos deste objeto são criados e modificados já a partir do ato de sua observação? Em suma: como pretender uma análise (para não se dizer toda uma ciência) pura do Direito sem a possibilidade de uma norma fundamental que seja de fato universal e aprioristicamente pressuposta?

Os abalos no modelo kelseniano, porém, sofrem ainda o acréscimo de toda a desconstrução feita por Wittgenstein quanto às pretensões de validade referencial-universal da linguagem.

36 Idem, *ibidem*, p. 99-100.

37 Idem, *ibidem*, p. 152.

38 Idem, *ibidem*, p. 177-178.

De fato, Wittgenstein mostrava-se, no prefácio de seu “Tractatus”, convencido de que o tratamento dado à linguagem ali tinha suficiente solidez – ideia que, contudo, é negada frontalmente já no prefácio de suas “Investigações Filosóficas”³⁹. Qual fora o eixo dessa reviravolta? Apenas a mudança da indagação feita por ele, que não mais se ocupa de um sentido essencial à linguagem, mas sim de quais são os seus vários *usos*, de sorte que o reconhecimento destes vários usos leva à necessária conclusão de que inexistente uma linguagem, mas sim há *linguagens* nas quais os atores as operam segundo formas distintas e pragmaticamente observáveis, em diversos jogos de linguagem que, por sua vez, são constitutivos das várias formas de vida⁴⁰. O argumento inicial de suas investigações parte de como a referencialidade na linguagem é, empiricamente, insuficiente como forma de descrever a atuação dos que se comunicam. Fazendo menção às “Confissões” de Agostinho, Wittgenstein diz que a descrição agostiniana:

“(…) É esta: as palavras individuais da linguagem nomeiam objetos – sentenças são a combinação de tais nomes. Nesta descrição da linguagem encontramos as raízes da seguinte ideia: toda palavra tem um significado. Este significado é correlato à palavra. Ele é o objeto que corresponde à palavra.

Agostinho não fala da existência de qualquer diferença entre tipos de palavras. Se você descreve o aprendizado da linguagem desta forma, você está, eu creio, pensando primeiramente em nomes como ‘mesa’, ‘cadeira’, ‘pão’, e nos nomes de pessoas, e apenas em segundo lugar nos nomes de certas ações e propriedades, e dos tipos restantes de palavras como algo que dará conta de si mesmo.

Pense agora no seguinte uso da linguagem: eu envio alguém às compras. Eu o dou um pedaço de papel no qual está anotado ‘cinco maçãs vermelhas’. Ele leva este papel ao comerciante, o qual abre uma gaveta na qual está marcado ‘maçãs’, então ele procura a palavra ‘vermelha’ em uma tabela e encontra na frente dela uma amostra desta cor; então ele enuncia uma série de números cardinais – eu presumo que ele os saiba de cor – até a palavra ‘cinco’ e para cada número ele pega da gaveta uma maçã com a mesma cor da amostra. – É desta forma, e de formas semelhantes, que alguém opera com as palavras. – ‘Mas como ele sabe onde e como ele deve procurar pela palavra ‘vermelho’ e o que

39 Condé, 1998. p. 85-86.

40 Idem, *ibidem*, p. 86-87.

deve ser feito com a palavra ‘cinco’? – Bem, eu presumo que ele *age* como eu descrevi. Explicações chegam a um fim em algum ponto. – Mas qual é o sentido da palavra ‘cinco’? – Isto não está em questão aqui, mas apenas como a palavra ‘cinco’ é usada.”⁴¹

Este é um exemplo crítico do argumento de Wittgenstein: as palavras não carregam um significado ontológico, mas têm seus significados construídos em formas concretas de uso, proposta expressamente apresentada no aforisma 43 das “Investigações Filosóficas”⁴². Disto decorre que a própria fluidez dos vários jogos de linguagem revela a existência de um plano gramatical mais profundo e que não assume pretensões corretivas da linguagem. Não é possível submeter a linguagem a conceitos superiores que lhe sirvam de parâmetro para correção de validade do que é dito, porquanto *tudo* que é dito em um mesmo jogo de linguagem tem um sentido ordinário, comum⁴³.

Assim, tudo o que a gramática em seu sentido profundo pode revelar, é apenas uma pluralidade de significados, não havendo a possibilidade de que, pela própria linguagem, seja eleito um critério corretivo deste processo de significação, já que todo o critério que possa ser eleito será, ele próprio, também parte de um fluido e dinâmico jogo de linguagem.

Por esta razão é que Spaniol, segundo referência feita por Condé⁴⁴, aponta que:

“A forma de vida, em sua função para a linguagem, já não é fundamentada ou justificada: ela precisa ser aceita como algo dado. Isto significa que a linguagem não possui um fundamento pré-normativo. A nossa linguagem não repousa sobre dados ‘inefáveis’ ou fatos da natureza (Cf. I.F. p. 221), nem sobre certezas ou intuições indubitáveis. O fundamento único da linguagem reside no ‘arcabouço’ constituído por nossas formas de vida. E estas se situam ‘par além do que é justificado ou injustificado’ (*Sobre a Certeza*: parágrafo 359). Nesse sentido, a linguagem é simplesmente autônoma, à semelhança de um jogo.”

Esta constatação, pragmática que seja, apresenta um visível paradoxo: embora as formas de vida e os jogos de linguagem que as compõem possam justificar a atribuição de sentidos, estas formas de vida não podem ser elas

41 Wittgenstein, 1995. p. 2-3. Tradução livre feita pelo autor do presente artigo.

42 Condé, 1998. p. 89.

43 Idem, ibidem, p. 99-100.

44 Idem, ibidem, p. 104-105.

próprias previamente justificadas. Daí a conclusão de que a linguagem será, sempre, uma contingência de uma forma particular de uso. Assim, e a exemplo da impossibilidade epistemológica de sustentar-se uma relação sujeito/objeto (impossibilidade já comentada acima), agora se pode concluir que mesmo a gramática, em um sentido pragmático da linguagem, ganha autonomia para romper a relação nome/objeto⁴⁵. A própria lógica aplicável à linguagem, agora, ganha uma variabilidade que revela que tudo o que se pode dizer sobre o sentido das palavras é que ele é precário e marcado pela contingência histórica:

“Assim, nas *investigações*, a lógica não possui um estatuto especial, pois, através dela não compreendemos nada de novo ou de profundo, mas tão somente o que já está diante dos nossos olhos (*I.F.* 89). Da mesma forma, a nova concepção de lógica não possui ‘significação universal’, isto é, a lógica tractatiana enquanto ‘forma lógica’, constituía-se na essência de toda a linguagem possível, ao passo que nas *investigações* a lógica, enquanto algo intrínseco à linguagem, não é universal, uma vez que existem diversas linguagens particulares e em momentos históricos diferentes.”

A contingência da linguagem observada por Wittgenstein de forma alguma é compreendida como obstáculo à suficiência de seu uso. Ao contrário, ela permite precisamente que o significado do que é dito seja perceptível pragmaticamente, isto é, a compreensão passa a ser definida pela pertinência de um sentido em meio ao “jogo de linguagem” travado entre os que se comunicam⁴⁶. Daí porque a compreensão agora pode ser situada, necessária e obrigatoriamente, não como um produto fixo do objeto a ser “definido”, mas como resultante de um processo no qual a determinação do contexto linguístico é fundamental⁴⁷. Ou, dito de outra forma: não há sentido em um texto sem contexto.

Insistir que a linguagem abrigue definições ostensivas universalizáveis e dissociadas de contextos específicos é, por outro lado, também abrigar a impossível tarefa de que uma entidade mediadora possa extrair do plano abstrato um significado para além da linguagem. Mas, ainda que tal significado existisse, também ele teria de ser linguisticamente expresso, o que levaria a um paradoxo insolúvel, em cuja busca leva a supor a existência de ainda outra definição

45 Condé, 1998. p. 113.

46 Dias, 2000. p. 47.

47 Idem, *ibidem*, p. 49.

mais geral (e mais “objetiva” ou “pura”), em uma regressão tão infinita quanto infrutífera. Na expressão de Dias⁴⁸:

“O suposto hiato, denunciado anteriormente, entre as regras e a sua aplicação, a linguagem e seu significado, não pode ser suturado por entidades mediadoras, mas não pode igualmente ser aberto sem que encontremos por detrás um postulado realista assumido dogmaticamente. A ideia de um modelo de linguagem inequívoco é, assim como a de um significado inefável, mera ilusão. A possibilidade de suscitar dúvidas e ambiguidades faz parte do nosso próprio emprego da linguagem, e não condiz senão com o uso regular de nossas próprias expressões. Se não mais falamos de forma geral, nem por isso nos tornamos incapazes de determinar o significado das nossas proposições; ao contrário, o próprio uso correto das mesmas estará agora internamente relacionado com a sua compreensão, ou seja, servirá de critério de compreensão.

O mal-entendido está na sustentação da noção de regra como paradigma de uso ideal quando tudo o que temos é já a aplicação da regra. A ilusão de um ‘para além’ da aplicação é ela própria insustentável, por mais que façamos intervir explicações baseadas no que dispomos, na própria aplicação como seu efeito. Ora, se tudo o que temos é o efeito, como chegar à causa? Ou, ainda, como sustentar essa suposta relação entre causa e efeito? Introduzimos, então, um processo mental, uma inferência ou interpretação, uma nova regra entre o paradigma e a instância do mesmo; surge, contudo, um novo hiato, e assim prosseguimos infinitamente acrescentando sempre um novo elo e constatando a intransponível distância que o separa do modelo.”

Logo, tendo em vista a contingência da linguagem, somente é possível engajar-se em um processo de compreensão abdicando, de pleno, da pretensão de estabelecer sentidos para além das circunstâncias específicas do contexto – isto é, para além da linguagem. Neste sentido, tal como seguir uma regra nada mais é que manejá-la, em um contexto, compreender é nada mais que também aplicar significados, de modo pragmático, específico e contextual. Compreensão, em suma, não estabelece formas ideais de uso – ela é, em si mesma, a expressão deste uso. Os erros e equívocos cometidos neste uso não excluem o participante daquele contexto linguístico – ao contrário, tendem a afirmar sua participação à medida que a constatação do equívoco pressupõe que a ‘práxis’ tenha sido valorada segundo as regras tacitamente consentidas pelos demais

48 Dias, 2000. p. 54-55.

participantes no jogo da comunicação. Isto é: os erros de uso são, eles próprios, também elementos constitutivos dos jogos de linguagem (ainda que tomados como constitutivos-negativos, isto é, reveladores de parâmetros por negação), o que desafia qualquer pretensão de que a linguagem se preste a formas de controle.

3 – A REINTRODUÇÃO DE UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO

Diante de parte dos pressupostos tratados nos itens anteriores, e estabelecido que uma compreensão ilusória sobre a linguagem e sobre os limites da certeza em uma epistemologia contemporânea, restou visível que pretensões epistemológicas e linguísticas desta ordem sobrecarregam a tarefa de aplicação da norma com expectativas não atingíveis pelo Direito.

É neste momento que a questão proposta no título deste trabalho revela-se crítica. A indeterminação estrutural do Direito, resultante do fato de ser linguisticamente construído, não passa despercebida a Kelsen⁴⁹. Contudo, a insistência no modelo epistemológico de uma ciência que, sendo positiva, pressupõe um objeto determinável e um necessário distanciamento para a neutralidade do exame deste objeto leva Kelsen a intentar o controle científico da interpretação da única forma admissível a seus pressupostos: a formação de uma moldura que traçasse um campo fechado habitado por todas as interpretações possíveis, sem que coubesse ao cientista do Direito exercer, enquanto cientista, opção valorativa sobre qualquer uma destas interpretações, já todas eram cientificamente válidas quando resgatada a cadeia de autorizações que permitiria a sua adoção⁵⁰.

Como resultado deste modelo, a determinação em si do sentido dada à norma – o resultado do processo interpretativo – é colocada “para fora” da

49 Kelsen, 2000. p. 388-389.

50 “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformato por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou outra das duas normas que se contradizem, ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (...) Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (Kelsen, 2000. p.390-391).

análise científica do Direito, o que é também expressamente admitido por Kelsen:

“A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.”⁵¹

Todavia, este modelo aparentemente “asséptico” depara-se, por ocasião da segunda edição da Teoria Pura do Direito, com uma questão dramática: o que ocorre quando a autoridade aplicadora insiste em decidir para além das molduras traçadas pela ciência do Direito? Kelsen vê-se então acuado pelos limites de seus pressupostos epistemológicos, e admite que a ciência do Direito poderá, quando muito, apenas traçar as possíveis significações da norma e

“(…) mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer a exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.”⁵²

Assim, a frustrante conclusão da proposta kelseniana é: o Direito Positivo será, sempre e necessariamente, apenas aquilo que o aplicador autorizado deliberar, de forma subjetiva e cientificamente incontrolável, sem que a teoria do Direito possa lançar críticas ao resultado obtido. Conhecemos esta conclusão por um outro nome: decisionismo jurídico.

Paradoxalmente, portanto, o que se propõe, pela aparente neutralidade, a ser um modelo ensejador de segurança jurídica, termina sendo a derrota confessa desta pretensa segurança, precisamente porque, ao invés de incorporar o risco decorrente da indeterminação linguística do Direito, prefere exorcizá-lo – e, fazendo assim, afasta-se da possibilidade de qualquer resultado mínimo de controle. Os riscos, contudo, são por demais elevados para serem ignorados. A interpretação, como tema da teoria do Direito, há de ser reinserida nesta teoria porque, em poucas palavras, a interpretação da norma, mesmo que regredida à “cadeia de autorizações” descrita por Kelsen⁵³, estabelecerá, em última análise, os sentidos que são dados à liberdade e à igualdade.

51 Idem, *ibidem*, p.393.

52 Kelsen, 2000, p. 396-397.

53 Idem, *ibidem*, p. 215-217.

Ora, se alguma medida de segurança jurídica é possível, ela o será apenas na medida em que a incerteza nos sentidos da aplicação do Direito seja enfrentada, sendo assumida como constitutiva do ato de aplicar a norma, já que ela também é constitutiva da linguagem que é o *medium* pelo qual a hermenêutica é realizada.

A pergunta agora se torna bem mais complexa. Não se indaga como é possível o “controle” da interpretação, mas como conciliar interpretação e legitimidade. Obviamente, esta é uma pergunta que não pode mais passar por um método idealizado e “asséptico”, em que imparcialidade seja ausência de posicionamento do intérprete. Aplicar a norma – e julgar, para os fins do recorte eleito neste texto – deve necessariamente levar o julgador para dentro da disputa travada pelo sentido das palavras, da disputa por este *logos*.

O primeiro enfrentamento a ser feito neste campo é precisamente buscar o reencantamento a partir da frustração final da segunda edição da Teoria Pura do Direito: é possível pensar em uma resposta correta tendo-se em vista esta indeterminação dos sentidos da norma jurídica?

Ronald Dworkin (2005), em texto relativamente recente, aborda esta questão a partir de uma interessante pergunta: há uma verdade objetiva? Sua investigação propõe observar que expressões do pensamento, sob o manto de adjetivação de “pós-modernas”, ora simplesmente negam esta possibilidade ou – em uma sofisticação de argumentação destas linhas de pensamento – propõem não ser possível estabelecer mais do que uma mera descrição (não valorativa e não opinativa) sobre os vários sentidos (as várias verdades) construídas nos diversos sistemas morais, estéticos, éticos e, por fim, até jurídicos (esta a conclusão final de Dworkin)⁵⁴. Esta segunda forma de ceticismo, mais “refinado”, é vista por Dworkin com grande preocupação, por seu potencial de, *a priori*, negar validade ao debate público quanto às escolhas que são feitas, no processo interpretativo, dentre as várias possibilidades de sentido que este processo desvela⁵⁵.

Contudo, Dworkin observa um paradoxo inicial nesta forma sofisticada de ceticismo (que ele denomina “arquimediano”): os que negam, de forma absoluta, a possibilidade de ser validamente eleita uma opção de sentido dentre as várias disponíveis terminam por pressupor ao menos uma opção cuja validade não podem negar: precisamente aquela que postula a ausência de critérios

54 Dworkin, 2005. p. 1 e 35.

55 Idem, *ibidem*, p. 2.

válidos para que sejam estabelecidas as comparações⁵⁶. Tal forma de ceticismo, portanto, só pode estabelecer sua crítica desconstrutiva para além de seu fundamento inicial, sendo um ceticismo apontado “para baixo”, no dizer de Dworkin⁵⁷. Assim, embora a crítica fundada neste ceticismo se pretenda “não valorativa”, ela termina por eleger ao menos um valor como pressuposto, qual seja, a incomensurabilidade das opções interpretativas. É exatamente por este motivo que a negativa fundada neste tipo de ceticismo não pode ser justificada pela simples afirmação de existência de espaços abertos (indeterminações de sentido) entre as opções abertas na interpretação⁵⁸.

No outro extremo, examine-se, analogamente, o que se dá quando alguém toma a sua argumentação como “universal”. A utilização de advérbios como “objetivamente” vem, de forma contraditória, reforçar a centralidade de uma opinião subjetiva. Ou, no exemplo dado por Dworkin⁵⁹, aquele que afirma que o aborto é objetivamente errado, procura convencer de que esta opinião subsistiria ainda que ninguém mais pensasse desta forma. Mas, ora, se ninguém mais pensasse deste modo, o que sobreviveria no núcleo desta afirmação? Seria necessário um recurso à metafísica⁶⁰, cuja validade não poderia ser demonstrada, porque se posta ao largo de toda a particularidade que é constitutiva da única ferramenta capaz de externalizar nossa cognição: a linguagem.

A proposta de Dworkin é oposta: ao invés de considerar que os argumentos quanto à validade das opções de sentido sejam criticáveis apenas em uma observação de segunda ordem, é necessário tratá-los como observações de primeira ordem, isto é, internas a cada sistema (moral, estético, ético ou jurídico). Para tanto, é preciso não evitar, mas sim abraçar o enfrentamento das contingências próprias de cada interpretação, bem como o reconhecimento de que as opções interpretativas anteriores só podem ser vistas e reconstruídas no presente a partir das compreensões atuais:

“(…) o que faz um ato moralmente errado é que a contemplação de que este ato de fato produz um tipo particular de reação na maioria das pessoas, ou na maioria dos membros de uma comunidade em particular. Disto decorre que se um dia as pessoas em geral, ou em uma comunidade determinada, não mais reagirem desta forma ao genocídio,

56 Idem, *ibidem*, p. 1.

57 Idem, *ibidem*, p. 4.

58 Dworkin. 2005, p. 6.

59 Idem, *ibidem*, p. 8.

60 Idem, *ibidem*, p. 9.

o genocídio deixa de ser perverso, tal como ovos apodrecidos deixariam de ser enojantes se eles não mais enojarem a qualquer pessoa. Mas a tese de que o genocídio deixaria de ser perverso se não mais fosse considerado como tal é simplesmente substantiva e controversa. A conclusão poderia, é verdade, tomar uma forma diferente. Ela poderia sustentar, por exemplo, que o que faz o genocídio errado é a reação, não de quaisquer tipos de pessoas que existam de tempos em tempos, mas de nós, ou seja, pessoas com a estrutura psicológica, interesses fundamentais e disposições gerais mentais que as pessoas efetivamente têm agora (...) Isto não significa que as propriedades morais são primárias. Mas significa sim que o argumento sobre se elas são primárias é uma disputa moral substantiva. Nós podemos dizer, se quisermos, que este é um argumento sobre os tipos de propriedades que existem no mundo. Esta colocação não é danosa, desde que nos lembremos de que isto é também um argumento sobre as circunstâncias nas quais instituições são justas ou injustas, ou pessoas são boas ou más e por quê.⁶¹

É interessante a demonstração que Dworkin faz quanto à extrema proximidade entre o ceticismo ao qual já nos referimos e as posições que sustentam a existência de interpretações universais. Enquanto estas devem se apoiar na possibilidade de que, quando menos, um aparato neurobiológico seja capaz de conter, previamente, um “código de identificação moral”, o primeiro acaba atribuindo as escolhas interpretativas à ausência de reflexividade no âmbito de uma comunidade de intérpretes, como se tal comunidade contasse com um “campo moral” que impregnasse os seus membros e obstasse a reflexão. Ambos pressupostos são, visivelmente, pouco sólidos⁶².

Neste ponto é necessário contrapor uma proposta de Dworkin a um senso comum epistemológico do Direito: uma interpretação não é demonstrável por um método (até porque o método assume, hierarquicamente, parâmetros apriorísticos para definir a interpretação), mas sim pela pertinência que se pode extrair de suas implicações, quando se cogita de sua adoção⁶³. Ainda que esta cogitação fosse marcada apenas por interesses pessoais, os argumentos que a sustentam não teriam, por este motivo, menor solidez e nem poderiam ser descartados *a priori*, precisamente porque se externalizaram e, desde então,

61 Dworkin, 2005, p.11. Tradução livre de responsabilidade do autor do presente texto.

62 Idem, ibidem, p. 12 e 15.

63 Idem, ibidem, p. 21-22.

adentrando o domínio da linguagem, não têm suas condições de validade vinculadas às intenções (altruístas ou egoístas que sejam) daquele que os formulou⁶⁴.

O que entendo seja mais relevante é, contudo, o prosseguimento do que Dworkin argumenta: quando alguém conclui que uma determinada questão interpretativa acha-se ainda indeterminada em seus sentidos não se pode por à margem de justificações para esta afirmação. Isto porque a indeterminação não se confunde com a incerteza. Esta primeira é, ela própria, uma conclusão interpretativa (ainda que de tessitura aberta) cuja justificação não pode ser a simples afirmação tautológica de que existem opções distintas (ou ainda não plenamente exploradas) quanto às respostas formuladas ao intérprete:

“(…) Se eu vejo os argumentos de todos os lados de uma questão, e não acho, mesmo após refletir, um grupo de argumentos mais forte que os demais, então posso sem mais declarar que não estou certo, de que não tenho posição sobre a matéria. Para invocar a incerteza, eu não preciso de razões mais extensas ou mais substantivas, além da minha falha em ser convencido quanto a qualquer uma das visões. ‘Não estou certo se a proposição contida na questão é verdadeira ou falsa’ é plenamente consistente com ‘é uma ou outra’, o que não ocorre com ‘a proposição contida na questão não é verdadeira nem falsa’ (...) A crença na indeterminação é uma assertiva positiva, e precisa de uma razão positiva ou de um pressuposto para suportá-la.”⁶⁵

O que há de significativo nesta perspectiva, para o Direito, é que a sua indeterminação estrutural não pode ser validamente invocada, “per se”, como suficiente para que o sentido da norma seja apenas um “campo vazio”. Mesmo esta indeterminação só pode ser invocada quando demonstrada, tal como a opção por um sentido específico também requereria demonstração. Foi dado, portanto, um passo importante para que se possa cogitar de uma teoria da interpretação que opere *em meio a esta indeterminação*, sem exorcizar os seus riscos, e sem tomar tal indeterminação como um *a priori* que desqualificaria toda e qualquer opção interpretativa.

Passo à análise de um segundo passo, resumindo-o na seguinte indagação: tomando-se em consideração que a atividade interpretativa é exercida – obviamente – à luz de um conjunto normativo, é possível abrigar a exigência

64 Idem, ibidem, p. 26-27.

65 Dworkin, 2005, p. 31. Tradução livre de responsabilidade do autor do presente texto.

de que a produção destas normas seja marcada por uma coerência que viabilize o ponto de partida de uma interpretação correta?

Busco a resposta novamente em Ronald Dworkin, a partir de seu conceito de integridade no discurso formador destas normas. Ele admite, como ponto de partida, que o cerne desta questão situa-se na tensão entre as pretensões de reduzir justiça à equidade ou de reduzir a equidade à justiça⁶⁶. Em meio a esta tensão, Dworkin sinaliza duas questões igualmente graves: a possibilidade de que as decisões formadoras das normas, particularmente nos parlamentos, não expressem a simples decisão majoritária, com absoluta exclusão da minoria, e a possibilidade de que minoria e maioria se componham, no jogo parlamentar, para produzir decisões que, reificando direitos fundamentais, distribuem-nos em um procedimento “conciliatório”. A preocupação de Dworkin, na primeira hipótese, é diretamente vinculada à legitimidade da norma produzida, dada a complexidade e pluralidade da sociedade a que ela se destina⁶⁷. Já o dano que emerge desta segunda hipótese requer uma análise mais complexa, e que leva a seu conceito sobre integridade na formação das normas do Direito.

As chamadas soluções “conciliatórias”, no ver de Dworkin, têm o defeito de, sob o manto de aparente equilíbrio de forças na sociedade, estabelecer distinções no seio da comunidade sem que tais distinções possam ter um efetivo amparo principiológico, fundando-se apenas em uma coerência “mecânica” de “distribuição” de direitos, como se direitos pudessem ser objeto de barganha em uma prática legislativa⁶⁸. Esta prática viola a integridade porque, em nome de uma justiça substancial “pragmática”, ignora que a forma constitucional constitui-se em uma garantia indisponível – qual seja, a garantia de igualdade também no sentido formal:

“(…) Insistimos na integridade porque acreditamos que as conciliações internas negariam o que é frequentemente chamado de ‘igualdade perante a lei’ e, às vezes, de ‘igualdade formal’. Tornou-se moda dizer que este tipo de igualdade não tem importância, pois oferece pouca proteção contra a tirania. Essa crítica pressupõe, contudo, que a igualdade formal é apenas uma questão de aplicar as regras estabelecidas na legislação, quaisquer que sejam elas, no espírito do convencionalismo. Os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige integridade, bem como uma coerência lógica elementar,

66 Dworkin, 1999, p. 214-215.

67 Idem, *ibidem*, p. 217.

68 Dworkin, 1999, p. 219 e p. 222-223.

quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa.”⁶⁹

Esta integridade principiológica na formação do Direito cumpre, no ver de Dworkin, uma função dupla: tanto legitima melhor o uso da força pelas esferas do Estado, como também processa a expansão da esfera normativa pública de modo orgânico, viabilizando que a hermenêutica de sua aplicação acolha mutações de sentido de forma coerente⁷⁰.

Ainda centrando – por ora – nosso olhar no exame desta legitimidade (deixando a análise da integridade na aplicação do Direito para um pouco mais adiante), a questão que deve ser enfrentada agora é esta: dada a pluralidade contemporânea de uma sociedade complexa, como entender que os membros de uma comunidade que desaprovam determinada decisão normativa estejam também obrigados a pautar-se por ela?⁷¹ Duas respostas são aventadas por Dworkin: a) a possibilidade de que esta observância seja simples resultado da compreensão de que as regras do jogo devem ser observadas – ou, por outras palavras, que houve um “jogo limpo” no procedimento formador da norma e assim o ônus e o ônus resultantes do pertencimento àquela comunidade foram distribuídos; e b) o sentido de pertinência de cada membro a uma mesma comunidade deve ser suficiente para gerar a sua adesão à decisão normativa produzida no seio daquela comunidade. Para cada uma delas, ele levantará duas objeções. Quanto ao argumento da ocorrência de um “jogo limpo”, Dworkin observa que sempre se poderá opor a ele a afirmação de que os que discordam das razões de fundamentação de uma norma não podem ser tidos como obrigados pelo ônus decorrente de um bônus que não pretenderam. Mais que isto, eles podem também argumentar que o “bem-estar” gerado pelo pertencimento à comunidade dependerá sempre de um ponto de vista extremamente relativo, que nada pode justificar de modo específico ou – ainda mais grave – de um ponto de vista totalizante que, por definição, suprime a pluralidade na comunidade. Esta segunda objeção, aliás, aponta também para os dois contra-argumentos à tese de pertencimento a uma comunidade resulta da “adesão” completa a uma só compreensão valorativa que se tome como definidora desta comunidade: os riscos de um totalitarismo e o fato de que esta compreensão opera sob o pressuposto de que exista um “vínculo emocional” como condição de pertencimento àquela comunidade⁷².

69 Idem, *ibidem*, p. 225.

70 Idem, *ibidem*, p. 228-299.

71 Idem, *ibidem*, p. 231.

72 Dworkin, 1999. p. 235-237.

Toda esta construção argumentativa tem um propósito, que é evidenciar a impossibilidade de que a análise externa das práticas de uma comunidade possa responder qual a legitimidade que a sua produção normativa pode abrigo. Dworkin, a partir desta constatação, volta-se para os argumentos internos das práticas desta comunidade, propondo as condições para a prática de formação do Direito nesta comunidade se possa, de forma coerente, pretender-se legítima, e, logo em seguida, examinando a incidência destas condições em tipos conceituais de comunidade, em busca de verificar se estas condições são aplicáveis (e como as são) em uma sociedade plural e complexa.

Em sua análise, Dworkin sinaliza quatro posturas dos membros de uma comunidade para com as obrigações políticas que emergem dela, de modo que estas obrigações possam carregar pretensões de legitimidade⁷³: a) que elas sejam percebidas como aplicáveis distintiva e especialmente aos membros daquele grupo, e não compreendidas como deveres gerais; b) que estas obrigações possam ser percebidas como geradoras de responsabilidades pessoais e não apenas coletivas; c) que esta responsabilidade pessoal possa ser percebida como fundada em uma responsabilidade mais ampla, necessária à subsistência e ao bem-estar da comunidade; e d) que as práticas decorrentes destas responsabilidades revelem um interesse não apenas geral, mas igualitário quando considerado cada um dos membros desta comunidade.

A preocupação de Dworkin quanto a estas condições ideais não o cega para a clara possibilidade de que, em determinado momento, elas apresentem “déficit” de justiça, quer internamente (pela deficiência no interesse equitativo dos membros desta comunidade uns quanto aos outros), quer externamente (pelo estabelecimento de práticas discriminatórias que, no seio de uma comunidade, particularizam ou sectarizam estas condições segundo critérios de adesão a valores religiosos, morais ou opções políticas). Ele admite que a sedimentação das práticas de uma comunidade pode se dar de forma a consagrar estas injustiças, porém crê que tais incoerências tornam-se visíveis somente na prática interpretativa dos casos concretos⁷⁴.

É voltado para estas condições que Dworkin enfrenta a questão nuclear da filosofia política, enunciada nos seguintes termos:

“(…) A obrigação central é a da fidelidade geral ao Direito, a obrigação que a filosofia política considera tão problemática. Assim, nosso principal interesse está nas quatro condições que identificamos.

73 Idem, *ibidem*, p. 242-244.

74 Dworkin, 1999. p. 245-246.

Que forma deve assumir em uma comunidade política? Como deve ser a política para que uma sociedade política básica possa tornar-se uma verdadeira forma de associação fraternal?”⁷⁵

Tendo em mente os riscos de produção de injustiça que estas condições oferecem é que Dworkin levará em conta se três modelos de comunidade poderiam levá-las às práticas concretas, e como poderiam fazê-lo. Neste momento, Dworkin articulará seus pressupostos de filosofia política com tipos fundamentais (modelos) de autocompreensão e de auto-organização das comunidades – ou, em outras palavras, descreverá como as condições de integridade na política dependem, para o seu exercício, das diferentes lógicas que norteiam as comunidades na operação das normas que geram para si. É neste ponto de seu modelo teórico que filosofia política e teoria constitucional se apresentam como faces a um só tempo distintas e também complementares de um mesmo problema: uma compreensão política que legitima o uso da força no Direito, somado a um Direito que legitima as práticas políticas disciplinando-as de modo democrático.

O primeiro modelo de comunidade apresentado é o de uma comunidade que se considerada uma associação puramente factual, resultante de condições acidentais, histórias ou geográficas, e nada mais que isto. Neste caso, os membros desta comunidade não terão qualquer motivo para considerarem outros interesses além daqueles que lhes são individuais. Ou, mesmo quando abracem compreensões não egoísticas, elas são fundadas em ideais gerais sobre um ideal de “justiça universal”. Em ambos os casos, não é possível ver nos membros destas comunidades o mínimo cumprimento da primeira condição enunciada por Dworkin, a de que as obrigações políticas postas perante os membros desta comunidade sejam percebidas como traços distintivos e particulares àquela associação específica⁷⁶.

Um modelo mais adiante de autocompreensão de uma comunidade é aquele em que seus membros se veem como que vinculados por um compromisso amplo de observar as regras particulares editadas por aquela comunidade. Mas, ao mesmo tempo, esta compreensão os leva a concluir que o contido no texto destas regras esgote a totalidade de seus compromissos, e nada mais pode ser exigido para além de tais regras tal como enunciadas⁷⁷. Esta compreensão restrita de como operaram as normas no interior de uma

75 Idem, *ibidem*, p. 251.

76 Dworkin, 1999, p. 252.

77 Idem, *ibidem*, p. 253-254.

comunidade torna impossível a ela considerar a existência de princípios mais gerais em que as regras enunciadas foram plasmadas, tornando extremamente improvável (ou, no mínimo, muito difícil) que o tratamento equânime se estabeleça naquela comunidade, dado que a grande variedade de circunstâncias concretas na prática social requererá que os sentidos atribuídos à palavra “igualdade” extrapolem os limites do que se acha apenas enunciado nas regras. Não é por outra razão que uma comunidade de regras pode, ante esta lógica de operação das normas que lhes são autoatribuídas, reduzir esta igualdade apenas a sua enunciação formal⁷⁸.

É contudo em um terceiro modelo que Dworkin põe suas maiores expectativas: o de uma comunidade que compreendem suas obrigações e direitos políticos fundamentais para além da enunciação das regras (mesmo daquelas regras constitucionais), e que “... admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e adotam”⁷⁹. Neste modelo é que emerge a *possibilidade* (friso, mera possibilidade) de que, na coerência para com os princípios fundantes de uma prática política, as responsabilidades pessoais e particulares de dispensação de igualdade não estejam condicionadas à adesão de um membro da comunidade a uma determinada corrente de pensamento ou de valor. Nesta perspectiva é que, na descrição de Dworkin, uma comunidade de princípios não é uma comunidade de iguais e idênticos valores, mas sim uma comunidade que, procedimentalmente, abraça a tessitura aberta de suas normas, aplicando-as, acima de tudo, principiologicamente. É neste sentido que este modelo de comunidade tem maiores chances de articular a tensão referida nos parágrafos anteriores (democracia e soberania popular) em uma sociedade pós-convencional, isto é, plúrima quanto a seus valores⁸⁰, e por isto também incapaz de satisfazer-se com um só centro de imputação de sua identidade. Uma comunidade de princípios pode abrigar pretensões de legitimidade que não estejam vinculadas a uma “afetividade” entre o membro e sua comunidade, já que admite, como ponto de partida, o “déficit” de justiça que pode ser visível na interpretação dos sentidos das práticas adotadas por ela. Porém, ao mesmo tempo, o seu compromisso para com a integridade da igualdade e da liberdade que reputa indisponíveis (isto é, não sacrificáveis, nem ponderáveis em um

78 Idem, *ibidem*, p.256.

79 Idem, *ibidem*, p. 254-255.

80 Dworkin, 1999. p. 257.

jogo de “conciliação” de interesses opostos) exige que este “déficit” não seja jamais naturalizado como “tolerável”⁸¹.

Precisamente na intolerância para com a violação desta integridade, que a interpretação jurídica ganha novo encantamento: a possibilidade de que ela seja a expressão concreta de como uma comunidade de princípios observa coerentemente não as práticas passadas de forma reverencial, mas como não as desconsidera (ainda que de forma crítica) para, no presente, tornar a dar significados concretos, específicos e particulares à liberdade e à igualdade nos casos reais. Isto será feito, como já se insinuou nos parágrafos anteriores, de modo interpretativo. Daí porque o próximo item a ser considerado é como a aplicação do Direito pode guardar coerência principiológica – ou, dito de outra forma, como deve ocorrer a interpretação do Direito em uma comunidade de princípios.

4 – UMA APLICAÇÃO EXIGENTE DO DIREITO PARA A CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS NOS CASOS CONCRETOS

Chego agora ao ponto mais relevante do percurso proposto neste texto: a apresentação de uma teoria da interpretação jurídica que, em meio à tessitura aberta do Direito, seja duplamente exigente, isto é, que a um só tempo assuma esta natureza indeterminada sem se permitir descrever da possibilidade da eleição de uma única e melhor interpretação no processo de aplicar as normas jurídicas.

A proposta que invoco é aquela traçada por Ronald Dworkin ao conceber a necessidade de que o Direito seja lido sob o prisma da integridade. Trata-se, como percebeu acertadamente Ommati (2004), de uma proposta teórica que investe contra a conclusão de que a indeterminação estrutural do Direito deva ser o espaço para que a discricionariedade tenha curso⁸². Por isto ela nega o pragmatismo jurídico. Mas, ao negá-lo, nem por tal motivo pretende reeditar o convencionalismo, mas sim articulá-los a ambos⁸³. O intuito presente no enfrentamento da questão da indeterminação estrutural do Direito, em Dworkin, representa uma articulação da hermenêutica filosófica que ainda se vale de categorias tipicamente modernas (liberdade e igualdade) contra os excessos

81 Idem, *ibidem*, p. 259-261.

82 Ommati. p.153.

83 Refiro-me aqui à compreensão de que a forma do Direito esteja disponível consoante as convicções de utilidade política do aplicador apontarem (pragmatismo) e à ideia contrária (porém igualmente infrutífera) de que o conteúdo do Direito (seu sentido aplicado) não pode ultrapassar os limites definidos no passado (Dworkin, 1999. p. 271).

desta mesma modernidade, a qual impôs a si mesma uma pretensão de racionalidade que, do jusnaturalismo ao positivismo científico (e seus reflexos no Direito) deixou um largo “déficit” de legitimidade⁸⁴.

Para tanto, Dworkin parte de um pressuposto, o de que uma determinada comunidade sujeitou-se ao ordenamento jurídico tendo como imprescindíveis, simultaneamente, as necessidades de viverem sob o pálio de um “jogo limpo” – isto é, sob o manto de certeza do Direito aplicável igualmente a todos – e de, individualmente, ser-lhes atribuída a justiça imprescindível à sua liberdade. Tal premissa permite a conclusão de que o sistema do Direito pode e deve ser observado sob o enfoque de uma linha de coerência, e que, de outra parte, convencionalismo e pragmatismo não são paradigmas jurídicos, mas sim escolhas interpretativas⁸⁵. Agora, a partir deste ponto, é possível articular a reconstrução histórica, antes tomada refém do convencionalismo, sob outro enfoque. O de que o exame das decisões passadas na aplicação do Direito revele princípios que regeram, na maioria das vezes, uma prática da comunidade. E, neste sentido, a aplicação do Direito a cada nova hipótese acrescenta um “capítulo” a esta história, em um modelo metaforicamente aproximado à redação de um “romance em cadeia”⁸⁶, em uma forma de compreender a aplicação do Direito a partir de uma hipótese que Chueiri qualifica de estética⁸⁷, e que, por isto mesmo, é confessadamente interessada em tornar a decisão atraente em seu conteúdo.

Isto vai situar o problema da interpretação, no seu excursão histórico, não apenas na particularidade do momento presente, mas também vai indagar se aquela prática interpretativa guarda coerência principiológica com a história que vinha sendo redigida por aquela comunidade. Tal coerência, porém, não leva necessariamente à afirmação do passado, mas pode bem levar o intérprete à conclusão de que, face às mudanças havidas no curso do tempo, a melhor leitura interpretativa (a única correta, neste sentido) resulte na ruptura com a prática anterior, precisamente para que seja observada a coerência principiológica que se quer manter⁸⁸. Todavia, mesmo esta ruptura não poderá ser reputada como fruto de um pragmatismo decisionista se ela for o resultado do comprovado esgotamento argumentativo de todas as possibilidades em con-

84 Chueiri, 1997. p. 153.

85 Dworkin, 1999. p. 173.

86 Dworkin, 1999. p. 274-275.

87 Chueiri, 1997. p. 174-175.

88 Dworkin, 1999. p. 279.

trário que sejam aceitáveis principiologicamente⁸⁹. É evidente, nesta medida, que a integridade que Dworkin propõe como forma de compreender o Direito apenas articula o passado tomando-o como necessário à indagação sobre quais as bases em que uma interpretação poderia reclamar legitimidade no presente. Todavia, também articula o futuro no exame necessário se esta mesma coerência principiológica não reclama, de agora em diante, a ruptura com uma leitura do Direito na qual foram fundadas as práticas passadas. Até porque é bem mais importante indagar o que os aplicadores anteriores fizeram com as normas que estavam sob seus olhos do que indagar o que eles disseram sobre tais normas⁹⁰.

Semelhantemente – e pelo mesmo motivo – a integridade no Direito requererá que tanto a certeza do Direito (geral) quanto a justiça (individual e concreta) sejam simultaneamente operadas, porquanto uma comunidade de princípios não pode estar disposta a sacrificar a forma garantidora de sua liberdade e de sua igualdade. Em outras palavras: não admite que uma prevaleça sobre a outra, ou que sejam adotadas medidas de restrição ou ponderação que operem para além da lógica deontológica. É na raiz desta operação específica e necessariamente deontológica que Dworkin posiciona a distinção – de grande importância – entre a forma de aplicação do Direito em um nível interno (através das categorias normativas estritamente jurídicas de regras e princípios) e a sua justificação externa, esta através de políticas (“policies”), estas voltadas para a consecução de um “bem-estar coletivo” valorativamente fundado e que, por sua necessária operação axiológica, não serve à adjudicação judicial⁹¹, por violar um dos apoios da integridade, que é a certeza do Direito. Dworkin não nega – nem o poderia, dado que seu ponto de partida é fracasso decisionista do positivismo aplicado ao Direito – que este mesmo Direito está impregnado de valores. Mas, no dizer de Chueiri (1997, p. 177) propõe que, contra um decisionismo aparentemente inevitável, apenas a argumentação de cabimento ou descabimento de princípios *nos casos concretos e em cada um deles* é que “... limita o julgamento interpretativo ao traçar uma linha entre interpretar e inventar, entre o racional e metafísico”.

Esta exigência pesadíssima faz Dworkin idealizar o aplicador do Direito, em sua plena integridade, como um verdadeiro “Hércules”⁹². Mas qual será,

89 Idem, *ibidem*, p. 285.

90 Idem, *ibidem*, p. 297.

91 Chueiri, 1997. p. 158-159.

92 Ommati observa, com exatidão, que esta metáfora é apenas uma figura de linguagem, e de modo algum propõe uma solução solipsista ao problema da interpretação. Até mesmo porque a reconstrução histórica da qual falei também abarcará os argumentos construídos em processos nos quais o contraditório expressa, por definição, uma diversidade e uma oposição argumentativas.

concretamente, o modo de ler o Direito que permitirá esta articulação em que a sua integridade é respeitada? Dworkin propõe que, se esta integridade resulta da compreensão de que uma comunidade jurídica é, em última análise, uma comunidade de princípios, um sistema jurídico não é apenas um conjunto de regras vagamente (ou fortemente, que seja) “inspiradas” em princípios. Ao contrário, um sistema de direitos tem o seu conjunto de normas composto tanto por princípios como por regras. Estas últimas não são apenas uma densificação de princípios, elas operam como uma lógica aplicativa absolutamente diversa daquela utilizada em princípios. Se regras de sentidos opostos de fato colidem – e a aplicação de uma significará a negação da outra – princípios devem ser analisados, no caso concreto, quanto à adequabilidade de sua incidência. Claro que esta adequabilidade requer que a análise argumentativa não descarte o princípio que se afigura como contrário, mas que o experimente de forma hipotética, para que somente então possa afirmar que ele não é adequado àquela hipótese específica. Assim, a aplicação de um princípio em um caso concreto não é a negação de validade de outro princípio aparentemente oposto⁹³. Ao contrário: somente foi possível determinar-se esta adequação quando *ambos* os princípios foram levados igualmente em conta, de sorte que, em um sentido mais estrito, princípios não são contraditórios (até porque são, como visto, codependentes) mas apenas *competem* entre si na aplicação em cada caso⁹⁴.

É neste sentido – a interpretação colhida na melhor leitura possível de uma tradição passada (que, por ser a melhor, no sentido principiológico, pode admitir até mesmo a ruptura destas tradições) – que apenas no caso concreto é que se poderá diferenciar regras de princípios: pela lógica operacional que lhes for atribuída, e não por uma tipologia descritiva que os tenha submetido a uma taxonomia “a priori”. Apenas no caso concreto é que o Direito pode cultivar a pretensão (que, no sentido da integridade, é mais propriamente uma exigência, como já disse) de abrigar tanto a certeza geral de suas normas (*fairness*) quanto a realização individualizada de justiça. Por isto é que a melhor e única decisão correta ganha um sentido absolutamente hermenêutico: ela não se crê definitiva ou eterna, ao contrário, sabe-se precária e conhece que sua adequação observa peculiaridades históricas por definição irrepetíveis. Esta interpretação não pode ser lida, portanto, como “fechada” ou produtora de uma certeza que, como descrevi, não é mais hoje sequer acolhida pelas ciências da natureza. A

93 Ommati, 2004. p. 153-154.

94 Dworkin, 1999. p. 320-323.

integridade do Direito, quando abraçada, não pretende solver em definitivo conflitos e controvérsias. Ao contrário, se ela parte do suposto que não resolvemos, como comunidade, nos sujeitarmos apenas a regras, mas (antes de tudo) aos princípios fundamentais de liberdade e igualdade, o conflito já se acha no centro da organização nossa jurídica e política⁹⁵.

Por outro lado, operada a aplicação do Direito de forma a respeitar a integridade, as decisões resultantes têm tamanho amparo principiológico que não são “presas fáceis” das objeções políticas, porque não serão voltadas para a consecução de uma “felicidade geral” sempre questionável, mas reafirmam direitos fundamentais⁹⁶. Isto é, podem operar de forma contramajoritária e, por isso, já se pode perceber que, para Dworkin, a mediação entre certeza do Direito e justiça – isto é, a integridade – revela, principiológicamente, a forma indisponível do próprio Direito, qual seja, a constituição como assecuratória, simultaneamente, de liberdade e de igualdade.

Em síntese, a aplicação do Direito, para Dworkin, é em seu processo tanto reveladora quanto pautada pelo seu conceito do que seja constituição: a integridade articuladora de liberdade e de igualdade, gerando um “rule of law” em que direitos individuais têm sua fundamentação necessariamente pública (entendida para além do meramente estatal)⁹⁷, e em que a operação das liberdades privadas são a garantia contra a apropriação indevida dos espaços públicos pelos governantes⁹⁸, o que repele a ideia de que as esferas pública e privada sejam mutuamente excludentes. Esta é uma forma de compreender a aplicação do Direito que, sem dúvida, é bem mais adequada a um paradigma jurídico como o do Estado Democrático de Direito.

5 – UM DIÁLOGO COM OS MARCOS DE UM DIREITO EMANCIPATÓRIO: INTEGRIDADE TAMBÉM É ACHADA NA RUA

Na última unidade de fundamentação deste texto, desejo iniciar um diálogo – ainda que embrionário – entre a concepção dworkiniana de um Direito visto sob o prisma operativo da integridade (isto é, sobre a articulação, já descrita nos itens anteriores, entre as formas mínimas indisponíveis de liberdade e igualdade) e os marcos teóricos de um Direito emancipatório – em particular, aqueles abrangidos pela corrente jurídica do Direito Achado na Rua.

95 Ommati, 2004. p. 162-163.

96 Chueiri, 1997. p. 160.

97 Chueiri, 1997. p. 167.

98 Idem, ibidem, p.186.

Cabe ainda uma advertência: não pretendo afirmar a identidade entre estes marcos teóricos. As distinções peculiares a ambos não podem – nem devem – ser dissolvidas em nome de uma improvável (e mesmo incorreta, sob o ponto de vista metodológico) “fusão de propostas”. Quando menos, para que se manifeste, com a devida honestidade, o respeito pelas trajetórias teóricas tão diversas que, como substratos, marcaram a construção individual destes marcos. Não obstante, creio que a apresentação de pontos de contato entre as preocupações de tais marcos e entre os seus pressupostos e seus objetivos é útil para reafirmar que, ante a sofisticação de uma teoria constitucional essencialmente hermenêutica como a proposta por Dworkin, deve-se ter em mente que esta mesma teoria se volta para um modo de operar do Direito que reafirma a auto-organização constitucional de uma comunidade, *no mundo concreto da aplicação das normas jurídicas*, como a coerente exigência de que liberdade e igualdade não sejam sacrificadas ou disponibilizadas. Ou, dito sinteticamente: que hermenêutica constitucional e emancipação não são opostas, mas se pressupõem mutuamente.

Assim, e neste breve excursão teórico, três autores foram selecionados como exemplificativo das bases filosófico-jurídicas em que se apoia uma teoria que compreende o Direito sob a perspectiva emancipatória: Roberto Lyra Filho, Marilena Chauí e José Eduardo Faria. Estes autores são, em virtude da extensão do presente trabalho, tomados respectivamente apenas em três textos pontuais, ainda que, no meu ver, bastante exemplificativos das bases filosóficas às quais me referi⁹⁹.

Assim, pode-se notar que, na descrição de Lyra Filho (2002, p. 90), os fundamentos filosóficos de um Direito que sirva à emancipação sem dúvida se voltam à construção da liberdade – mas, tem presente em seu horizonte que esta liberdade deve sofrer uma restrição necessária: compreender que ela não é afirmada pelo esmagamento dos direitos fundamentais à igualdade. Neste particular, é visível que a proposta coincide com a afirmação de Dworkin, já descrita nos parágrafos anteriores, de que operar o Direito sob o prisma da integridade é, a um só tempo, articular liberdade e igualdade não como valores ponderáveis ou otimizáveis entre si, mas como formas mínimas das quais não se pode dispor em momento algum – sequer pelo confronto de uma em desfavor de outra.

99 Estes textos são: *A nova filosofia jurídica* (Lyra Filho, 2002); *Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do Direito* (Chauí, 1986), e *Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica* (Faria, 1986).

Outro ponto de contato evidente entre estes marcos teóricos é preocupação, presente em Lyra Filho (2002, p. 90): a realização de justiça é objetivo do Direito, mas que esta realização não se fará senão em uma dimensão reconstitutiva do tempo social e das práticas históricas, sendo este também o fundamento de sua legitimidade¹⁰⁰. Aqui, lembrando o que já fora dito acima sobre a proposta de Dworkin sobre a aplicação do Direito, vemos que ela, partindo do pressuposto hermenêutico filosófico de que os casos postos ante o aplicador são necessariamente datados historicamente (e, por tal motivo, irrepetíveis), era necessário que o ato de aplicação resgatasse as práticas anteriores de uma comunidade sob a perspectiva de um “encadeamento jurídico” e dela, através de uma melhor leitura possível no presente, extraísse argumentos de coerência que bem poderiam confirmar ou, se necessário (e também como medida de coerência para com uma melhor leitura constitucional do tema), iniciar uma prática diametralmente oposta àquela que havia sido dominante no passado.

Ambos os marcos teóricos têm, portanto, uma proposta que se contrapõe ao vazio de um positivismo que se tornou disfuncional no Direito¹⁰¹, após a crise de um modelo de intervencionismo estatal que se valia do Direito como instrumento desta intervenção mas que não se poderia deixar criticar sob o crivo deste mesmo Direito e que, por tal motivo, tinha a norma como um espaço vazio no qual todo o conteúdo seria, em tese, possível e que, paradoxalmente, embora abrigando a pretensão de uma segurança jurídica que decorria da abstração e generalidade das leis, não pode responder à demonstração histórica concreta de que o Direito é estruturalmente indeterminado¹⁰².

Outro dos núcleos fundamentais de uma proposta emancipatória através do Direito é o pressuposto de que sua esfera não se esgota no Estado, isto é, que a lei não contém todo o Direito e que assumir uma perspectiva contrária poderia obstar uma dimensão efetiva de justiça, o que fora próprio do modo positivista de operar o Direito¹⁰³.

Ora, mais uma vez invocando a descrição feita anteriormente sobre a proposta de Dworkin, em particular ao debater a formação do Direito, percebe-se que este modo positivista é precisamente inadequado a um Estado Democrático de Direito à medida que neste último uma comunidade se preten-

100 Esta é também a percepção de Chauí (1996, p. 18) sobre o pensamento de Lyra Filho.

101 Faria, 1996, p. 41.

102 Faria, 1986, p. 45-50.

103 Neste sentido, Chauí (1996, p. 19-21).

de não regida por um modelo de regras, mas por um liame principiológico, em que o Direito – ainda que densificado por vezes na dimensão normativa das regras jurídicas estatais – contém estes princípios como categoria normativa igualmente válida cujo manejo é perceptível e aplicável somente nas relações concretas da vida. E, por isto mesmo, tais princípios são historicamente construídos e re-significados a cada hipótese – papel histórico-reconstrutivo que também é visto por Chauí (1996, p. 25-26) naquilo que o Direito há de guardar de uma reserva de resistência contramajoritária, não se amoldando à mera condição marxista de “superestrutura” que necessariamente deriva da economia e que sobre ela não pode ter efeitos. E, como já fora registrado no presente texto, Dworkin, na esfera dos direitos fundamentais, atribui ao Direito visto sob a ótica da integridade também um propósito visivelmente contramajoritário.

Em síntese – e aqui também se observa um ponto de contato entre o pensamento de Lyra Filho (2002, p. 91) e a proposta dworkiniana – o esforço confesso é de dotar o Direito de uma alternativa que supere tanto ao vazio de um formalismo jurídico quanto as armadilhas paralisantes de um pragmatismo que vê no Direito apenas o espelho de uma “ordem social concreta”. Se também a proposta de um Direito emancipatório observa a tensão entre igualdade e liberdade (a qual, como dito, é articulada por Dworkin), ela igualmente observa a riqueza criativa desta tensão sob o ponto de vista democrático¹⁰⁴.

CONCLUSÃO

O confronto entre duas formas tão diversas de abordar a indeterminação estrutural do Direito – uma em Kelsen, e a segunda em Dworkin – sem dúvida revela os claros vínculos entre interpretação e aplicação do Direito e uma Teoria da Constituição. Este vínculo emerge, precisamente, da reposta à seguinte pergunta: o que é constituição para cada um destes teóricos? Em Kelsen, as cadeias epistemológicas impostas por um conceito de certeza científica o fizeram opor ciência do Direito ao próprio Direito, buscando a todo tempo ocultar o problema que era o seu próprio ponto de partida (a variabilidade de sentidos na aplicação do Direito). Para isto, a alternativa que lhe restava era apenas o traçar de uma moldura dos sentidos possíveis, o que requereu, como pressuposto, que o conceito científico de norma jurídica fosse despido de seu conteúdo e transformado na mera externalidade de um comando de autorização.

104 Idem, *ibidem*, p. 26-27.

Assim, o conceito de constituição para Kelsen não poderia ser outro que não uma simples norma de autorização de grande grau de generalidade, cuja ausência de conteúdo é, em si mesma, a confissão antecipada de um fracasso do qual ele somente se tornará minimamente ciente quando do seu “giro decisionista”¹⁰⁵.

Já Dworkin retoma o tema precisamente enfrentando a assertiva kelseniana¹⁰⁶ de que a pretensão de uma correção interpretativa seja mera ficção jurídica. E, apoiado na hermenêutica filosófica reveladora de uma clara precariedade da razão, decide enfrentar o problema não pela fuga da indeterminação estrutural do Direito nos casos concretos, mas pelo enfrentamento direto destes casos e dos (também precários, porém indispensáveis) fragmentos de racionalidade aplicáveis a eles¹⁰⁷. Tomando a formação das comunidades políticas na modernidade como ensejadoras de um modelo de organização principiológica, Dworkin pode observar que nos casos concretos – e somente neles – a articulação necessária e simultânea dos princípios mínimos que justificam a sua formação (liberdade e igualdade) pode assumir a feição de *certeza do Direito* e de *justiça*.

É assim, respeitada a irrepetibilidade das circunstâncias históricas e não ocultada a indeterminação de sentidos da linguagem, que o projeto da modernidade, no Direito, ganha uma feição realizável: um conceito de constituição imerso na polissemia e nas contradições da vida social, de tessitura tão complexa quanto esta própria vida – e, paradoxalmente, por isto mesmo mais apto a propiciar a segurança jurídica que Kelsen insistentemente buscou. Um conceito de constituição que, de forma exigente e insistente, ao formar e ao aplicar o Direito, não abre mão do que filosoficamente motiva a modernidade: a afirmação improvável, feita contra milênios de tradição humana, de que somos livres e iguais.

Se a Teoria da Constituição pode responder, adequadamente, à questão da indeterminação estrutural do Direito, ela o fará nos meandros complexos da

105 Kelsen, 2000. p. 396-397.

106 Idem, *ibidem*, p. 397.

107 A ideia que norteia esta conclusão, sem dúvida, é herdada da compreensão de que a crítica da razão moderna não pode ser levada tão longe a ponto de solapar as próprias bases de racionalidade em que esta crítica se fundamenta. Neste sentido é que utilizei, em parágrafos anteriores, a concepção de que Dworkin utiliza a modernidade contra seus excessos, evitando-se que, tal como em Adorno, o Iluminismo se afirme até a instância máxima de declaração de sua impossibilidade (segundo a expressão de Rouanet, 2005, p. 347). Ou, para aplicar esta ideia ao âmbito do objeto deste texto, que a compreensão kelseniana de constituição apenas chegue ao inevitável fim de um “vazio” absoluto de sentido ao Direito.

vida em uma sociedade plural, podendo, nesta perspectiva, ser realizador de liberdade e de igualdade. E isto não é, de forma alguma, pouco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Livro de enunciados, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos*. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 4 de outubro de 1988. 10. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 90*, de 20 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 30 maio 2005b.

CARVALHO NETTO, M. de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 3, Belo Horizonte, jan./jun. 1997.

CHAUÍ, M. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do Direito. In: LYRA, D.A. (Org.). *Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

CHUEIRI, V. K. de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Ronald Dworkin. In: ROCHA, L. S. (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: Jm, 1997.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: Linguagem e Mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

DIAS, M. C. *Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará e Faperj, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. Disponível em: <<http://www.nyu.edu/gsas/dept/philo/faculty/dworkin>>. Acesso em: 3 jun. 2005.

FARIA, J. E. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, D.A. (Org.). *Desordem e Processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

GÜNTHER, K. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LYRA FILHO, R. A nova filosofia jurídica. In: MOLINA, M. C; SOUSA JÚNIOR, J.G; TOURINHO NETO, F. da C. (Orgs.). *Introdução crítica ao Direito Agrário: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986 (O Direito Achado na Rua; 3).

NASCIMENTO Jr., A. F. *Fragmentos da presença do pensamento idealista na história da construção das ciências da natureza*. Disponível em: <<http://www.fc.unesp.br/pos/revista/pdf/revista7vol2/art9rev7vol2.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2004.

DOUTRINA

OMMATI, J. E. M. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In: CATONNI, M. (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OMNÈS, R. *Filosofia da ciência contemporânea*. São Paulo: Unesp, 1996.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishers, 1995.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maria do Perpetuo Socorro Wanderley*

A Constituição Federal do Brasil proclama, como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito nela constituído, a dignidade da pessoa humana, inserindo-se na linha iniciada com a Lei Fundamental da República Alemã, ao afirmar a dignidade da pessoa humana como direito fundamental. Esse princípio, na atualidade, teve como ponto de partida o fato histórico das atrocidades de crimes políticos, sob razão do Estado. Nesse ambiente, houve sua inserção na Declaração Universal de 1948, passando a nortear o ordenamento jurídico de inúmeros países e a levar à sua inserção nas Constituições.

A ideia da primazia da pessoa fundada na dignidade humana vai se destacar como resposta à crise do positivismo jurídico. Com a doutrina de Kant, foi exaltada a noção de que o homem é um fim em si, e não um meio. Diferente das coisas e dos animais, o ser dotado de razão é pessoa e centro de imputação jurídica, capaz de determinar suas próprias leis. Assim, enquanto as coisas têm preço, a pessoa humana tem dignidade, que é intrínseca a ela e constitui um valor absoluto. Enquanto os objetos têm valor condicional e são substituíveis ou têm equivalentes, o ser humano é único e dotado de valor intrínseco. Ele é a própria medida do seu valor, como um fim em si mesmo, único e insubstituível. Um registro que remonta a 1486 traz ao século XXI as palavras de Giovanni Pico della Mirandola, que mencionam o sarraceno ao responder que o espetáculo mais digno de admiração sobre o mundo é o homem e a mesma opinião encontrada nas palavras de Mercúrio, “Oh Asclepius, é uma grande maravilha o ser humano, para rematar que o que granjeia ao ser humano o privilégio da mais alta admiração é a felicidade de ser aquilo que quiser ser e definir sua própria natureza conforme seu próprio julgamento, o arbítrio de se modelar e de se fazer, por si mesmo”.

* Desembargadora Federal do Trabalho do TRT da 21ª Região.

DOUTRINA

No sentido contemporâneo da dignidade da pessoa humana, afirma-se sua plenitude e sentido ético, como valor primário e básico da própria existência do ser humano e pressuposto dos direitos fundamentais.

Daí uma nova corrente de pensamento que propõe a concepção da pessoa humana sob uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, o que conduz a dignidade humana a uma qualidade do ser vivo, “capaz de dialogar e chamado à transcendência” (Antônio Junqueira de Azevedo). Ou, considerando a dignidade da pessoa sob dois aspectos inseparáveis, aquele da pessoa em si mesma e no respeito para consigo própria e em sua autoestima e aquele da indisponibilidade da pessoa em relação aos outros, encontrando neles o reconhecimento de sua dignidade. O diálogo e a convivência como aspecto exterior da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, proclamada na Constituição Federal, é uma declaração e não uma criação constitucional. Ela preexiste e a proclamação constitucional tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade mediante os poderes estatais. Diz Luís Roberto Barroso que esse princípio tem destaque em todas as relações, públicas e privadas, e “se tornou o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”. Na mesma linha, Ingo Sarlet afirma que o reconhecimento expresso da dignidade humana como fundamento do Estado constitui uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, e, especialmente, o reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, que é a finalidade precípua da atividade estatal.

Adverte Barroso que “o princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os

direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça” (Interpretação e aplicação da Constituição, p. 381).

Diz José Afonso da Silva que o preceito constitucional se desdobra em dois núcleos: a pessoa humana e a dignidade, e que a dignidade é “atributo intrínseco da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente”. A pessoa humana é tida na sua extensão, a partir do nascituro. O conceito da dignidade da pessoa humana pode ser dado sob o prisma filosófico, ético, sociopolítico e jurídico, no qual se encontram dois outros termos: a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana. Sobre sua natureza, duas correntes existem, numa delas a dignidade é um valor, e não uma norma jurídica; segundo a outra, ela é um direito fundamental, e dela se irradiam pretensões subjetivas. Daí Romita, considerando-a um valor, ao afirmar que ela é o fundamento dos direitos humanos, que não se esgota nos direitos fundamentais, e que o indivíduo só terá sua dignidade respeitada se os seus direitos fundamentais forem observados e realizados.

A proteção à dignidade da pessoa humana é analisada segundo duas concepções: uma ampla, na qual se encontram a concepção individualista e ligada a cada indivíduo isoladamente e a concepção específica na qual é objetivada a espécie e, como tal, tem como depositário da dignidade a humanidade, e não o ser humano em si, e pode levar em último caso a proteger o indivíduo contra si mesmo. Daí um olhar à dignidade sob o enfoque da ordem pública e, como tal, a eficácia vertical do valor de modo a incidir na relação entre cidadão e Estado.

Surge, em seguida, a questão da incidência da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares, ou seja, a eficácia horizontal. Nesse passo, destaca-se a evidência das desigualdades sociais, seguida da limitação da autonomia privada. Nesse contexto, deve ser observada e considerada a vinculação de entidades privadas, e o consequente efeito externo dos direitos fundamentais. A solidariedade é princípio da sociedade, advindo do disposto no art. 3º da Constituição Federal, ao afirmar como objetivo fundamental da República do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não podem, assim, as entidades privadas se arvorarem na autonomia privada para invocação de direitos e posições desigualadoras decorrentes do poder econômico. Com efeito, o ser humano está integrado em uma comunidade, o que implica a relação de solidariedade. “A liberdade do ser humano não se esgota na liberdade individual, mas continua e completa-se com a liberdade dos outros, a ninguém sendo permitido violar a dignidade humana e os direitos

fundamentais de outrem”, conforme José João Abrantes (Contrato de trabalho e direitos fundamentais, p. 205).

José Afonso da Silva, com base em Canotilho e Vital Moreira, esclarece que a dignidade da pessoa humana “obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais”.

Nesse ponto, recorre-se à argumentação de Alexy, considerando o mínimo existencial no rol dos direitos fundamentais sociais com a indagação ao alcance da liberdade fática, no que suscita a interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre o catálogo dos direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores “em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social” (Teoria dos direitos fundamentais, p. 506).

Presente a noção de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, como tal, fundamento da ordem jurídica, e que tem eficácia não apenas vertical, mas também eficácia horizontal, incidindo sobre as relações entre particulares, cabe considerar o problema de sua invocação e aplicação na relação, quanto à sua extensão e intensidade. Ora, ela varia da eficácia imediata, em que os entes privados estão diretamente vinculados a essa categoria de direitos, à eficácia imediata, mediante princípios gerais como os princípios da boa-fé e do abuso de direito, permeada ainda pela eficácia imediata fundada em uma posição de poder ou autoridade. Nas relações assimétricas, mais ainda quando há um exercício de poder que a caracteriza, como a subordinação no contrato de trabalho, a possibilidade de desrespeito à dignidade da pessoa humana avulta. Daí a imperiosidade de sua aplicação nas relações entre os particulares, isto é, *in casu*, na relação entre empregador e trabalhador. Canaris (apud Marcos de Campos Ludwig) se refere à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas sobre as leis de Direito Privado e na atividade de aplicação e aperfeiçoamento judicial do Direito Privado.

No Direito do Trabalho brasileiro, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos laborais, em que há um rol expresso de direitos da personalidade do trabalhador como tal, a ausência de normas com esse conteúdo determina que os enunciados normativos devam ser examinados na perspectiva dos direitos que assistem ao trabalhador nessa qualidade e quanto à proteção à sua

dignidade. Sarlet se refere à fundamentalidade de certos valores e ao elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, como referências às necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, para realçar a necessidade do reconhecimento de um mínimo existencial não apenas material, mas também sociocultural, no qual radica o princípio da igualdade com conteúdo material. Considerada proteção à dignidade humana, na situação específica do trabalhador, desponta com vigor a norma da igualdade, ante a vedação à discriminação na contratação e no tratamento em razão do sexo, origem, raça ou outro fundamento; trata-se, todavia, de norma que já estabelece seu alcance em si, não necessitando ser reconduzida ao princípio da dignidade humana. Outrossim, as questões relativas às convicções de foro íntimo, pessoal, familiar, às convicções políticas ou religiosas, suscitam reflexão sob esse enfoque. Já Sarlet aponta o salário mínimo dos trabalhadores como dimensão do mínimo existencial e, na leitura de Daniel Sarmiento, encontra-se a opinião de que “na privacidade, nas liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Nesse passo, é de lembrar o famoso caso decidido em 1957 pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão, ao declarar a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, se viessem a contrair matrimônio. No Direito brasileiro, conforme a indicação de Daniel Sarmiento, cabe considerar a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal ao examinar o RE-161.243-6/DF, relativa ao caso de um trabalhador brasileiro, empregado da Air France, ao pretender o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto de Pessoal da Empresa e que só beneficiariam os empregados de nacionalidade francesa, quando ficou assente que constituía ofensa ao princípio da dignidade, a “discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”.

Importa, assim, considerar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, na relação de trabalho. Com efeito, o surgimento e a própria estrutura do contrato de trabalho convoca a aplicação do princípio. O desequilíbrio econômico e social nesse vínculo, leva a que haja uma possibilidade mais eminente de violação do respeito à dignidade da pessoa humana e, por essa razão, é de maior exigibilidade também, que o empregador esteja sujeito à sua observância. Já foi dito que a empresa não é um mundo a parte, em que os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, centrados na dignidade da pessoa humana, pudessem ser imunemente afastados. Daí porque notícia

Canotilho (Direito Constitucional, p. 608) que o problema da eficácia dos direitos fundamentais transformou-se num “tema paradigma do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho”

Já advertira Nipperdey, entre outros, para a agressão aos direitos, liberdades e garantias, advindos dos poderes privados, como o poder dos grupos, no qual se localiza a relação trabalhista. Apesar da regulamentação por legislação específica, não se pode deixar de atentar para o peso da noção da autonomia privada sobre os contratos de trabalho. Se a autonomia contratual é mitigada, em razão da disciplina fortemente social que lhe é dada, outros ensejos surgem na autonomia de contratar e com quem contratar. A incidência legislativa se dá sobre o contrato em si, ou como o conteúdo do contrato, surgindo a discussão sobre aspectos notadamente em relação às fases de pré-contratação e seleção e de pós-contratação. A afirmação de Canaris de que a função dos direitos fundamentais também se aplica, em princípio, à autovinculação por contrato, é seguida pela atribuição de relevância especial “se, pelo seu conteúdo fortemente pessoal, for especialmente sensível em relação a uma vinculação jurídica e, por outro lado, se as possibilidades fácticas de livre decisão uma das partes contraentes estiverem significativamente afectadas” (Direitos fundamentais e Direito Privado, p. 134).

De sua vez, Maria do Rosário Palma Ramalho (Direito do Trabalho, Parte I, p. 496) afirma que a especificidade da prestação laboral e o envolvimento global d personalidade do trabalhador no vínculo laboral, que decorrem do relevo do elemento de pessoalidade no contrato, fazem com que a possibilidade de violação daqueles direitos no caso do trabalhador seja, também ela, muito superior.

Lembrar, com Ingo Sarlet, que outros princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, que, entre outros, se referem à concepção do Estado social, podem ser considerados como exigência da dignidade do indivíduo. Adverte, todavia, o mesmo autor que há uma variabilidade do conteúdo em dignidade de cada direito fundamental, “que seguramente não é o mesmo no direito à vida e no direito ao 13º salário, assim como não é o mesmo em se comparando o direito de livre manifestação do pensamento e a norma que concede aos trabalhadores a participação nos lucros da empresa” (A eficácia dos direitos fundamentais, p. 114).

Esse rol de citações, de diversos autores, em diferentes quadrantes, põe em destaque a evidência do pensamento de que, na relação laboral, deve-se ter em mente a aplicação horizontal imediata do princípio da dignidade da pessoa humana e a atuação para sua garantia.

Não se pode perder de vista o enfoque econômico, na medida em que o contrato de trabalho, como contrato oneroso, tem prestações pecuniárias a serem feitas pelo empregado, em retribuição ao trabalho; demais disso, o sistema capitalista demanda o manejo dos recursos materiais.

Mas a dignidade da pessoa humana no contrato de trabalho tem como tônica o arbítrio da pessoa de se modelar e de se fazer, por si mesmo, o que é confrontado, por numerosas vezes, com as situações decorrentes da característica da subordinação como elemento essencial desse contrato. Deve-se todavia cuidar hoje, em paráfrase ao escritor inglês, de conhecer o valor da pessoa e não o preço das coisas. Não é a onerosidade do contrato que confere a subordinação: trata-se de elementos paralelos e que concorrem para a configuração do contrato. De outra parte, esse caráter oneroso não agrilhoa o empregado às situações de menoscabo à sua dignidade mediante a pressão pela produtividade; não é ocioso lembrar que o direito à saúde é afirmado como um dos direitos que compõem, inequivocamente, o âmbito da dignidade da pessoa humana. Não deve, contudo, ser focado esse direito somente na última instância, isto é, das doenças gravíssimas, dos estados de debilitação da saúde, mas também em razão de procedimentos que venham a comprometê-la. Com efeito, a nova ética sobre a pessoa humana propugna como pressuposto da dignidade humana o preceito da intangibilidade da vida humana e, ao referir o conjunto de condições – físicas, materiais e culturais, como consequências do princípio, exorta a observância das condições mínimas de existência e alude aos direitos à liberdade e à igualdade.

A reserva da vida privada do trabalhador, o direito à autodeterminação da sua imagem, o direito a não ser discriminado, à objecção de consciência, à liberdade de expressão, etc., são temas actuais, altamente controversos, que colocam inúmeras questões, no inevitável confronto com a lógica e os valores empresariais, podendo até dizer-se que a relevância dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito do contrato de trabalho representa a manifestação mais marcante de uma nova concepção da relação de trabalho, dominada primordialmente pelas ideias de qualidade de vida e de realização pessoal do trabalhador” (Conforme José João Abrantes, In: *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. p. 203).

De sua vez, Maria do Rosário Palma Ramalho, em vista do Direito do Trabalho português refere como “direitos mais susceptíveis de serem afetados no domínio laboral ‘o direito geral à reserva da vida privada (art. 16º do CT), com diversas projecções relativas ao âmbito do dever de informação e à protecção dos dados pessoais (arts. 17 e 19), o direito à liberdade de expressão e opinião na empresa (art. 15), o direito à integridade física e moral (art. 18), e, como

expressão de um princípio de reserva do trabalhador no seio da própria organização do empregador, direitos relativos aos meios de controlo da prestação laboral (art. 20) e à reserva dos meios de comunicação eletrônica (art. 21)”, remetendo à tutela dos direitos da personalidade.

Nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em que invocado o princípio da dignidade da pessoa humana, o maior destaque para a esfera das relações trabalhistas diz respeito à questão relativa ao trabalho escravo, embora vista na esfera Direito Penal. Como se verifica no acórdão RE-398041-PA, Ministro Carlos Britto:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução a condição análoga à de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça Federal (art. 109, VI, da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Em decisão monocrática acerca de pagamento imediato de precatório, Rcl 3350, MC/ES, Ministro Celso de Mello, a matéria aflorou em razão de ter sido embasada a ordem proferida pelo d. Juiz do Trabalho em que os credores, por estarem acometidos de doenças graves, alguns em estágio terminal, tinham direito imediato ao precatório alimentar por se tratar de direito à vida. Constatou, em trecho da decisão monocrática que “A concepção que informa a medida

adotada pelo magistrado trabalhista, ora impugnada nesta sede reclamatória, dá concreção e confere efetividade à cláusula inscrita no art. 1º, inciso III, da Constituição, pois extrai da proclamação que privilegia, como essencial e condicionante, a proteção à dignidade da pessoa humana – que não pode ser reduzida a uma declaração meramente retórica –, uma relevantíssima consequência no plano da hermenêutica constitucional, erigindo-a à posição eminente de ‘valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida’, como observa, em magistério lapidar”, José Afonso da Silva (Comentário contextual à Constituição, p. 38, item n. 4.5, 2005, Malheiros).

No Tribunal Superior do Trabalho, o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana é invocado para a declaração da natureza discriminatória da dispensa da empregada acometida de câncer de mama (RR-318/2000-008-17-00.7, 1ª T., João Oreste Dalazen); do empregado portador do vírus HIV, v.g.

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.” (TST-E-RR-439.041/98, SBDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23.5.2003)

Sob o mesmo princípio, o Tribunal Superior do Trabalho analisou recurso de revista interposto quanto à caracterização de dano moral na realização de revista pessoal, considerando a violação da intimidade do empregado (RR-2147/2006-019-09-00.3, 8ª Turma, Márcio Eurico Vitral Amaro).

Na temática trabalhista, surge também a questão relativa à inclusão de empregado em “lista negra”, a cujo respeito proferido o acórdão no E-ED-RR-249/2005-091-09-00.0, SBDI1, Rosa Maria Weber), no qual ficou consignado que o dano moral decorre da violação de direitos decorrentes da personalidade, entendidos como categoria especial de direitos fundados na dignidade da pessoa

DOUTRINA

humana, que garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas, o que ocorre na violação à honra do empregado que é inserido em “lista negra para efeito de restrições de crédito e outras operações, visando a discriminá-lo em futuros empregos, pelo fato de o trabalhador tê-lo acionado em Juízo, fornecendo tais informações às prestadoras de serviço e exigindo que elas não contratem esse empregado”.

O mesmo enfoque é dado no tratamento dispensado a empregado mantido em inação compulsória (AIRR-599/2007-072-03-40.8, 2ª T., Renato Lacerda de Paiva), porquanto, apesar de haver registro dos cartões de ponto e recebimento dos salários, os reclamantes eram obrigados a não comparecer ao serviço, ato que fere sua autoestima e constitui ofensa à honra subjetiva, em lesão às garantias concernentes à dignidade da pessoa humana.

Apesar do tempo decorrido, desde que Gérard Lyon-Caen escreveu, no *Le Monde*, de 31.10.1978, que o Direito do Trabalho está ameaçado em sua própria existência pelo ideário político neoliberal, advertindo que essa postura é politicamente perigosa, cumpre repetir-lhe as palavras e especialmente lembrar que o estatuto de proteção do trabalhador é parte integrante da democracia moderna. Dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana é o princípio construtor. A desigualdade social, no Brasil, e a assimetria da relação trabalhista, na qual se tem uma relação de poder privado, como sua premissa, e a pessoalidade do trabalhador como característica contratual, a vinculação aos direitos fundamentais e a proteção à dignidade da pessoa humana são pilares para o preceito constitucional de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

NOTAS SOBRE A ASSIM DESIGNADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 – INTRODUÇÃO

A demonstração de que existem referenciais que suportam a afirmação de que a formação de um Direito Constitucional comum no espaço latino-americano já constitui uma possibilidade real e não corresponde mais apenas ao devaneio de alguns juristas animados pelo relativo sucesso do processo de integração na Europa, pode ser efetuada de diversas maneiras. Numa determinada perspectiva, é certo que a análise dos textos constitucionais permite traçar um quadro comparativo e identificar convergências e divergências. Em outro plano, também o labor da doutrina e da jurisprudência, podem tanto contribuir para a construção de pontes e sua fortificação, quanto ser causa de desintegração, mediante a recusa de um olhar atento e receptivo para os lados. Em outras palavras, a sinergia textual pouco vale se não for correspondida no plano da doutrina e (o que acaba, na prática, sendo inclusive mais grave) se não for acompanhada de uma concretização pelo processo político e aplicação pela jurisdição constitucional. Assim, é a partir da tríade dinâmica constituída de textos normativos, doutrina (teorias) e jurisprudência, metódica difundida por Peter Häberle¹, que necessariamente se poderá obter e

* *Doutor e Pós-Doutor pela Universidade de Munique (Alemanha); Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Juiz de Direito; Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Professor Visitante da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha) e da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa); Bolsista e Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique) e Visiting Researcher nas Faculdades de Direito da Universidade de Georgetown e Harvard.*

1 Cf. Peter Häberle, “Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus”, in: EuGRZ 2006, p. 535, apenas para referir uma das mais recentes referências a respeito do tópico.

avaliar adequadamente o processo evolutivo do constitucionalismo, inclusive no que diz respeito à formação de um Direito Constitucional comum.

De outra parte, é bom frisar que a identificação de elementos comuns acaba sendo viabilizada especialmente mediante a análise de um instituto jurídico em particular, notadamente quando se está submetido a severas limitações no que diz com a extensão do trabalho, de tal sorte que, considerada a sua relevância no contexto da proteção dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (que englobam os assim chamados direitos dos trabalhadores), é na assim intitulada proibição de retrocesso social, por sua vez, conectada a outros princípios gerais e comuns aos estados constitucionais contemporâneos, que focaremos a nossa atenção, retomando, em termos substanciais, estudos anteriores, mas com alguma atualização e redirecionamento para a seara das relações de trabalho.

Antecipando já algumas das conclusões que haverão de seguir, o que buscamos é demonstrar que a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, a despeito de não ter sido expressamente agasalhada por nenhuma das constituições latino-americanas, representa hoje, ainda que não necessariamente sob o mesmo rótulo, uma categoria reconhecida e em processo de crescente difusão e elaboração doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas, inclusive em função da sua consagração no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos.

No que diz com a estrutura do texto, iniciaremos com algumas observações sobre a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, doravante designados, em caráter genérico, como direitos sociais, e a correlata noção de uma proibição de retrocesso, para, na sequência, abordarmos o conteúdo e alcance jurídicos de tal proibição de retrocesso, sempre buscando identificar, mediante recurso a exemplos, aspectos comuns no que diz com o seu reconhecimento no ambiente latino-americano, sem deixar de fazer a devida referência à experiência europeia, de modo especial, ao Direito Constitucional lusitano, dada a sua particular relevância para o desenvolvimento do tema no Brasil, mas também para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada em outros ambientes.

2 – BREVES NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ASSIM CHAMADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Como bem averbou Peter Häberle, há precisamente vinte anos, muito embora o necessário cuidado com uma inflação indesejável em matéria de

direitos sociais (noção que para o autor abrange também os direitos culturais), tais direitos, em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado Constitucional de Direito². Com efeito e ainda de acordo com Peter Häberle, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta³.

Observando-se a evolução constitucional mais recente, verifica-se que mesmo uma análise no plano da evolução textual demonstra que os direitos sociais são hoje – embora com importantes variações quanto à amplitude deste reconhecimento expresso – uma constante nas constituições latino-americanas vigentes, especialmente nas que foram promulgadas nos últimos vinte a trinta anos, destacando-se a relevância dos direitos dos trabalhadores neste contexto⁴. De outra parte, também para os direitos sociais, de acordo com entendimento amplamente difundido, vale a noção de abertura material (ou seja, da não taxatividade, portanto, da inexistência de um *numerus clausus*) a outros direitos além dos expressamente previstos nas constituições⁵, seja pela

2 Cf. Peter Häberle, “Dignità Dell’Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto”. In: *Costituzione e Diritti Sociali*. Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990. p. 99-100-102.

3 Cf., novamente, Peter Häberle. In: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 100-101.

4 Com exceção da Constituição da Argentina, que não dispõe propriamente de um catálogo de direitos sociais, além da previsão (art. 14) da proteção do trabalho, bem como a previsão da competência do Congresso para legislar em matéria de promoção de ações positivas para assegurar a igualdade de oportunidades em diversos campos (art. 75, nº 23), as demais constituições latino-americanas consagraram, em menor ou menor número, direitos sociais. Apenas para ilustrar, pois inviável a transcrição dos dispositivos de todas as constituições, refere-se, por último, a nova Constituição da Bolívia (2009), que consagra, dentre outros, o direito à proteção ambiental, o direito à saúde, o direito à seguridade social, a proteção do trabalhador, assim como o direito à educação. Precisamente os direitos à saúde, educação, seguridade social e os direitos à proteção do trabalhador são os direitos sociais mais reconhecidos no âmbito das constituições latino-americanas, com expressiva referência também à proteção da família e das crianças, assim como com crescente inserção da proteção da cultura.

5 Neste sentido, também a lição de Peter Häberle. In: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 99. Dentre as constituições latino-americanas que contemplam cláusulas de abertura a outros direitos (embora não especificamente em matéria de direitos sociais), citam-se, em caráter exemplificativo: Constituição da Nação Argentina de 1853 (amplamente reformada em 1994): art. 33; Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009: art. 13, II; Constituição Política da República do Chile de 1980 (com a reforma de

integração ao Direito Constitucional dos diversos estados latino-americanos dos direitos sociais, econômicos e culturais contemplados nos diversos pactos internacionais⁶, seja pelo reconhecimento de direitos sociais implicitamente positivados, como dá conta, entre outros, o exemplo do direito ao mínimo existencial⁷, tão caro, aliás, para a problemática da proibição de retrocesso.

Por outro lado, para além da circunstância de que também na América Latina algumas constituições, dada a amplitude de seu catálogo constitucional de direitos sociais, talvez de fato tenham prometido mais do que o desejável ou mesmo possível de ser cumprido⁸, aspecto que também diz respeito ao que já se designou de uma banalização da noção de direitos fundamentais (fenômeno que não se manifesta apenas na seara dos direitos sociais)⁹, há que reconhecer que, transitando do plano textual para o da realidade social, econômica e cultural, a ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a maioria das populações dos países latino-americanos, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa. Tal crise, no sentido de uma crise de efetividade, por sua vez, é comum – em maior ou menor escala – a todos os

2005): art. 5º; Constituição Política da Colômbia de 1991 (com a reforma de 2005): art. 94; Constituição Política da República da Guatemala de 1985 (com a reforma de 1993): art. 44; Constituição Política da República da Nicarágua de 1987 (com a reforma de 2007): art. 46; Constituição Política do Paraguai de 1992: art. 45; Constituição Política do Peru de 1993 (com a reforma de 2005): art. 3º; Constituição da República do Uruguai de 1967 (com as reformas até 1996): art. 6º; Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999: art. 22. Importante sinalar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, além de uma cláusula geral de abertura a outros direitos (art. 5º, § 2º), refere expressamente uma abertura a outros direitos dos trabalhadores (art. 7º, *caput*).

- 6 Com efeito, já se pode apontar como característica comum das constituições latino-americanas uma abertura aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a previsão, em muitos casos, de cláusulas expressas de recepção, ainda que variável a hierarquia atribuída aos documentos internacionais em relação ao direito interno. Podemos citar, a título exemplificativo, a Constituição da República de Honduras de 1982, disposto no art. 16; a Constituição Política da República da Nicarágua de 1987, especificamente no seu art. 5º; a Constituição da Nação Argentina, no art. 31; a Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009, nos arts. 13, IV, e 410, II; a Constituição Política da República do Chile de 1980 (reformada de acordo com o plebiscito realizado em 1989), expresso no art. 5º; a Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999, no art. 23; a Constituição Política do Paraguai de 1992, expresso no art. 145; a Constituição Política da República do Equador de 2008, em seu art. 11.3, dentre outras.
- 7 Sobre o tema, v., em língua portuguesa, por último, Ricardo Lobo Torres. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 8 Cf. a ponderação de Peter Häberle, in: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 102, mediante expressa referência aos exemplos de Portugal e do Brasil, embora a possibilidade de ampliar o leque de exemplos, em se considerando a evolução constitucional latino-americana mais recente.
- 9 Sobre José Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 103, que aponta para os riscos daquilo que designa de uma *panjuszfundamentalização*.

direitos fundamentais, não podendo ser considerada uma espécie de triste privilégio dos direitos sociais, precisamente pela conexão entre os direitos sociais e o gozo efetivo dos assim designados direitos civis e políticos. Com efeito, também a democracia, a cultura e o ambiente se ressentem da fragilidade dos direitos sociais no que concerne à sua realização efetiva pelo menos para a ampla maioria dos cidadãos latino-americanos.

Tais considerações, por sua vez, remetem ao enfoque específico do nosso estudo, visto que também a noção de uma proibição de retrocesso, como se verá, é, em certo sentido, comum a todos os direitos fundamentais. De outra parte, se considerarmos que a proibição de retrocesso em matéria de proteção e promoção dos direitos sociais guarda relação com a previsão expressa de um dever de progressiva realização contido em cláusulas vinculativas de Direito Internacional (como é o caso do pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de San Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao dispor os direitos sociais¹⁰), poder-se-á mesmo afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais efetivos, talvez o que importa mesmo é priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de ampliação de uma cidadania inclusiva. Com efeito, progresso como desenvolvimento sustentável, conciliando os eixos econômico, social e ambiental, segue sendo possivelmente o maior desafio não apenas, mas especialmente para estados constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento.

De outra parte, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente tendo em conta a instabilidade econômica que se verifica em escala global, assim como em virtude dos efeitos perversos da globalização, em particular no plano econômico, não se pode simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas não dispensa mudanças no plano das políti-

10 Sobre a evolução da proteção internacional dos direitos humanos, abrangendo o sistema interamericano, v., em especial, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, designadamente p. 107 e ss. (parte I e II).

cas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados. Assim, esquematizada, em termos gerais e conscientemente sumários e incompletos, a relação entre os direitos sociais e a assim designada proibição de retrocesso, passaremos, no próximo segmento, a focar mais de perto a proibição de retrocesso e seu possível papel no contexto da formação (e preservação) de um Direito Constitucional comum latino-americano.

3 – FUNDAMENTO E SIGNIFICADO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano.

Com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, a garantia constitucional (expressa ou implícita) dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos retroativos, ou mesmo – e de modo todo especial – as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispoendo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente à previsão de limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como

insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, é certo, com significativa variação) já constituem um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano¹¹.

De outra parte, importa referir o reconhecimento, como se verifica, com particular agudeza, no Direito Constitucional brasileiro, de um direito subjetivo negativo, ou seja, da possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que também aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso¹². Neste sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.

11 Sobre o tema, v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 404 e ss. Para uma perspectiva de direito comparado, embora centrada na experiência norte-americana e europeia, v., em especial, Sergio M. Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires, 2004. No âmbito das constituições latino-americanas, verifica-se que pelo menos oito contemplam expressamente limites materiais, como dão conta: Constituição da República de Honduras de 1982, art. 374; a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, previsto no art. 136; a Constituição do Estado Livre Associado de Porto Rico de 1952, art. 7º, seção 3; a Constituição Política da República do Equador de 2008, art. 441; a Constituição da República Dominicana de 1994, disposto no art. 119; a Constituição Política de El Salvador de 1983, art. 248; a Constituição da República do Haiti, previsto no art. 284.4 e a Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, art. 342. A Constituição Política da Colômbia de 1991, da mesma forma como a Constituição da República de Cuba de 1976, embora não prevejam limites materiais, exigem, respectivamente nos arts. 337 e 137, um referendo quando as reformas se referirem a direitos e garantias fundamentais.

12 Para o caso do Brasil, basta aqui recordar as contribuições indispensáveis, inclusive por terem influenciado fortemente o discurso da efetividade constitucional que tem caracterizado especialmente o momento constitucional posterior a 1988, de José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117 e ss., neste particular, embora a significativa atualização da obra, mantendo-se fiel, em termos gerais, ao entendimento sustentado nas edições publicadas ainda sob a égide da Constituição de 1967-69. Trilhando a mesma linha argumentativa, v. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 106 e ss. (em edições mais recentes, o autor também se refere à proibição de retrocesso como princípio implícito do Direito Constitucional brasileiro). Igualmente associando a proibição de retrocesso à noção de eficácia negativa dos princípios constitucionais, v. também Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 70 e ss.

A partir do exposto, já se percebe que não podem soar tão mal os argumentos daqueles que sustentam que a problemática da proibição de retrocesso social constitui, em verdade, apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais, visto que os direitos sociais, precisamente por serem também direitos fundamentais, encontram-se sujeitos, em termos gerais, ao mesmo regime jurídico-constitucional no que diz com os limites às restrições impostas pelo poder público¹³. Com efeito, admitir que apenas os direitos sociais estejam sujeitos a uma tutela contra um retrocesso poderia, inclusive, legitimar o entendimento de que existe uma diferença relevante no que diz com o regime jurídico (no caso, a tutela) constitucional dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais, visto que a estes se aplicariam os critérios convencionais utilizados para legitimar (limites) e controlar (limites dos limites) a constitucionalidade de medidas restritivas, reforçando, inclusive, a ideia – que segue encontrando adeptos – de que os direitos sociais, especialmente em relação aos direitos civis e políticos, ou não são sequer fundamentais, ou estão sujeitos a um regime jurídico diverso, seja ele menos reforçado, seja ele mais forte.

Justamente pelo fato de que importa reconhecer a força dos argumentos referidos, reitera-se a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da noção de proibição de retrocesso, desde que tomada em sentido amplo, no sentido de uma proteção dos direitos contra medidas de cunho restritivo, a todos os direitos fundamentais. Assim, verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção “negativa” (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante (a iluminar a ideia de que existe de fato um retrocesso – e não um simples voltar atrás, portanto, uma mera medida de cunho regressivo), poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – de modo especial no que diz com sua relevância para a ordem constitucional – entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o repúdio da ordem jurídica a medidas que, de algum modo, instaurem um estado de retrocesso (expressão que por si só já veicula uma carga negativa), sinaliza que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição de direito fundamental, configura uma violação do direito, mesmo no campo da reversão (ainda mais quando parcial) de políticas públicas, mas que

13 Cf. Jorge Reis Novais. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 200.

haverá retrocesso, portanto, uma situação constitucionalmente ilegítima, quando forem transpostas certas barreiras.

No campo dos direitos sociais tal fenômeno talvez seja ainda mais perceptível, especialmente quando se trata de alterações legislativas que afetam um determinado nível de concretização de tais direitos, especialmente quando em causa hipóteses onde não incidem as demais garantias específicas que integram a noção de proibição de retrocesso em sentido mais amplo, como o caso da coisa julgada, da vedação de retroatividade etc., visto que existem situações onde, embora a medida restritiva não retroaja no tempo, acaba instaurando um evidente retrocesso em termos de proteção social¹⁴.

Ainda que se diga que no campo das restrições aos direitos fundamentais sociais a noção de limites dos limites dos direitos fundamentais (gênero ao qual pertencem os direitos sociais) substitui por completo e com vantagens a de proibição de retrocesso, percebe-se que a noção de proibição de retrocesso (aqui afinada com a ideia de proibição de regressividade difundida no Direito Internacional), especialmente quando empregada para balizar a tutela dos direitos sociais, assume uma importância toda especial, mesmo que, como já frisado, atue como um elemento argumentativo adicional, a reforçar a necessidade de tutela dos direitos sociais contra toda e qualquer medida que implique em supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social. Também pelas razões ora colacionadas, justifica-se a nossa opção em seguir privilegiando, no plano terminológico, a expressão proibição de retrocesso, justamente pelo fato de que não será qualquer medida restritiva ou regressiva (que, de certa forma, sempre veicula uma restrição) que ensejará uma censura por força da violação da proibição de retrocesso, consoante, aliás, será examinado mais adiante. De outra parte, é preciso reconhecer que os termos proibição de retrocesso e proibição de regressividade, seguramente os mais difundidos (e usualmente considerados como sinônimos), têm encontrado crescente receptividade no âmbito da doutrina constitucional latino-americana, como instrumento (garantia) jurídico de defesa dos direitos sociais¹⁵.

14 Neste sentido, v. também André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 733.

15 Cf., em especial, se pode inferir da maior parte das contribuições sobre o tema, versando sobre a experiência de diversos países, além da perspectiva internacional, que integram a excelente e atualizada coletânea coordenada e organizada por Christian Cortis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, 2006 (com destaque para os relatórios da Argentina, Colômbia e Peru), assim como, mais recentemente, com destaque igualmente para o caso colombiano, Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, “Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. In: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça* n. 3, 2008, Porto Alegre: HS. p. 37 e ss.

DOCTRINA

O que já resulta do exposto, é que também a proibição de retrocesso, como categoria jurídico-normativa de matriz constitucional, está a reclamar uma melhor definição jurídica, para que possa alcançar uma adequada aplicação e para que não venha se transformar – como, de resto, se suspeita já esteja sendo o caso – em mais um rótulo que se presta a toda a sorte de arbitrariedades, e que, não sendo devidamente compreendido e delimitado, acaba por inserir – de forma paradoxal – mais insegurança no sistema, justamente aquilo que pretende (também e em certa medida!) combater. Da mesma forma, não poderá a proibição de retrocesso servir para a chancela de privilégios por si só já questionáveis no que diz com a sua legitimidade constitucional, o que remete novamente à problemática do conteúdo e dos limites da proteção dos direitos adquiridos, que aqui não será enfrentada.

De outra parte, é preciso enfatizar que mesmo em se reconhecendo uma função autônoma para a proibição de retrocesso, especialmente na seara dos direitos sociais, tal autonomia sempre será parcial e relativa. Com efeito, se é verdade que a noção de proibição de retrocesso não se confunde com a noção de segurança jurídica e suas respectivas manifestações (com destaque para os direitos adquiridos e a proteção à confiança), o que sempre fizemos questão de sublinhar¹⁶, também resulta evidente que se registra, conforme já lembrado, uma inquestionável conexão entre ambas as figuras (proibição de retrocesso e segurança jurídica), assim como se revela como sendo incontornável o liame entre a proibição de retrocesso e outros princípios e institutos jurídico-constitucionais, com destaque para o da proporcionalidade e razoabilidade, assim como com a própria dignidade da pessoa humana.

Desenvolvendo um pouco mais o ponto, é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, segurança jurídica (incluindo a proteção da confiança, os direitos adquiridos e as expectativas de direitos) e dignidade da pessoa humana não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso poderá assumir algum contorno autônomo, não se poderá afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos, como, de resto, demonstram absolutamente todos os exemplos encontrados na doutrina e jurisprudência. Assim, como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições latino-americanas em vigor no momento – a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema

16 Confira-se o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 436 e ss.

internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade¹⁷. Aliás, é precisamente a abertura das constituições latino-americanas (ainda que variável em sua intensidade) ao sistema internacional de reconhecimento e tutela dos direitos humanos, que permite, juntamente com a ampla positivação de direitos sociais, identificar na proibição de retrocesso (regressividade) um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano.

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes. Tais princípios e categorias, por sua vez, igualmente têm sido objeto de reconhecimento no âmbito do que se poderia designar de um Direito Constitucional comum latino-americano, seguramente não apenas no âmbito de suas relações com assim chamada proibição de retrocesso.

Por outro lado, é preciso admitir que a própria segurança jurídica e os institutos que lhe são inerentes, com destaque aqui para o direito adquirido, exigem uma compreensão que dialogue com as peculiaridades dos direitos sociais, inclusive no que diz com a própria proibição de retrocesso, abandonando-se uma perspectiva individualista e privilegiando-se, sem prejuízo da tutela dos direitos individuais, uma exegese afinada com a noção de justiça social, razão pela qual, há quem sustente a necessidade de se reconhecer um

17 Sobre o tópico, na perspectiva internacional e do Direito Constitucional comparado, v. em especial, Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. In: Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 3 e ss. Analisando detidamente o problema na perspectiva do Direito Internacional Público, v. Magdalena Sepúlveda, *The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, social and cultural rights*. Antwerp: Intersentia, 2003.

direito adquirido social¹⁸, aspecto que, todavia, aqui não temos condições de aprofundar, mas que guarda relação com desenvolvimentos similares, como foi o caso, na Alemanha, da releitura e ampliação do âmbito de proteção da garantia da propriedade, no sentido de abranger algumas modalidades de direitos subjetivos públicos a prestações na esfera da seguridade social, justamente com o intuito de atribuir a tais posições jurídicas uma proteção jurídico-constitucional contra eventuais retrocessos¹⁹.

Neste mesmo contexto, afirmar que a proibição de retrocesso encontra fundamento também (embora jamais exclusivamente) na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana, com as quais, embora guarde relação, não se confunde, também não implica reconhecer à proibição de retrocesso caráter meramente instrumental. Com efeito, além da circunstância de que a proibição de retrocesso não protege apenas a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que se afirma é que a própria noção de segurança jurídica, no âmbito de uma constituição que consagra direitos sociais, não pode ficar reduzida às tradicionais figuras da tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas medidas do poder público, exigindo, portanto, uma aplicação em sintonia com a plena tutela e promoção dos direitos fundamentais em geral, incluindo os direitos sociais. O reconhecimento de uma proibição de retrocesso como princípio-garantia jurídico (seja qual for o rótulo utilizado), se revela, portanto, como necessário, pois parte das medidas que resultam na supressão e diminuição de direitos sociais ocorre sem que ocorra uma alteração do texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos ou mesmo sem que se trate de medidas tipicamente retroativas.

Assim, dando sequência à tentativa de definir os contornos da proibição de retrocesso, é preciso lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos

18 Cf. Marcos Orione Gonçalves Correia. Direito adquirido Social. In: Érica Paula Barcha Correia e Marcos Orione Gonçalves Correia. *Curso de direito da seguridade social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01 e ss.

19 Para maior desenvolvimento, v., de nossa autoria, “O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 17, Porto Alegre, 1999, p. 111 e ss., trabalho no qual, contudo, centramos a nossa atenção na apresentação da “solução” germânica, com algumas considerações juscomparativas, inclusive apontando para a inadequação (pelo menos em termos gerais) do modelo alemão ao sistema constitucional brasileiro.

nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber, se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso), voltar atrás no que diz com a concretização dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelas constituições em matéria de promoção da justiça social, designadamente no âmbito das normas impositivas de programas, fins e tarefas na esfera social, ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Além disso, percebe-se nitidamente a complexidade da temática, especialmente no âmbito daquilo que pode ser designado como constituindo uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais. Portanto, mais uma vez vale repisar que estamos diante de um fenômeno, que, compreendido em sentido amplo à feição, por exemplo, da proposta de acordo com a qual se trata de um problema de limites dos limites próprio de todos os direitos fundamentais, não se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais, pelo menos se tomados em sentido estrito, como direitos a prestações sociais²⁰. Assim, por exemplo, dentre as diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso, designadamente em face das peculiaridades do Direito Ambiental, é possível, como bem aponta Carlos Alberto Molinaro, falar de um princípio de vedação da retrogradação, já que o Direito Ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista (e não involucionista) da vida²¹.

De partida, aderindo ao justificado ceticismo em relação à importação acrítica e muitas vezes inadequada de institutos oriundos de outras experiências

20 Neste sentido, v. também Luis Fernando Calil de Freitas, *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 216.

21 Cf. Carlos Alberto Molinaro. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Especialmente p. 91 e ss.

jurídicas²², convém sublinhar que embora a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte) do Estado Social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que, de modo especial, abrangem a intensidade da proteção outorgada por aqueles aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem. Assim, também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado e, portanto, nos termos da lição de Peter Häberle, também exige uma interpretação contextualizada, referida à realidade (*kontextbezogene Auslegung*)²³.

Tal enfoque – diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que as constituições latino-americanas inserem-se num ambiente significativamente diverso, por exemplo, do experimentado pelo constitucionalismo europeu. Com efeito, além de as constituições terem, em boa parte e de modo diferenciado entre si, um caráter marcadamente compromissário e dirigente, importa endossar as palavras de Lenio Streck no sentido de que as promessas da modernidade sequer foram minimamente cumpridas para a maioria dos habitantes da América Latina, de tal sorte que a concepção de um Estado Constitucional, que mereça a qualificação de um autêntico Estado Democrático (e Social) de Direito, compreendido como Estado da justiça material e que assegure uma igualdade de oportunidades não passa, no mais das vezes, de um simulacro²⁴. Já por tais

22 Cf., especialmente na seara dos direitos sociais, bem destaca Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 42.

23 Cf. Peter Häberle, “Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus”. In: *EuGRZ* 2006. p. 535.

24 Neste contexto insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da “sobrevivência” do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, por José Joaquim Gomes Canotilho na sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra, 1982, justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas

razões, verifica-se que se a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais constitui tarefa permanente, pelas mesmas razões resulta evidente que para as populações e para o Direito Constitucional latino-americano, o problema maior ainda é o de dar cumprimento eficiente e eficaz ao dever de progressiva concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, o que não afasta a necessidade de se levar (muito) a sério a proibição de retrocesso, naquilo onde mesmo o pouco que foi alcançado possa estar em risco. Pelo contrário, onde a ampla maioria da população se situa na faixa do assim designado mínimo existencial ou mesmo aquém deste patamar, maior vigilância se impõe em relação a toda e qualquer medida potencialmente restritiva ou mesmo supressiva de proteção social. O dever de progressividade e a proibição de retrocesso (de uma evolução regressiva) constituem, portanto, dimensões interligadas e que reclamam uma produtiva e dinâmica compreensão e aplicação.

Por outro lado, embora se trate de instituto que recebeu ampla acolhida na comunidade internacional (pelo menos, no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais), não se pode afirmar que a proibição de retrocesso, especialmente na perspectiva aqui privilegiada, esteja ocupando um lugar de destaque similar nos diversos ordenamentos jurídicos, visto que não se pode afirmar que represente um amplo consenso no direito comparado. Pelo menos, há que reconhecer que em muitos países a proibição de retrocesso tem sido aplicada ou com outro rótulo ou mediante recurso a outras figuras jurídicas, embora cumprindo a função de garantia contra uma supressão e mesmo redução, a depender das circunstâncias, de conquistas na esfera dos direitos sociais. Assim, convém que se avance na identificação dos principais argumentos que sustentam, no plano da dogmática jurídico-constitucional, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, no sentido de uma categoria que seja, em termos gerais, comum ao ambiente constitucional latino-americano.

revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Europeia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, in: *Revista de informação legislativa*, n. 142, Brasília: Senado Federal, abr./jun. de 1999, p. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

Como ponto de partida, é possível recolher a lição de Luís Roberto Barroso, que, aderindo à evolução doutrinária precedente, pelo menos no que diz com a literatura luso-brasileira, bem averba que, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”²⁵. Embora tal fundamentação seja insuficiente para dar conta da complexidade da proibição de retrocesso, ela demonstra que a noção de proibição de retrocesso segue, como já frisado acima, sendo vinculada à noção de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador²⁶. Em suma, colacionando, para este efeito, a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”²⁷.

De acordo com tal linha de entendimento, não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direitos sociais, assim como, ainda que em medida diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.

25 Cf. Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

26 Neste sentido, aponta-se, entre outros, além do já referido entendimento de Luís Roberto Barroso, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 147 e 156 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, op. cit., p. 397-99, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 31 e ss., assim como, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais...*, op. cit., p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do Retrocesso...*, op. cit., p. 218 e ss., muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais.

27 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) que concretizam os direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador²⁸. Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja variável, ainda mais no marco dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização²⁹, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados³⁰. Tudo somado, constata-se que também a problemática da proibição de retrocesso acaba guardando forte relação com o tema da liberdade de conformação do legislador (em outras palavras, da margem de ação legislativa) e as possibilidades e limites de seu controle, em especial por parte da assim chamada jurisdição constitucional, no marco do Estado Democrático de Direito.

A partir desta perspectiva e renunciando desde logo ao esgotamento e aprofundamento individualizado de todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, numa perspectiva jurídico-constitucional que pode ser considerada como sendo substancialmente comum às diversas constituições latino-americanas, o princípio da proibição de retrocesso social decorre – como já sinalizado – de modo implícito do sistema constitucional³¹, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, o que não vale dizer (insista-se!) que a proibição de retrocesso se confunda com tais institutos ou mesmo que deles decorra exclusivamente, ainda mais quando considerados de modo isolado.

a) Dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, em suma, daquilo que hoje corresponde ao modelo do Estado Constitucional, que exige a promoção e manutenção de um patamar mínimo tanto em termos de proteção social quanto em termos de segurança jurídica, o que necessariamente, dentre

28 Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 397 e ss.

29 Cf. Cristina Queiroz. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 75. Desenvolvendo o tópico no âmbito da proibição de retrocesso, v., da mesma autora, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 83 e ss., cuidando da vinculação do legislador aos direitos sociais.

30 Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais*: trunfos contra a maioria, op. cit., p. 190.

31 Neste sentido também Felipe Derbli, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, op. cit., p. 199 e ss., igualmente adotando a concepção de que se cuida de um princípio implícito e bem desenvolvendo o ponto.

outros aspectos, abrange a garantia de um mínimo existencial, assim como a proteção contra medidas retroativas, e, pelo menos em certa medida, contra atos de cunho retrocessivo – ainda que de efeitos prospectivos – de um modo geral;

b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar³². Embora o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais não possa, ainda mais no caso de constituições analíticas e muito pródigas em direitos, ser pura e simplesmente equiparada ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é certo que tanto a dignidade da pessoa humana quanto o núcleo essencial operam como limites dos limites aos direitos fundamentais, blindando tais conteúdos (dignidade e/ou núcleo essencial) em face de medidas restritivas, o que se aplica, em termos gerais, tanto aos direitos sociais quanto aos demais direitos fundamentais;

c) Do dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade às normas definidoras de direitos fundamentais, que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais, exigindo um sistema de tutela isento de lacunas. Aliás, neste sentido convém colacionar a lição de Peter Häberle, ao sustentar a necessidade de se ter sempre presente a máxima do desenvolvimento de uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais³³;

d) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (já em função de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe aos órgãos estatais – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a um determinado nível de estabilidade e continuidade da ordem jurídica objetiva, assim como dos direitos subjetivos atribuídos às pessoas. A proteção da confiança, portanto, atua menos no sentido de um fundamento propriamente dito da proibição de retrocesso do que como critério auxiliar para sua adequada aplicação. Com efeito, parece evidente que os órgãos estatais, inclusive (mas não só!) por força da segurança jurídica e da proteção à confiança, encontram-se vinculados

32 Aderindo a tal entendimento e enfatizando a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proibição de retrocesso social, v., mais recentemente, Dayse Coelho de Almeida, A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. In: *Inclusão social*. v. 2, n. 1, out. 2006/mar. 2007, p. 118-124.

33 Cf. Peter Häberle. *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Lima: Palestra, 2004, p. 95 e ss.

não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas devem observar certo grau de vinculação em relação aos próprios atos já praticados³⁴. Tal obrigação, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, os órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

f) Além do exposto, constata-se que negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte³⁵. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior³⁶. Precisamente neste contexto, insere-se também a argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do conhecido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de

34 Cf., dentre outros, Harmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. III, p. 244 e ss., não obstante o autor – assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma autovinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Neste sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*. v. 124, 1999, p. 174-211. Entre nós, confira-se, sobre a proteção da confiança no Direito Público, o paradigmático contributo de Almiro do Couto e Silva, *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004. Mais recentemente, v. também a monografia de Rafael Maffini, *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

35 Tal ponto de vista apenas poderia ser sustentado, em tese, em se partindo da premissa de que os direitos sociais não podem (mesmo no que diz com seu conteúdo essencial) ser definidos em nível constitucional, a exemplo do que parece propor Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei...*, op. cit., p. 383-4, o que contraria até mesmo a lógica do sistema jurídico-constitucional, notadamente no que diz com a função concretizadora exercida pelo legislador e demais órgãos estatais.

36 Cf. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 158-9.

direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior”. Daí se extrai, na linha de pensamento do autor, que as instituições, serviços ou institutos jurídicos, uma vez criados pela lei ou por ato da administração pública, com o intuito de concretizar a proteção e promoção de direito fundamental ou finalidade constitucional, passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida, de tal sorte que uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode pura e simplesmente revogá-los;

g) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um importante fundamento adicional extraído do Direito Internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis³⁷, sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. Neste plano, aliás, percebe-se que a proibição de retrocesso (regressividade) atua como relevante ponto de encontro entre o Direito Constitucional dos estados e o Direito Internacional dos direitos humanos, operando, além disso, como elemento que impulsiona precisamente não apenas a formação, neste particular, de um Direito Constitucional interno (estatal) comum na esfera regional (no caso que nos interessa de perto, da América Latina), mas também de um Direito Constitucional internacional. Como já referido, a adesão por parte dos estados latino-americanos ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador por si só já implica um comprometimento jurídico-constitucional com o dever de progressiva realização de tais direitos e, por via de consequência, com a correlata proibição de regressividade³⁸.

37 Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 92 e ss. Aprofundando o tema, com destaque para o Direito Internacional e Comparado, v., ainda, Christian Courtis, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, in: Christian Courtis (Ed), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 03-52, além dos demais ensaios constantes da coletânea, destacando-se os trabalhos de Julieta Rossi (p. 79-116) e Magdalena Sepúlveda (P. 117-152), ambos versando sobre a jurisprudência do Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e de Magdalena Sepúlveda, portanto, com especial atenção para a perspectiva internacional.

38 Em especial, v. a relação da noção de regressividade com a interpretação da noção de progressividade adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, no âmbito das normas para a confecção dos informes periódicos previstos no art. 19 do Protocolo de San Salvador. Sobre o tema, v., por todos, Christian Courtis, in: *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 3-8, apresentando as diversas facetas da noção de regressividade, bem como p. 11-17, onde apresenta a compreensão da noção de proibição de regressividade no sistema americano de tutela dos direitos sociais.

Se em favor do reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais podem ser – para além da controvérsia sobre a terminologia – colacionados fortes argumentos de matriz jurídico-constitucional, também é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia em torno da amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social no Direito Comparado. Este, contudo, o tema do próximo segmento.

4 – ALGUMAS DIRETRIZES PARA UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Se parece correto apontar a existência de considerável aceitação, pelo menos no Brasil e em alguns outros países latino-americanos, assim como, de modo geral, na esfera do Direito Internacional, quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. Assim, ilustrando as principais tendências no que diz com o reconhecimento de um valor jurídico à proibição de retrocesso, pode-se partilhar do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso (que, ao fim e ao cabo, teria a função de mera diretriz para os agentes políticos) e o outro extremo, o que propugna uma vedação categórica de todo e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, também aqui o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais³⁹.

39 Neste sentido, v. Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, “Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Ano 2 – n. 3 – abr./jun. 2008, especialmente p. 40 e ss.

Que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso não pode resultar na transformação do legislador em órgão de mera execução das decisões constitucionais e nem assegurar (caso compreendida como absoluta vedação de qualquer alteração ou ajuste) aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizadas uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, já foi objeto de referência na doutrina⁴⁰. Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos⁴¹. Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial dos direitos sociais, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer.

Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto⁴², seja pelo fato, já apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste⁴³. Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários.

Resta, contudo, avaliar o mais difícil, qual seja, o como deve ocorrer o controle da limitação da aplicação da proibição de retrocesso. Nesta perspectiva, importa destacar a orientação doutrinária e jurisprudencial, de acordo com

40 Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, op. cit., p. 391 e ss.

41 Cfr. Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...*, op. cit., p. 40.

42 Neste sentido, v. também, a reflexão de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: Emerson Garcia (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 408 e ss.

43 Neste sentido v. também João Caupers, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 44, que, apesar de favorável à proibição de retrocesso social, considera que a proteção dos sistemas prestacionais existentes não pode ser maior do que a concedida aos direitos de liberdade (direitos de defesa).

a qual qualquer redução do alcance de um direito social deverá, pelo menos *prima facie*, ser considerada como constituindo uma violação do dever de progressiva realização dos direitos sociais e, portanto, tida como ofensa à proibição de retrocesso, de tal sorte que a restrição do conteúdo protegido de um direito social apenas se revela constitucionalmente legítima quando cuidadosamente avaliada pelo órgão estatal (no mais das vezes, o legislador) que a promove e que se revela como razoável e proporcional, sendo mesmo necessária para alcançar propósitos constitucionais relevantes ou até cogentes⁴⁴. Tal orientação, como se percebe sem esforço, guarda relação com a dogmática de há muito praticada no plano do controle das restrições dos direitos fundamentais em geral, visto que condiciona a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, que balizam toda e qualquer restrição de direito fundamental. Neste sentido, verifica-se que (aqui sem maior preocupação no que diz com a precisão terminológica) que a proibição de retrocesso opera como espécie de limite dos limites dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado – o que inclusive é apontado como uma das principais vantagens desta metódica de controle das medidas supressivas ou restritivas de direitos sociais – preserva-se a necessária margem de ação e adequação do poder público em face dos câmbios sociais e econômicos e mesmo no que diz com a manutenção do equilíbrio e coerência interna do sistema jurídico-constitucional, além de se fomentar uma ampla e responsável deliberação pública no sentido de justificar a necessidade dos ajustes no campo dos direitos sociais⁴⁵.

Precisamente neste contexto, assume relevância o resgate e valorização da noção de um *status activus processualis*, tal qual cunhada por Peter Häberle⁴⁶, visto que a garantia da participação efetiva dos cidadãos nos processos de deliberação e decisão sobre as prioridades a serem atendidas na esfera das políticas públicas, assim como na discussão a respeito de eventuais ajustes e mesmo restrições, deveria necessariamente ser considerada tanto no que diz com a implantação, pela via da organização e procedimento, de mecanismos de participação e controle social, quanto por ocasião da maior ou menor intensidade do controle jurisdicional dos atos do poder público quando em causa uma medida de cunho regressivo.

44 Cf., por todos, Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 44 e ss.

45 Sobre o tópico, v. também Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 55 e ss., à luz de diversos exemplos extraídos da rica jurisprudência constitucional colombiana.

46 Cf., por todos, Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat. In: *VVDStRL* 30, 1972, em especial, p. 86 e ss.

Embora não se pretenda desenvolver aqui com a necessária profundidade os aspectos ventilados, vinculados aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade e ao dever de justificação das medidas restritivas, assume-se como correta, pelo menos em termos gerais, tal linha de entendimento, até mesmo pelo fato de que, em se cuidando de controlar a atuação do poder público resultante em restrições de direitos fundamentais sociais, não se poderia aqui deixar de operar com os correlatos critérios para o controle de tais restrições, ainda que com a eventualmente necessária adequação ao regime e peculiaridades dos direitos sociais e do contexto jurídico-constitucional, social, político e econômico.

De outra parte, também é perceptível que reduzir a proibição de retrocesso a um mero controle da razoabilidade e proporcionalidade, assim como de uma adequada justificação das medidas restritivas, poderá não ser o suficiente, ainda mais se ao controle da proporcionalidade não for agregada a noção de que qualquer medida restritiva deverá preservar o núcleo (ou conteúdo essencial) do direito fundamental afetado, o que, por sua vez, guarda relação com a opção, no que diz com os limites aos limites dos direitos fundamentais, entre a teoria externa e a teoria interna, sem prejuízo de outros aspectos relevantes a serem considerados e que aqui não serão desenvolvidos. É precisamente aqui, no que diz com o alcance da proteção assegurada por conta de uma proibição de retrocesso, que a dignidade da pessoa humana e o assim designado mínimo existencial (assim como a garantia do núcleo essencial dos direitos) podem assumir particular relevância, tal como tem apontado relevante doutrina e jurisprudência.

Com efeito, adentrando a problemática central deste capítulo, colaciona-se lição de Gomes Canotilho, a sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado⁴⁷. O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula

47 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 338 e ss.

o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido⁴⁸.

Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e da garantia das condições materiais mínimas para uma vida digna, que, por sua vez, guardam relação com a noção de núcleo essencial dos direitos sociais, embora não se confundam necessariamente. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável⁴⁹, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma), quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais⁵⁰, ainda mais em se tratando de um “ambiente constitucional”, como é o caso do latino-americano, marcado – em termos majoritários, embora não uniformes – por um constitucionalismo socialmente comprometido, pelo menos no plano formal.

Com efeito, em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem parâmetro para a própria exigibilidade dos direitos sociais na sua condição de

48 Neste sentido também, Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 81 e ss. e p. 101 e ss.

49 Sobre o ponto, v. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

50 A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo – atualizado e aprofundado em contribuições mais recentes – de Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, in: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir, além do nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 330 e ss., o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, especialmente p. 247 e ss., assim como Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Por último, v. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

direitos subjetivos a prestações, que, neste caso, prevalecem, em regra, até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e da conexa reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos poderes)⁵¹, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos. Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas.

Por outro lado, independentemente da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – no sentido de uma autonomia absoluta – de fato existe, dada a evidente conexão da proibição de retrocesso com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais, no contexto do qual a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites, merece acolhida a já lembrada tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida “suspeita” e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências⁵². Dentre tais exigências, situa-se precisamente a salvaguarda do núcleo essencial e, de modo especial, do conteúdo em dignidade humana do direito social objeto de restrição. Assim, se uma medida restritiva de direito social deve passar pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade, desafiando a declaração da sua ilegitimidade constitucional se não for adequada e necessária, também deverá – ainda que adequada e necessária – respeitar as barreiras do núcleo essencial e da dignidade da pessoa humana⁵³.

51 Sobre o tema, remetemos ao nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, especialmente p. 299 e ss.

52 Cf. também Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, op. cit., p. 201.

53 Importa destacar que não desconhecemos a controvérsia que existe (cada vez mais forte) em relação à figura do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, para significativa doutrina, acaba sendo sempre reconduzido ao controle da proporcionalidade, notadamente no que diz com a terceira fase, da assim designada proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, precisamente questionando a noção de um núcleo essencial na perspectiva de uma proibição de retrocesso (embora sem questionar o reconhecimento, em si, de uma proibição de retrocesso), v. Rodolfo Arango, *La prohibición de retroceso en Colombia*. In: Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 153 e ss.

Tais premissas, ainda que não mencionadas da mesma forma na fundamentação, encontram-se na base de julgado do Tribunal Constitucional de Portugal, que, embora se trate de uma fonte externa ao constitucionalismo latino-americano, tem sido amplamente referida pela doutrina brasileira, além de fornecer importantes subsídios para o debate na América Latina. Trata-se do Acórdão nº 509/2002, que versa sobre a inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembleia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos⁵⁴.

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que guarda harmonia com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos

54 Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa relembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado Constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais.

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial. Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, mas varia também conforme a natureza do direito social em particular (moradia, saúde, assistência social, apenas para mencionar alguns exemplos) resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

Com relação à objeção de que em função da incidência da assim designada “reserva do possível”, isto é, de uma justificativa calcada na falta de recursos e, portanto, fundada na necessidade de promover ajustes para menos ou mesmo a supressão de certas prestações sociais, não haveria como invocar, com sucesso, a proibição de retrocesso, importa ter presentes alguns fatores que no mínimo não deveriam ser negligenciados. Em primeiro lugar, se tem sido geralmente admitido que na esfera da garantia do mínimo existencial existe um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes, ou seja, que eventual obstáculo de ordem financeira e orçamentária deverá ceder ou ser removido, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou mesmo outras medidas, também – e neste caso com maior razão ainda – não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais. Como exemplo desta tutela negativa do mínimo existencial, colaciona-se a sua função como limite material ao poder de tributar do Estado, já que este, em regra, não pode tributar o mínimo existencial (no âmbito do imposto sobre a renda, por exemplo), ainda que mediante a alegação da necessidade de reforçar a

arrecadação para promover os direitos sociais⁵⁵. O que se percebe, à vista do exposto, é que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limites dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas⁵⁶.

Por outro lado, o que importa, nesta quadra, é enfatizar que embora a alegação da falta de recursos para a manutenção de determinados benefícios sociais ou, o que é mais comum, para a preservação de determinado patamar de proteção social, seja um possível fundamento para justificar uma medida restritiva, não poderá servir de justificativa para a afetação do núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais quando em causa as exigências mínimas para uma vida com dignidade. Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado em todo o caso deve assegurar positivamente, também é aquilo que o estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção⁵⁷. Precisamente nesta perspectiva (ainda que não idêntica a argumentação) vale referir decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, de acordo com o qual a decisão de reduzir os recursos destinados a subsidiar habitações para a população de baixa renda, promovida pelo poder público municipal, embora em abstrato justificada pela necessidade de contenção de despesas (pela carência de recursos) e atendimento a outras demandas de cunho social, não resultou convincente no caso concreto, especialmente quando as dificuldades financeiras apontadas podem ser atribuídas à falta de planejamento e gestão deficiente do próprio poder público⁵⁸.

Em face do exposto, importa reafirmar, também no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma

55 Sobre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana como limites ao poder de tributar, v., no direito brasileiro, Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144 e ss., bem como Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331 e ss.

56 Cf. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 123 e ss.

57 Aqui bastaria apontar para o exemplo da proteção do mínimo existencial contra o poder de tributar do Estado, atuando como um limite constitucional nesta seara.

58 Cf. sentença T-1318 de 2005, referida e comentada por Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 48-49.

violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional, o que, à evidência, não afasta a discussão sobre qual o conteúdo do mínimo existencial em cada caso e no contexto de cada direito social⁵⁹.

Ainda no que diz com relevância do princípio da proporcionalidade na esfera da assim designada proibição de retrocesso e da salvaguarda dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, importa lembrar que a proporcionalidade opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que, vinculada aos deveres de proteção – com os quais não se confunde –, proíbe uma proteção insuficiente – exigindo, pelo contrário, uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito⁶⁰. A conexão entre a proibição de retrocesso social e a assim designada proibição de proteção insuficiente ou deficiente (o que abrange, no caso, a proteção social, em geral representada pela concretização dos direitos sociais) resulta evidente, pois atua tanto como parâmetro para o controle das omissões e ações insuficientes do poder público, quanto serve de critério para o controle de medidas que venham a resultar na supressão ou diminuição de direitos sociais antes concretizados em nível satisfatório, ou seja, em patamares correspondentes às exigências do mínimo existencial. Em outras palavras, a proibição de retrocesso implica – como já frisado – não apenas a vedação da recriação de um estado de omissão inconstitucional, mas também a proibição de uma ação insuficiente⁶¹.

Em sintonia com tal linha argumentativa (de modo especial com a noção de uma garantia de um mínimo existencial), embora a ausência de referência direta a uma proibição de proteção insuficiente, como fundamento da decisão, é possível citar julgado proferido por Tribunal da Argentina (Câmara de Apelações do Contencioso Administrativo e Tributário da Cidade de Buenos Aires), onde igualmente estava em causa a garantia de uma habitação (moradia) digna para pessoas submetidas a condições de vida precárias em ambiente marcado por forte exclusão social. No caso concreto (que envolvia a negação do acesso à moradia por parte do autor da demanda judicial), o Tribunal

59 Sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana neste contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e administrativo da Alemanha. In: *Revista Interesse Público*, n. 2, 1999, p. 93-107.

60 Cf. bem apontado por Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 117. Da mesma autora, com maior desenvolvimento, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 76 e p. 100 e ss.

61 Cf., por todos, Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*, Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 282 e ss.

argumentou que a descontinuidade das prestações sociais viola o princípio da proibição de retrocesso, pois uma vez reconhecido e efetivado um direito social, designadamente quando se trata de pessoas que se encontram em situação econômica e social precária, não é possível eliminar pura e simplesmente esta condição básica de inclusão social, ainda mais quando da falta de alternativas razoáveis adotadas por parte do poder público⁶².

Para além do exposto e tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa relembrar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas em muitas das decisões sobre o tema, inclusive na decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, já citada⁶³. Assim – mesmo que não se pretenda desenvolver estes aspectos – é certo que também na esfera da proibição de retrocesso tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual⁶⁴. Com efeito, a partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade⁶⁵. Que tais questões – consoante já frisado – nos remetem novamente aos

62 Cuida-se de caso julgado em 08.10.2003, referido por Christian Courtis, in: *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 22-23. Igualmente desenvolvendo o tema, com ênfase na experiência argentina, v. Horácio González, *El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina*, in: Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 193-253, mediante referência a outros casos.

63 Para o caso da Colômbia, v. o elenco de decisões referido por Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, in: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 37 e ss.

64 Cf. Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüche und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 80.

65 Cf., dentre tantos, Dietrich Katzenstein, “Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen”, in: *Festschrift für Helmut Simon*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Neste contexto, Hans-Jürgen Papier, “Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht”, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Org.), *Sozialrechtshandbuch*, 3. ed., Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 120, lembra que no âmbito da ponderação de bens e interesses a ser procedida em cada caso, a regulação legislativa será inconstitucional apenas quando se verificar que a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal atual pode ser tida como prevalente em face dos objetivos almejados pelo legislador com as alterações propostas, destacando, todavia, que tais critérios assumem um papel secundário na aferição da constitucionalidade de medidas retroativas. Tal fórmula tem sido largamente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (especialmente desde *BVerfGE* 24, p. 220, 230 e ss.), no sentido de que importa ponderar, em cada caso, entre a extensão do dano à confiança do indivíduo e o significado da medida adotada pelo poder público para a comunidade.

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também dizem respeito ao princípio da isonomia, os quais igualmente devem ser observados neste contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido.

De outra parte, na esfera das possíveis relações entre a proibição de retrocesso e a segurança jurídica, lembre-se aqui a lição de Hartmut Maurer, ao afirmar que segurança jurídica acaba por significar igualmente alguma garantia de continuidade da ordem jurídica, que, evidentemente, não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas⁶⁶. Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade no plano do ordenamento jurídico objetivo, constitui mais um dado elementar a ser levado em conta, que apenas reforça as demais dimensões exploradas neste estudo. Com efeito, parece ter sido suficientemente demonstrado o quanto levar a sério a eficácia e efetividade de um direito à segurança (incluindo a segurança jurídica) também reclama certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cientes de que deixamos muitas questões em aberto, pois a pretensão não era a de efetuar um inventário completo dos aspectos apresentados, seguem algumas conclusões e proposições, que, talvez, possam contribuir para o avanço no debate sobre as possibilidades e limites da proibição de retrocesso no contexto da formação de um Direito Constitucional comum latino-americano. Já que no que diz respeito ao reconhecimento em si de uma proibição de retrocesso, a crescente convergência entre o sistema internacional dos direitos humanos e a gradativa incorporação da noção de proibição de retrocesso (insistase, muitas vezes sob rótulo diverso e com manifestações distintas) à gramática jurídico-constitucional dos diversos países da América Latina, revelam que já se trata de uma noção suficientemente compartilhada para fins de caracterização de um Direito Constitucional comum, ainda que se trate de uma noção carente de desenvolvimento em vários níveis.

66 Cf. Hartmut Maurer, “Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz”, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 243 e ss., sinalando, todavia, a existência de uma distinção entre proteção de confiança e a garantia de continuidade da ordem jurídica, aspecto que aqui não iremos desenvolver e a respeito do qual, inclusive na doutrina germânica, não existe pleno consenso.

De modo especial, atentando especialmente para os expressivos níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer, ainda mais, os deficitários patamares de segurança social vigentes no “ambiente” latino-americano, é de reafirmar que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora versada neste ensaio (que não possui mais do que caráter exploratório) assume caráter emergencial e segue reclamando uma atenção constante da doutrina e da jurisprudência, em especial no que diz com a construção de uma sólida e adequada dogmática jurídico-constitucional, definindo os contornos, os limites e possibilidades da proibição de retrocesso.

Da mesma forma, se faz necessária também a reconstrução (mas não o abandono) da noção de constitucionalismo dirigente, que, portanto, impõe uma vinculação do legislador ao postulado de uma eficiente e eficaz promoção e garantia dos direitos fundamentais, mesmo (e talvez por isso mesmo, como já o lembramos ao tratar da segurança jurídica) numa sociedade em constante processo de mudança. Com efeito, considerando os desenvolvimentos antecedentes, seguimos acreditando que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional⁶⁷, que além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação, que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional. Ainda que a concepção de uma constituição dirigente corresponda ao modelo originalmente assumido por muitas das constituições latino-americanas, é certo, por outro lado, que o dirigismo constitucional deve ser devidamente contextualizado e adequado à realidade normativa e fática da América Latina e dos diversos países que a integram, pena de chegarmos a resultados constitucionalmente inadequados e, portanto, ilegítimos, não sendo à toa que se fala em um constitucionalismo dirigente adequado aos países de modernidade tardia⁶⁸. Nesta mesma perspectiva, é necessário vincular o dever de desenvolvimento sustentável e a obrigação de uma progressiva realização (tutela

67 Cf. o nosso “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXXII, 2006.

68 Neste sentido, v. a referencial proposta de Lenio Luiz Streck, “A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia”. In: Antônio Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Orgs.). *Diálogos Constitucionais*: Brasil/Portugal, Rio de Janeiro: Renovar,

e promoção) dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais à concepção de um constitucionalismo dirigente possível, já que somente neste contexto, como já frisado ao longo do texto, faz sentido insistir com uma proibição de retrocesso nesta seara.

Por outro lado, se o manejo constitucionalmente adequado e responsável do princípio da proibição de retrocesso (que definitivamente não se presta a blindar privilégios injustificáveis, pelo simples fato de terem sido, em determinado contexto, assegurados a certo grupo de pessoas) não constitui certamente a única via para proteger os direitos fundamentais sociais, também não restam dúvidas de que se trata de uma importante conquista da dogmática jurídico-constitucional (notadamente mediante o labor da doutrina e crescente incidência na esfera jurisprudencial) para assegurar, especialmente no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos, ainda mais num ambiente marcado por acentuada instabilidade social e econômica, como é o caso – também – do espaço latino-americano. Aliás, é a referida instabilidade, somada à tímida realização do dever de uma efetiva (embora progressiva) promoção pelo menos do mínimo existencial em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, que atua também como um fator de distúrbio, assumindo a feição de obstáculo à afirmação de um Direito Constitucional comum latino-americano, que não seja meramente identificado pela convergência em matéria textual ou no plano da teorização por parte da doutrina.

Neste contexto, convém não esquecer que nem a afirmação de um dirigismo constitucional, nem a proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional vinculante (que, por si só, na sua qualidade de normas jurídicas, não implicam substancial e efetiva mudança da realidade social), dispensam o resgate do verdadeiro papel da cidadania⁶⁹. Com efeito, sem o fortalecimento das bases da cidadania, mediante a superação também da instabilidade político-institucional que ainda se manifesta em boa parte do território latino-americano, um Direito Constitucional comum terá dificuldades de frutificar em sua desejável extensão. Aliás, como já antecipado, um Direito Constitucional comum pressupõe a existência de estados constitucionais autênticos e não meros simulacros.

2004, p. 334, onde aponta – neste passo em sintonia com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho – que a noção de constituição dirigente não implica a admissão da possibilidade de um normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias, mas sim, uma vinculação do legislador aos ditames da materialidade constitucional e a afirmação do papel do Direito (notadamente do Direito Constitucional) como instrumento de implementação de políticas públicas.

69 Cf. aponta, com acuidade, Gilberto Bercovici, Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2008, p. 155 e ss.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL & DESIGUALDADE SOCIAL NA ORDEM DO DIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOCIOPOLÍTICAS SOBRE A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA AFRODESCENDENTES NO BRASIL

Luiz Fernando Martins da Silva*

O intenso debate em curso no espaço público em torno do binômio: raça & classe – principalmente depois que a mídia expôs a guerra de posições travada entre os lados contra e a favor da criação de políticas públicas de ação afirmativa e seus mecanismos (como as cotas) para afrodescendentes na educação pública superior e pela aprovação do Estatuto da Igualdade Racial – coloca na centralidade do debate a questão “Discriminação Racial & Desigualdade Social”.

A discriminação racial existente em nosso País exclui os membros da comunidade negra da sociedade geral, “relegando-os a uma cidadania amedrontada” (Abreu, 1999, p. 151), conforme evidenciam as diversas análises de natureza sociológica e antropológica, bem como os indicadores sociais produzidos por pesquisas realizadas pelas diversas instituições que têm se debruçado sobre o problema, entre outras: o IPEA, o IBGE e o PNUD (ONU), que apontam a grande marginalização desse grupo social na educação, no mercado de trabalho, na expectativa de vida, etc., demonstrando o abismo quanto à qualidade de vida e poder econômico que separam a população branca da negra.

Assim, o tratamento mais favorável dado pelo Estado a esse grupo social vulnerável justifica e autoriza a criação de políticas públicas particularistas de redistribuição de renda e equalização de posições excessivamente desvantajosas,

* *Membro Efetivo do IAB; Advogado; Professor de Direito da UCAM/IPANEMA (Licenciado) no Rio de Janeiro; Doutorando em Ciência Política – IUPERJ (Licenciado); Ex-chefe da Ouvidoria da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR – da Presidência da República em Brasília.*

dentre as quais as políticas de ação afirmativa (também conhecida pelos termos: discriminação positiva, ação positiva ou discriminação inversa), objetivando alcançar a igualdade real, pois é dever de um Estado Democrático de Direito Social promover o equilíbrio das clivagens sociais, propondo estímulos regulativos e materiais a favor da Justiça Social, reajustando as condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais indispensáveis ao próprio exercício de direitos, liberdades e garantias pessoais.

Ressalte-se que o princípio da igualdade e a noção de acesso igualitário aos procedimentos¹ estão para além da proposta de integração igualitária no sistema, devendo ser lidos como “neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos”, bem como o desenvolvimento numa esfera pública pluralista da “ideia que as diferenças sejam recíproca e simetricamente respeitadas” (Neves, 2006, p. 170).

Nesse sentido é que Marcelo Neves enfatiza que, em virtude da presença da discriminação social negativa – implicando obstáculos reais ao exercício de direitos –, a discriminação jurídica afirmativa em favor de determinados grupos e indivíduos se justifica, havendo, nesse caso, perfeita correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação a ser, porventura, procedida.

No campo jurídico, o debate entre operadores do Direito, professores e pesquisadores é centrado na oportunidade, conveniência e constitucionalidade das políticas editadas pelo Estado brasileiro sob diversos argumentos, dentre os quais: violação do princípio da igualdade formal, do mérito, da proporcionalidade e da razoabilidade, da Federação, da autonomia universitária, e até mesmo a inexistência de critérios seguros ou científicos para se identificar os beneficiários das medidas destinadas aos pardos e às pessoas com deficiência. Outras críticas são dirigidas aos critérios adotados por algumas universidades para selecionar e identificar os beneficiários das políticas afirmativas, como ocorre no processo de seleção da Universidade de Brasília e na Universidade Federal do Paraná.

Mas a questão sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa também passa, especialmente, pelo paradigma jurídico com o qual o intérprete opera, como, por exemplo, quando do ponto de vista do positivismo jurídico a ausência do termo “ação afirmativa” no Texto Constitucional vedaria a criação dessa política pelo Estado, porque essa perspectiva do pensamento jurídico

1 A concepção dworkiana “do direito de igual respeito e consideração”: direito a “ser tratado como um igual” distinguindo-se do direito a “igual tratamento”, que Marcelo Neves corretamente diz que é caso de “falta de reconhecimento”.

opera exclusivamente com o método lógico-dedutivo, a qual, assumindo os princípios da coerência e da completude do ordenamento jurídico, procura a melhor norma jurídica dentre as normas positivas válidas, descartando assim considerações interpretativas sobre as demandas e necessidades humanas em uma sociedade (Feres Júnior e Silva, Luiz Fernando, 2006, p. 24).

Contudo, esse debate não evidencia a ampla base normativa e principiológica da legislação internacional e nacional em vigor, que lastreia a implantação das medidas afirmativas pelo Estado, a saber:

a) Na ordem jurídica internacional, as diversas convenções, tratados, pactos e programas, que além de proibirem toda forma de discriminação, também preveem a adoção de políticas de promoção da igualdade, apesar de não utilizarem a expressão “ação afirmativa”, e sim “medidas especiais”. Destacamos, dentre outras: a Convenção sobre a Discriminação em Emprego e Profissão nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, art. 5º, item 1; a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 1º, item 4; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), art. 4º, item 1; e A Declaração e o Plano de Ação de Durban, de 2001, arts. 99 e 100;

b) Na ordem jurídica doméstica: b.1) *No âmbito constitucional*, na Carta da República em vigor, destacamos: art. 1º, inciso III; art. 3º, incisos I, III e IV; art. 4º, incisos II e VIII; art. 5º, incisos XLI e XLII e § 2º; art. 7º, *caput* e inciso XXX; art. 23, inciso X; art. 37, inciso VIII; art. 145, § 1º; art. 170, inciso VII; art. 179; e art. 227, inciso II; b.2) *No âmbito da legislação infraconstitucional*, destacamos: o Decreto-Lei nº 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas; Decreto-Lei nº 5.452/43 (CLT), que estabelece em seu art. 373-a a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres; Lei nº 8.112/90, que determina, em art. 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da União; Lei nº 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado; Lei nº 8.666/93, que preceitua, em art. 24, inciso XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência; Lei nº 9.029, de 13.04.95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; Lei nº 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 3º, criar “reserva de vagas” para mulheres nas candidaturas partidárias, e Lei nº 10.639/93, que altera a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da

DOCTRINA

Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”.

Por fim, pode-se dizer que hoje em dia foi criado um alto grau de consenso no Brasil em torno das ações afirmativas, não obstante a ocorrência de divergências como as acima expostas, notadamente as alegações sobre a inconstitucionalidade das mesmas. Contudo, não podemos olvidar que a política de ação afirmativa – em que pese sua relevância – é apenas um dos meios que pode ser utilizado como instrumento capaz de propiciar mobilidade social à comunidade negra, sem olvidar outras formas mais fecundas de obter justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Sergio. *Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FERES Jr. e SILVA, Luiz Fernando Martins da. Ação afirmativa. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Temática Atual

A ARTE DE JULGAR: ENTRE A LEI E A IDEOLOGIA

Indalécio Gomes Neto*

O Poder Judiciário desempenha atribuição de magna relevância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a sua função principal é fazer prevalecer os princípios constitucionais e a ordem jurídica do país. Sem isso não há segurança jurídica, e de nada valem os direitos assegurados nos textos jurídicos. Sua atuação, contudo, ao longo do tempo, nem sempre tem sido bem compreendida pelo jurisdicionado. Com razão ou sem razão, o jurisdicionado vê com reservas a atuação dos juízes, a começar pela morosidade processual, o distanciamento do jurisdicionado e julgamentos que nem sempre se harmonizam com o sistema legal vigente.

Mesmo em processos em que a lei determina prazos exíguos para a decisão final, como o mandado de segurança e *habeas corpus*, nem sempre a decisão é entregue em tempo razoável, causando prejuízo irreparável a quem teve um bem jurídico violado. Mais grave ainda quando a dilação de prazo se dá no julgamento de *habeas corpus*, sobretudo quando se trata de prisão ilegal. E o que dizer, também, sobre os julgamentos que nem sempre se harmonizam com o sistema jurídico do país, submersos que estão em princípios programáticos ou permeados de componentes ideológicos, semeando, com isso, a insegurança jurídica entre os jurisdicionados e prejudicando o fortalecimento e o desenvolvimento das relações sociais e econômicas do país.

São essas questões, dentre outras, que abordaremos neste trabalho, muito menos como crítica e muito mais como um novo olhar de quem já foi juiz por um quarto de século, e agora, como advogado, está mais perto das aflições, angústias, temores, alegrias e sofrimentos dos jurisdicionados. Quem sabe este modesto trabalho – que não tem a mínima pretensão de ensinar – sirva para uma reflexão sobre a relevante e grave responsabilidade da função judicante, em um Estado Democrático de Direito que se propõe a assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar e a livre-iniciativa.

* Advogado; Professor Licenciado das Faculdades Integradas de Curitiba; Ex-Presidente do TRT da 9ª Região; Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (Aposentado).

Quando o Judiciário não funciona a contento, logo se fala em reforma. O tema sempre foi recorrente nos meios jurídicos e até na sociedade como um todo. Por conta dele já foi decretado até o recesso do Congresso Nacional (Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.1977), mas os resultados nunca foram positivos. Atualmente, há uma nova expectativa por parte da sociedade, em torno, agora, das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que se espera venha aprimorar o funcionamento do Judiciário e dar mais segurança às relações jurídicas. Essa emenda acresceu importantes inovações no capítulo do Poder Judiciário, dentre as quais a criação do Conselho Nacional de Justiça, a súmula com efeito vinculante e a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados. Ainda acresceu preceitos a outros dispositivos, cabendo ressaltar o que prevê tempo razoável para a duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF).

Essas inovações têm gerado uma grande expectativa em todos os setores da sociedade, na esperança de que confirmem mais eficiência no funcionamento dos órgãos jurisdicionais. Nesse contexto, as escolas de formação de magistrados passam a exercer papel destacado, cabendo-lhes enorme responsabilidade na direção e conteúdo dos cursos, pois as inovações legislativas só surtirão efeito com uma ação efetiva de parte dos magistrados; só com magistrados verdadeiramente cômicos da grande responsabilidade que a investidura no cargo lhes confere, as reformas têm a probabilidade de representar um passo importante no aprimoramento da prestação jurisdicional. Sem essa vontade coletiva, as reformas valem muito pouco.

No Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal consagra um princípio de suma importância, dispondo que *nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário* (art. 5º, XXXV, CF). Aqui o constituinte já colocou em relevo o papel do juiz na preservação dos direitos e garantias fundamentais. Com essa atribuição relevante que o texto constitucional lhe deu, do juiz, não importa o órgão de sua atuação, o jurisdicionado sempre espera muito, sobretudo serenidade, eficiência e independência no cumprimento dos seus deveres. Exatamente por exercer um cargo de extrema relevância, destinado, sobretudo, a fazer valer o cumprimento das normas legais vigentes no país, o legislador lhe outorgou prerrogativas diferenciadas de outros segmentos da Administração Pública. Essas garantias e prerrogativas, entretanto, são muito mais para a sociedade do que para o próprio juiz, pois o jurisdicionado sempre espera dele postura isenta, esmero e precisão no cumprimento de seus deveres. Enfim, o juiz não é um santo, mas tem que ser uma pessoa isenta e equilibrada.

DOCTRINA

O sempre crescente número de processos, em quase todos os órgãos do Poder Judiciário, exige muita operosidade da parte dos juizes. A grande maioria trabalha muito. É um trabalho difícil e silencioso; pouco visível à sociedade, mas são horas e horas dedicadas ao estudo dos processos, da lei, da jurisprudência e da doutrina, não raro na própria residência, fora do horário de expediente e até nas férias, sem falar no constante aperfeiçoamento cultural. Essa dedicação se traduz em segurança para o jurisdicionado, e a maioria, como deve ser, dedica o seu tempo ao correto exercício da magistratura, sem partidarismos ou desvios. Essa diretriz se reveste de singular importância, pois há que se ter presente que nenhum país conquista respeito entre as nações civilizadas e democráticas se no seu âmbito interno o cumprimento das leis e dos contratos oscila de acordo com as concepções ideológicas ou pessoais de seu aplicador. O argumento de que a lei e o contrato não prevalecem sobre aquilo que o seu aplicador entende por “interesse social ou justiça social” só desmoraliza as nossas instituições e semeia a insegurança jurídica. Um país só se desenvolve contando com instituições fortes e confiáveis. Não adianta criticar a globalização, quando isso é uma realidade sem volta (inclusive com as repercussões das crises internacionais), e nem se corrige as suas incongruências com decisões que não se harmonizam com a legislação vigente. O político populista, que promete o irrealizável só para ganhar a eleição, já é um câncer para a sociedade, mas este, o povo, a cada eleição, ainda pode substituir. O juiz não. O juiz goza da garantia da vitaliciedade, mas essa garantia é para a sociedade, e não para o magistrado levar para o julgamento entendimentos utópicos ou o seu sentimento próprio de justiça, sem observância da lei. As utopias não deram certo em nenhuma parte do mundo, sobretudo quando suprimiram as garantias do Estado Democrático de Direito ou essas foram mantidas apenas na aparência. É muito comum na América Latina, talvez por fatores histórico-culturais, o péssimo hábito que temos de terceirizar a responsabilidade por nossas mazelas. A partir desse viés cultural e ideológico, algumas correntes de pensamento passam a amaldiçoar a atividade produtiva, notadamente a privada, na visão de que ela está ligada ao sistema capitalista, que é o “responsável por todos os males da nossa sociedade”. Todavia, é preciso ter presente que, quando se vai decidir, tem-se que levar em conta as normas e princípios jurídicos que decorrem do nosso sistema, e não concepções pessoais ou ideológicas.

Do livro *Brasil – raízes do atraso*, de autoria do economista Fabio Giambiagi, extraem-se conclusões que bem revelam muitas das causas que emperram o desenvolvimento do país. Diz o autor que existe no Brasil um viés anticapitalista por parte de alguns setores da sociedade. Relata uma tendência,

muito forte na sociedade brasileira, de se proteger sob as asas do Estado. Enquanto a ética anglo-saxã que prevalece até hoje nos Estados Unidos cultua a tradição do *self-made man* e representa a construção de uma sociedade a partir do rígido princípio do *rule of law*, a tradição cultural do Brasil parece ser a oposta: a de privilegiar a obtenção de recursos públicos, sem levar em conta quaisquer outras considerações, em total desprezo pelas regras do capitalismo que fazem uma sociedade prosperar. Imagine-se alguém decidindo com o espírito anticapitalista e antilucro, em demanda que envolva empresa privada e lucrativa, sem levar em conta o sistema jurídico! É previsível antever para onde vai a sentença. Há uma frase atribuída a Tom Jobim – que se espera seja restrita a um pequeno núcleo de pessoas – de que “o sucesso no Brasil é ofensa pessoal”. Lya Luft também escreve sobre o feio vício das pessoas de curtir “muito mal o sucesso alheio, a alegria alheia, o amor alheio”. Segundo ela, Lygia Fagundes Telles já reclamava do “olhar oblíquo da inveja vertendo sua lágrima verde de bilis”. E acrescenta: “Sempre há os que acham defeito no empresário bem-sucedido (‘deve ser um corrupto’), no casal feliz, na mulher bonita”¹. Infelizmente, a lista de ressentimentos é muito abrangente, sempre com o viés de tentar desqualificar as pessoas de sucesso.

Agora mesmo, com a crise global que assola todos os países, erguem-se vozes a dizer que o socialismo é a solução. Ainda que se entenda que não pode haver capitalismo sem regras, mais cedo ou mais tarde a situação voltará ao normal e é melhor capitalismo com liberdade do que socialismo sem liberdade.

De todo modo, o juiz tem que ficar acima dos conflitos ideológicos, e ao decidir, deve estabelecer o equilíbrio dos interesses em disputa, sem criar situações divorciadas da realidade; deve harmonizar a ética da convicção com a ética da racionalidade. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem importantes parâmetros para que as decisões judiciais não descambem para consagrar situações que aberram contra a realidade. Não se deve erigir o subjetivismo como preceito. As decisões judiciais devem sopesar os interesses envolvidos, para deles se distanciar com imparcialidade, sem menosprezar as instituições e o sistema jurídico do país. O simples argumento de autoridade não faz o juiz respeitado no seio da sociedade. É preciso ter presente que o princípio do livre convencimento não pode servir de pretexto para deixar de aplicar a lei ou dar a ela significado diverso do seu espírito, até porque esse princípio se dirige ao exame da prova, e mesmo assim, tal exame não poderá desatender outros princípios (CPC, art. 131, combinado com os arts. 332 a 443). Portanto, a criatividade do julgador não pode descambar para o arbítrio.

1 *Em outras palavras*. Record, 2006.

O juiz não pode ser um ativista político; não fica bem o seu engajamento em classes ou categorias; seu compromisso não é com as corporações, mas com a preservação do Estado Democrático de Direito. O engajamento lhe retira a isenção e afasta a confiança do jurisdicionado. O exercício das relevantes funções judiciais não pode se transformar em um discurso de poder ou ideologia. As decisões judiciais têm que ser previsíveis e pautadas pelo princípio da legalidade. Os princípios que moldam a estrutura jurídica do país não podem ceder a nenhuma outra ordem de interesses. São eles que emprestam legitimidade e racionalidade às decisões judiciais. Em nome de princípios vagos, o juiz não pode ceder à tentação de deixar de aplicar a lei, querendo ser visto como agente de transformação social.

Algumas reportagens veiculadas na imprensa escrita – lidas há algum tempo e agora lembradas – merecem, no mínimo, uma reflexão, ainda que não retratem uma diretriz que esteja sendo seguida pela maioria dos juízes. Em 13 de março de 2005, o jornal *O Estado de S. Paulo* publicou artigo assinado pelo jornalista e professor Gaudêncio Torquato sobre a “Politização do Judiciário”, no qual se refere ao voto ideológico. Diz o articulista que, nas demandas trabalhistas, “as empresas governamentais sempre levam a melhor. Se a empresa é privada, o vitorioso nunca é o patrão, comprovando que as decisões não contemplam os fatos”.

É fundamental para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito que o julgador não tenha preconceito contra categorias, raças, segmentos sociais ou classes. O preconceito é uma doença da alma e muito menos deve permear o ato de julgar. O preconceituoso avalia errado e enxerga errado. O juiz tem que decidir sem desvirtuar o alcance da lei e nem lhe emprestar interpretação além do seu significado. É claro que, em todo julgamento, sobretudo em matéria de fato e na interpretação de norma de conteúdo aberto, é grande o espaço que permite ao juiz decidir de acordo com a sua convicção. Mas exatamente por ser grande esse espaço é que cresce a sua responsabilidade e onde se sobressaem as virtudes do equilíbrio, da serenidade e da exação. Aqui, se tiver preconceito com categoria ou classe, contra ela vai a sua sentença, independentemente de ter ou não razão. Juiz que assim age não está a serviço do Estado Democrático de Direito, nem cumpre com os seus deveres institucionais e legais.

Na área das chamadas relações sociais, sempre há um campo fértil para a proliferação da chamada jurisprudência sentimental. Essa jurisprudência se apresenta de diversas formas, mas sempre penalizando a atividade econômica. Esse sentimento anticlasse não se harmoniza com as relevantes funções do juiz, até porque a Constituição Federal atribui igual peso ao capital e ao trabalho, como se colhe do seu art. 170. Dê a cada um o seu direito; condene quem

violar a lei, mas sem atentar para a origem. Só assim se estabelece a harmonia entre os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, sem preconceitos; só assim se gera confiança no sistema jurídico do país, estimulando a expansão da iniciativa privada, o aumento do emprego e da distribuição de renda.

Do mesmo modo, a postura de isenção que se espera do Poder Judiciário não recomenda que o juiz ceda à tentação de querer se transformar em instrumento de distribuição de renda pela via dos julgamentos. Se fizer isso, comete grave erro e prejudica o país como um todo. Renda se distribui quando se cumpre a lei e se dá segurança jurídica para a valorização do trabalho e o desenvolvimento da livre-iniciativa. É essa a diretriz que cria um ambiente favorável à expansão da atividade econômica e do emprego. Sem esse ambiente favorável, não há, sequer, como arrecadar tributos suficientes para manter a pesada máquina da Administração Pública (União, Estados e Municípios – administração direta e indireta), que consome 38% do PIB.

A Emenda Constitucional nº 45 acresceu ao art. 5º, inciso LXXVIII, da CF um princípio programático de suma importância, dispondo que o processo deve durar por tempo razoável e garantida a celeridade de sua tramitação. A morosidade processual sempre foi reconhecida como um dos males que afeta gravemente o jurisdicionado. Todos desejam que o processo tramite com celeridade, inclusive os juízes. O difícil é conciliar celeridade com segurança jurídica; o jurisdicionado quer um julgamento rápido, mas seguro; ninguém gosta que a sua demanda seja examinada superficialmente, e as controvérsias, não raro, envolvem temas complexos. Como conciliar essas exigências aparentemente antagônicas – celeridade e segurança – será obra edificante do juiz. Cabe-lhe harmonizar essas aspirações dos jurisdicionados, sem deixar de entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável. Para o desempenho de algumas tarefas, o juiz – não importa o grau de sua atuação – poderá contar com a ajuda de servidores, inclusive delegando-lhes a prática de determinados atos. São indelegáveis, contudo, os atos decisórios (art. 93, XIV, CF). Esse princípio é de suma relevância, pois na ânsia de imprimir celeridade ao processo, não se pode padronizar despachos, sentenças, acórdãos, etc. Enfim, o processo deve ter tramitação rápida, mas não deve abrir caminho para o arbítrio e a insegurança jurídica. Outros princípios fundamentais não podem ser desprezados, como a observância do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). A celeridade, portanto, embora desejável, não pode se sobrepor a esses direitos e garantias fundamentais.

Algumas pesquisas levadas a efeito entre magistrados para saber o seu pensamento sobre alguns temas revelam alguns dados preocupantes, como a que fez o Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo –

IDESP com 738 juízes, em 12 Estados. Por essa pesquisa, 56% veem “politização” das decisões sobre privatização, sendo que 60% dos ouvidos se manifestaram contra as privatizações na área de infraestrutura. Quando há tensão entre o cumprimento de contratos de um lado, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados de outro, a grande maioria dos juízes (73%) afirma que tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos (in *Folha de S. Paulo*, de 30.04.2001). Diante desse quadro, a questão que se coloca é como atrair capital para investimento em infraestrutura em ambiente como esse. Essa, seguramente, é uma das causas que acaba por onerar a prestação de serviços. Por medo do calote, os prestadores cobram mais. Exemplo típico desse ônus reside na previsão contida na Lei nº 11.079/2004 de que os contratos de parceria público-privada podem trazer a previsão de seguro-garantia (art. 8º). É o seguro contra o calote. Aliás, passados vários anos, essa lei ainda não se fez presente na prática, e os procedimentos estão envoltos nas teias da burocracia. Aqui, também, o Judiciário tem papel importante, sobretudo para destravar a burocracia e fazer com que a lei funcione no prazo previsto para a obra, sem desprezar os ajustes que se façam necessários, inclusive para que o meio ambiente sofra o menor impacto possível. Infelizmente, o Estado criou tanta burocracia na sua estrutura administrativa, com o consequente aumento de despesas, que perdeu a capacidade de prestar serviços razoáveis à população.

As nossas contradições, sobretudo quando solenemente não se aplica a lei a determinadas situações, só depõem contra o nosso desenvolvimento, pois criam um clima de insegurança jurídica. O professor Belmiro Valverde Jobim Castor, profundo conhecedor das questões que dificultam o desenvolvimento do país, depois de reproduzir uma sátira que circula na Internet, diz que ela serve como uma luva para descrever o que vivemos no Brasil: “atualmente, o importante não é fazer algo, e sim desenvolver a capacidade de evitar que os outros façam algo com que não esteja de acordo. Não há projeto nem iniciativa que se anuncie em nosso país que não provoque, de imediato, reações de uma multidão de grupos cujos interesses e convicções intelectuais ou políticas são direta ou remotamente ameaçados pelo que se pretende fazer”. Observa que a burocracia estatal goza de poder paralisante. Em vez de decidir a favor ou contra alguma iniciativa ou projeto, burocratas interessados em fazer valer suas opiniões e crenças preferem um processo que os estudiosos apelidaram “paranálise”, a paralisia pela análise, em que se sucedem as exigências e estudos intermináveis. Alude à maravilhosa obra do Aterro do Flamengo, no Rio de Janeiro, para concluir que essa obra, se fosse para ser construída atualmente, possivelmente não venceria o cipoal de resistências e de hostilidades que

enfrentaria hoje, embora ninguém coloque em dúvida a beleza e a importância do Parque do Flamengo². As observações do ilustre articulista bem revelam a importância do papel desempenhado pelo Judiciário, em tempo razoável, para destravar a burocracia administrativa e ajudar no desenvolvimento sustentável do país.

No campo das relações contratuais, como ensina Maria Helena Diniz, a força vinculante daí decorrente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias *excepcionais ou extraordinárias* que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contratantes³. Fora dessas hipóteses excepcionais e extraordinárias, o contrato deve ser preservado.

Impõe-se registrar, todavia, que em pesquisa mais ampla, realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ouvidos 3.258 magistrados (in *Informativo da AMB*, edição n. 81, de 22 a 31 de dezembro de 2005), 84% dos entrevistados responderam que na hora de decidir não levam em conta apenas a lei, mas seus efeitos sociais, ou seja, dão ênfase às consequências sociais, porém, observando a lei. Nessa mesma pesquisa, quase a metade dos magistrados consideram a agilidade do Judiciário ruim.

Nas controvérsias envolvendo privatizações, o juiz nunca pode deixar de considerar que o Estado está com a sua capacidade de investimento exaurida, além de ter criado tanta burocracia na sua estrutura administrativa que perdeu a capacidade de prestar serviços adequados. Ninguém gosta de pagar pedágio, por exemplo, sobretudo porque já pagamos pesados impostos que deveriam ser aplicados na malha rodoviária, além do que a cultura predominante em nossa sociedade sempre acredita que os nossos problemas podem ser resolvidos com mais intervenção estatal. Entretanto, a realidade tem demonstrado as precárias condições de trafegabilidade das estradas mantidas pelo poder público, salvo algumas exceções. Segundo dados do Tribunal de Contas da União, a má conservação da malha rodoviária do país, nos últimos 30 (trinta) anos, causou um prejuízo ao patrimônio público brasileiro da ordem de *duzentos bilhões de dólares ou quatrocentos e trinta e quatro bilhões de reais* (jornal *Gazeta do Povo*, edição de 24.11.2006). Portanto, quando o Estado privatiza a exploração de determinada rodovia, o faz por necessidade, a fim de que os gargalos da infraestrutura não prejudiquem o desenvolvimento do país e, por consequência,

2 *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba (PR), 14 jan. 2007.

3 *Curso de Direito Civil brasileiro*. Saraiva.

a própria criação de empregos. Isso não significa que os órgãos reguladores não devam atuar com eficiência, para evitar desvios de finalidade, de tal modo que a concessão ou permissão para a prestação de serviços públicos remunere adequadamente o capital investido e atenda aos interesses do país.

Enfim, quando a Administração Pública, não importa a esfera, não presta serviços confiáveis e não cumpre com o seu dever, tal distorção sempre traz um custo embutido: retraem-se os investimentos no país; aumenta o desemprego; a classe média tem os seus encargos mensais agravados porque, além de recolher valores elevados para a previdência pública, vê-se obrigada a pagar plano de saúde privado, sob pena de não contar, quando precisar, de atendimento adequado; como a segurança pública é deficiente, onera o seu orçamento com seguro de veículo, com segurança domiciliar; a escola pública não é de boa qualidade, etc. Quem viaja, se a estrada for bem conservada, tem que pagar pedágio, ou então, nas precárias estradas sob a responsabilidade da Administração Pública, expõe-se a acidentes e a danos no veículo. Muitos outros exemplos, salvo honrosas exceções, poderiam ser apontados acerca da precariedade dos serviços públicos, mas o que se quer enfatizar com essas ilustrações é a importância da segurança jurídica no contexto de uma sociedade. E nesse contexto, o Judiciário tem papel importantíssimo, sobretudo no desempenho da sua relevante função de solucionar com eficiência as controvérsias que lhe são submetidas a exame, com independência e sem voluntarismos, observando, sobretudo, o princípio da legalidade e as normas constitucionais.

Isso não significa que a atividade do juiz deva se reduzir a simples subsunção dos fatos à norma jurídica. Não é isso que se preconiza, pois o juiz deve ser um homem pensante, inteligente e partícipe de todas as ideias e conhecimentos que formam o patrimônio jurídico de seu país, ou seja, o juiz tem que ser um homem do seu tempo. A objeção que se faz não reside na interpretação evolutiva do direito. Reside, sim, no segmento que preconiza a escola do direito livre ou alternativo, como preferem outros, inspirada na natureza real das relações e nas exigências sociais. Esta corrente não preconiza só o esclarecimento acerca da incerteza do conteúdo da norma ou o preenchimento de sua lacuna. Ao contrário, faz ponto alto da subjetividade do juiz em todo julgamento e segue a sua própria convicção filosófica, ainda que contrária ao sistema jurídico vigente. Nega a neutralidade judicial; diz que a segurança jurídica traz em si uma ideia de imutabilidade, conservação e repetição; salienta que a motivação da sentença deve deixar clara a compreensão do julgador quanto à questão ideológica no funcionamento da sociedade. Para essa corrente, a sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e descobre

a realidade social, mostrando a favor de quem e contra quem está decidindo dentro do espectro social⁴.

O pensamento pluralista é um dos cânones do nosso sistema constitucional e, por isso, merece toda a consideração, mas, exatamente por ser pluralista, está sujeito a concordâncias, críticas e discordâncias. Um dos princípios fundamentais da democracia é a tolerância com a opinião diferente. Essas regras de pesos e contrapesos fazem parte do sistema democrático no campo da liberdade de pensamento. Todavia, com o respeito que nos merecem todas as correntes de pensamento, dizer que o direito alternativo – que, na verdade, não é direito – oferece caminhos sólidos para corrigir as injustiças das estruturas sociais e econômicas vigentes conduz ao enfraquecimento das instituições democráticas e à ditadura pela via judicial, o que não se pode admitir, salvo quando há previsão na própria lei, como ocorre com as chamadas penas alternativas no campo do direito penal.

Não se nega ao juiz a faculdade de aplicar princípios da lei a casos novos ou a dar a princípios da lei sentido novo, desde que não entre em desarmonia com o sistema jurídico do país. Não pode, contudo, o intérprete desviar-se conscientemente da lei, querer reformá-la ou inová-la de acordo com a sua ideologia ou sentimento de justiça. O juiz deve se restringir à sua nobre missão, e não ir mais longe, passando a usurpar o domínio do legislador ou a fazer leitura política da norma legal em desacordo com o sistema jurídico do país. Carlos Maximiliano, citando trabalho de Duque de Noailles, escreve que, sendo “defensor natural das liberdades públicas e privadas, deve o juiz pairar tão alto que nem o favor nem o temor possam atingir a sua consciência e perturbar a imparcialidade serena dos julgamentos. A sua independência é o próprio alicerce das sociedades livres”⁵.

O magistrado nunca pode perder de vista de que “é pelo princípio da legalidade que o Estado de Direito mais se afirma, ou ainda, em outras palavras, não há Estado de Direito sem o princípio da legalidade. Porque não é a qualquer ato jurídico que a concepção moderna de Estado empresta o poder de estabelecer as normas estatuidoras daquilo que o indivíduo está obrigado a fazer ou deixar de fazer. No Estado Democrático de Direito, a única fonte que reconhece tal legitimidade é aquela constituída pelos representantes do povo, que é o órgão legislativo”⁶. Esta é a base que justifica a atuação do magistrado.

4 PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

5 Em sua obra *Constituição Brasileira*.

6 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, v. 2.

Não precisa ser magistrado para saber que nem sempre o julgador pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará em momentos difíceis de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e de equidade, e de aplicar lei que não considera boa. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo, pensam outros órgãos do Estado: o juiz não tem competência para isto, nem deve, nas proposições de reforma, engajar-se em favor de classes ou categorias, quando menos em homenagem às reverências que o cargo lhe confere.

Como ensina Carlos Maximiliano⁷, todo direito escrito encerra uma parcela de injustiça. Parece justa a regra somente quando as diferenças entre ela e o fato são insignificantes, insensíveis. Preceituando de um modo geral, é impossível adaptá-la às mais variadas circunstâncias dos casos particulares. Permitir abandoná-la então, sob o pretexto de buscar atingir o ideal de justiça, importaria em criar mal maior, porque a vantagem precípua das codificações consiste na certeza e na relativa estabilidade das relações jurídicas. A chamada jurisprudência sentimental, bem retratada na figura do juiz Magnaud, não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito. Magnaud, imbuído de ideias humanitárias avançadas, prolatou sentenças em estilo lapidar, porém, afastadas do sistema. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com os que considerava poderosos. Em suas mãos a lei variava segundo a classe, a origem ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição. Era uma espécie de vidente, deslocado do pretório. Passado algum tempo, achou o seu lugar – a Câmara dos Deputados. O fenômeno Magnaud ilustra bem que, quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a lide degenera em loteria. O princípio da legalidade de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (art. 5º, II, CF) tem que ser observado pelo juiz nas suas decisões, sob pena de semear a insegurança nas relações jurídicas, com repercussões negativas para o desenvolvimento do país.

Julgar, decidir, optar por soluções, contrariar interesses não é tarefa fácil para o juiz, mas essa é a sua missão. A realidade da vida que chega ao juiz, no drama envolvido em cada processo, é muito mais complexa e intrincada, exigindo dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e o seu enquadramento em categorias jurídicas. A lei lhe exige que decida com imparcialidade, mas não com indiferença e exagerado apego à literalidade da

7 *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Forense.

norma. Entre duas opções que a lei elege para determinada situação, há que fazer uma escolha axiológica que reflita as aspirações da própria sociedade. Contudo, não pode perder de vista que o sistema ditado constitucionalmente no Estado de Direito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*. A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é imperativo da “livre invenção jurídica”, tendo-se o governo das leis como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos e como imperativo axiológico da segurança jurídica⁸. Portanto, ressalvada a situação excepcional de um abismo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, não há como se admitir que o juiz possa decidir contra o que dispõe a lei.

Algumas palavras sobre a Justiça do Trabalho. A Emenda Constitucional nº 45 ampliou sobremodo a competência material da Justiça do Trabalho. Esse órgão do Poder Judiciário desempenha papel importante, mas os juízes precisam se reciclar para bem decidirem sobre a nova competência. Precisam compreender que, enquanto julgadores, têm que ser imparciais, e a maioria realmente assim se comporta, mas sempre persiste em algumas correntes o viés anticapitalista. Não se pode perder de vista que sem o requisito da imparcialidade não há justiça.

O Ministro João Oreste Dalazen, no livro *Nova competência da Justiça do Trabalho*, LTr, observa: “De que necessitam os juízes do trabalho, a partir da EC 45/2004, em maior ou em menor medida, é superar o vezo de propender para identificar, aqui e acolá, um vínculo empregatício, ou de solucionar as lides apenas sob a ótica das normas e princípios do Direito do Trabalho. Essa postura simplificadora e reducionista do complexo e vasto fenômeno das relações jurídicas de trabalho haverá de ser suplantada, sob pena de a Justiça do Trabalho desprestigiar-se e desmoralizar-se perante a sociedade”.

Pode-se afirmar que não são poucos os equívocos cometidos na caracterização de relações de emprego, normalmente ignorando-se contratos, sobretudo de autônomos, que foram firmados e cumpridos nos termos da lei. Mais do que uma simplificação, cria-se uma insegurança jurídica total, desestimulando-se a dinâmica das relações comerciais. Para beneficiar uma pessoa, a decisão que desrespeita o contrato prejudica centenas. É o protecionismo em desordem e com viés anticapitalista. Aqui se situam, dentre outros, os contratos de representantes comerciais autônomos, os contratos de motoristas autônomos, todos regulados por legislação específica (Leis ns. 4.886/

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. Livraria Jurídica.

65, 7.290/84 e 11.442/07). Esses profissionais, após trabalharem muitos anos por conta própria e usufruírem de retribuição muito superior do que se empregados fossem, terminado o contrato, ajuízam reclamatória na Justiça do Trabalho, e pelo mínimo detalhe, o vínculo acaba sendo reconhecido, incorporando-se, ainda, todas as vantagens recebidas como autônomo. Isso gera um passivo enorme para o contratante, podendo até levá-lo à ruína, como já vem ocorrendo. Os contratos de estágio, também regulado por lei específica, que tantos benefícios têm trazido para a inserção do jovem no mercado de trabalho, também têm sido objeto de algumas decisões que, na ânsia do protecionismo exagerado, acabam por reconhecer o vínculo de emprego, causando enormes prejuízos ao conjunto dos candidatos a estágio.

Essas decisões não se dão conta, ou não se importam com isso, que a imprevisibilidade nos julgamentos judiciais é um forte veneno contra o desenvolvimento do país; retraem-se investimentos; atrasam-se obras de infraestrutura, e não aumenta o mercado de trabalho. Daí ser oportuna a advertência lançada pelo Ministro João Oreste Dalazen, citada em artigo do professor José Pastore, *verbis*: “Ai da sociedade cuja magistratura não saiba aquilatar os impactos econômicos e sociais das decisões judiciais”⁹.

Distante do Judiciário não de ficar, portanto, figuras como a retratada no folclore inglês do juiz Robin Hood, que saqueava os ricos para dar aos pobres. Há uma disciplina jurídica que deve ser observada e nela se insere o dever do juiz de cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício. Quem decide sempre a favor de uma classe ou categoria, sem amparo legal, não cumpre com esse dever, pois o princípio do livre convencimento pressupõe que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos dos autos. Qualquer decisão que não se revista desses pressupostos peca pela parcialidade. E esta mácula é intolerável em relação ao juiz, de quem se exige como pressuposto para o exercício da função a imparcialidade. O juiz não pode confundir independência com livre arbítrio, na medida em que a sua atuação há que se circunscrever nos limites da Constituição e das leis.

Diz bem Manoel Antonio Teixeira Filho (*A sentença no processo do trabalho*, LTr, 3. ed.) que, “como o Estado detém o monopólio da administração da justiça (sendo, portanto, defeso ao indivíduo promover a autotutela de direitos e interesses), o mínimo que se pode esperar é que os juízes, como órgãos estatais, sejam neutros, imparciais, na condução do processo. O dever de neutralidade

9 *Jornal O Estado de S. Paulo*, 28 abr. 2009, p. B2.

da magistratura está expresso em lei (CPC, art. 125, I), que dele não pode se afastar, sob pena de gerar suspeição (art. 135)”.

Cabe destacar, pela sua relevância, decisão do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Milton de Moura França, publicada no DJU de 14.04.2009, sobre o caso Embraer. Diz a decisão:

“Em pleno regime democrático e de direito, a observância fiel ao regramento constitucional e legal é garantia de todos. Independentemente de crises, por mais graves que sejam, é fundamental que todos, sem exceção, submetam-se à normatização vigente, sob pena de fragilização dos direitos e garantias individuais e coletivos que a ordem jurídica constitucional procura proteger. O princípio da legalidade, que impõe a todos nós, sem exceção, obrigação, permissão e proibição, não pode e nem deve se constituir em simples moldura do sistema jurídico. É fundamental que seja manejado com absoluta disciplina, em qualquer situação, por mais grave e extrema que seja, de forma a preservar as regras normativas que lhe dão eficácia e norteiam o comportamento de toda a sociedade. É imperativo, pois, que sejam observadas as normas positivas em vigor no país, requisito fundamental para a prática e garantia dos atos jurídicos, que devem estar em absoluta sintonia com o princípio da legalidade. E, como consequência, cabe ao Judiciário Trabalhista, no contexto da competência que lhe é reservada, exigir, primordialmente, o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas, atento a essa realidade jurídico-constitucional. Assim, revela-se estranho à sua destinação constitucional, data vêniam, porque viola direitos, que, igualmente, são protegidos por lei, ao impor, ao arrepio dessa mesma normatização vigente, obrigações outras, sob pena de criar insegurança e instabilidade jurídica àqueles que praticam atos e realizam negócios em uma sociedade legitimamente organizada. Não se sustenta, assim, ante esse contexto, o argumento de que a requerente teria, pois, ofendido a personalidade humana, em especial a dos seus trabalhadores dispensados, porque as dispensas, repita-se, foram alicerçadas em comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica, que recebe, igualmente, proteção na ordem constitucional e legal do país. Não encontra agasalho, igualmente, a afirmativa de que teria sido violado o art. 7º, I, da Constituição Federal, que, relembre-se, ainda depende até mesmo de regulamentação. O dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei

complementar, que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional. Embora louvável, também não procede, por absoluta falta de amparo legal, o argumento de que a requerente estava obrigada a negociar com o sindicato profissional a dispensa dos trabalhadores. Não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação. Daí a precariedade jurídica, data vênua, da r. decisão hostilizada, quando se utiliza desse fundamento para protrair os efeitos das rescisões contratuais. Portanto, a concessão da liminar para suspender as dispensas operadas desde o dia 19.02.2009, que teve como fundamento, entre outros, a afirmativa de não haver justa causa ou não ter a recorrente demonstrado estar em dificuldades financeiras capazes de comprometer suas atividades econômicas, não se mostra razoável (fl. 397). Com efeito, as gravíssimas repercussões da crise econômica, com reflexos altamente danosos à requerente, que tem participação marcante no mercado internacional, que, igualmente, sofre os efeitos de seriíssima recessão, restaram plenamente demonstradas nos autos. Logo, evidenciada está a motivação das dispensas, devendo ser salientado, ainda, como reforço a essa conclusão, o inquestionável fato de que quase todos os segmentos produtivos do país estão sofrendo as mesmas consequências desse terremoto financeiro, como diariamente noticiam todos os meios de comunicação. Por isso mesmo não se pode deixar de reconhecer que a recorrente nada mais fez do que exercer seu direito de legitimamente denunciar contratos de trabalho, em observância estrita das leis vigentes, com pagamento de todas as verbas devidas. Logo, porque os trabalhadores dispensados não estavam protegidos por estabilidade ou garantia de emprego, como reconhece o próprio Regional (fls. 435, b), impõe-se a conclusão, de acordo com princípio da legalidade, que a recorrente demonstrou estar com o bom direito (*fumus boni juris*), pressuposto essencial para o acolhimento de seu pedido. Também no que se refere ao *periculum in mora*, a requerente demonstra sua existência. Sua judiciosa manifestação à fls. 30 bem revela a impostergável necessidade da concessão do efeito suspensivo ao seu recurso ordinário. Realmente: ‘É de notar que o acórdão regional determinou, por exótico que possa parecer, o pagamento de todas as verbas inerentes a contratos de trabalho já rescindidos e a extensão dos contratos de trabalho até 13.03.2009. Essa determinação está causando problemas evidentes de prever, tais como medidas requeridas por esses empregados que, vendo o restabelecimento de seu extinto contrato de trabalho, obtiveram do mesmo tribunal medida para assegurar a sua inscrição e participação na eleição da CIPA para obter por via indireta a

garantia da estabilidade, conforme documento anexo. Além disso que está ocorrendo conforme documentos juntados ao presente, acresce que a medida não ressalvou os valores já pagos, multiplicando assim os prejuízos das ora requerentes, que já despenderam mais de R\$ 50 milhões de reais no pagamento de indenizações e verbas adicionais aos despedidos. Logo, a condição do *periculum in mora* é flagrante, amparando plenamente, por este aspecto, o presente pedido de efeito suspensivo'. A verossimilhança dessa sua afirmativa encontra integral apoio nos autos, uma vez que a decisão de fls. 107/110 assegura, efetivamente, por força de liminar em cautelar, o direito de cerca de 15 trabalhadores, todos já dispensados, frise-se, de participarem da eleição da CIPA. Realmente, todo esse contexto revela, data vênua, o equívoco da decisão, se considerado que as dispensas foram em caráter definitivo, em 19.02.2009, e todas elas acompanhadas do devido pagamento de indenizações, reafirme-se mais uma vez, parcelas que, como não se desconhece, são manifestamente incompatíveis com a projeção da relação empregatícia até 13.03.2009. Presentes, pois, ambos os pressupostos da cautelar, conclusão fruto de cognição sumária, própria da natureza do procedimento, defiro o pedido, para conceder efeito suspensivo ao recurso ordinário até seu final julgamento por esta Corte. Oficie-se ao juiz-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, encaminhando-lhe cópia desta decisão. Publique-se. Brasília, 13 de abril de 2009. Firmado por assinatura digital.” (Processo nº AG-ES-207.660/2009-000-00-00.7, divulgado no DEJT 14.04.2009, MP 2.200-2/2001, Milton de Moura França, Ministro Presidente do TST)

Esta decisão, emanada do presidente da mais alta Corte Trabalhista do país, além de ser didática, põe em destaque a importância de o magistrado, nas suas decisões, observar o sistema jurídico vigente. Não se pode penalizar quem age nos estritos termos da lei, sob pena de semear a insegurança jurídica, tão prejudicial ao sistema democrático.

Na mesma linha de se exigir a observância do sistema jurídico vigente, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, em declarações reproduzidas pelo jornal *O Estado de S. Paulo* do dia 26 de fevereiro de 2009, p. A13, referindo-se às invasões de propriedades privadas pelo MST, destacou que “o financiamento público de movimentos que cometem ilícitos é ilegal, é ilegítimo. No Estado de Direito, todos estão submetidos à lei. Não há soberanos. Se alguém pode invadir sem autorização judicial, ele se torna soberano, logo está num quadro de ilicitude”. Embora o presidente do Supremo tenha apenas proclamado a rigorosa observância ao princípio da legalidade,

DOUTRINA

não lhe faltaram críticas e até insultos, naturalmente da parte daqueles que não têm nenhum apreço pelo Estado Democrático de Direito, a não ser quando a lei atende aos seus interesses, condição em que ela é válida e deve ser aplicada.

A observância da lei, portanto, é um atributo do Estado Democrático de Direito, pois como já proclamara Ferrara, “só com esta condição se pode alcançar aquela objetiva segurança jurídica, que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética proteção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do caráter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se queremos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito”¹⁰.

10 FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Armênio Amado, trad. de Domingos de Andrade.

Notas e Comentários

ORDEM DO MÉRITO JUDICIÁRIO DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho realizou no dia 11 de agosto a tradicional solenidade anual de entrega das comendas da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho. Desde que foi criada, em 1970, a Ordem do Mérito homenageia pessoas e instituições que se destacaram em suas atividades ou profissões ou prestaram relevantes serviços ao país.

Seguem, abaixo, os agraciados deste ano:

Grã Cruz

José Roberto Arruda, governador do Distrito Federal

José Múcio Monteiro Filho, ministro-chefe da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República

José Barroso Pimentel, ministro da Previdência Social

Carlos Alberto Marques Soares, ministro presidente do Superior Tribunal Militar

Grande Oficial

José Carlos Machado, deputado federal

Eduardo Bacellar Leal Ferreira, comandante do 7º Distrito Naval

Américo Salvador de Oliveira, comandante Militar do Planalto

Lina Maria Vieira, ex-secretária da Receita Federal

Leonardo Moreira Prudente, presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal

Gilberto Carvalho, chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República

Luiz Carlos Trabuço Cappi, diretor presidente do Banco Bradesco S/A

Tarcísio Alberto Giboski, ex-presidente do TRT da 3ª Região

Rosalie Michael Bacila Batista, presidente do TRT da 9ª Região

Gerson de Oliveira Costa Filho, ex-presidente do TRT da 16ª Região

Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, presidente do TRT da 24ª Região

José Vicente, reitor da Faculdade da Cidadania Zumbi dos Palmares

Eda Coutinho Barbosa Machado de Souza, diretora-geral do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

NOTAS E COMENTÁRIOS

Comendador

José Cruz Macêdo, desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Manoel de Queiroz Pereira Calças, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Luiz Carlos de Azevêdo Corrêa Junior, diretor do Fórum Lafayette de Belo Horizonte

Raul Freitas Pires de Saboia, juiz do Tribunal Regional Eleitoral (DF)

Amélia Valadão Lopes, juíza aposentada do TRT da 1ª Região

Sônia Maria de O. Prince Rodrigues Franzini, vice-presidente do TRT da 2ª Região

Carmem Camino, juíza aposentada do TRT da 4ª Região

Celsemy Manoel Andrade, juiz aposentado do TRT da 5ª Região

André Rodrigues Pereira da Veiga Damasceno, juiz do TRT da 10ª Região

Brasilino Santos Ramos, juiz do TRT da 10ª Região

Robson Braga de Andrade, presidente da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais

Renato de Oliveira Rodrigues, consultor sindical da Confederação Nacional do Comércio

Ana Frazão de Azevedo Lopes, diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Wagner Balera, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Marcos Pereira Ávila, professor da Universidade Federal de Minas Gerais

Luiz Werneck Vianna, professor do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Oficial

Luiz Sérgio Lacerda Gonçalves, comandante-geral da Polícia Militar do Distrito Federal

Carlos Alberto do Couto Ramos Fico, comandante do 1º Regimento de Cavalaria de Guarda do Exército – Dragões da Independência

Ilson Alves Pequeno Júnior, juiz da 1ª Vara do Trabalho de Rio Branco

Geraldo de Genaro, servidor aposentado do TST

TST PROMOVE O II ENCONTRO NACIONAL SOBRE LEGISLAÇÃO ESPORTIVO-TRABALHISTA

O Tribunal Superior do Trabalho promoveu, em 21 de agosto, o II Encontro Nacional sobre Legislação Esportivo-Trabalhista, em que se discutiram vários aspectos jurídicos relacionados à prática esportiva nacional dos atletas de futebol. Entre outras personalidades, o TST contou com a presença do ministro dos Esportes, Orlando Silva, e do presidente da Confederação Brasileira de Futebol, Ricardo Teixeira.

A proposta do evento foi aprofundar o debate acerca do mundo jurídico-desportivo, envolvendo magistrados, advogados e especialistas. Para isso, foram realizados cinco painéis sobre diversos temas relacionados com o direito esportivo-trabalhista. Seguem, abaixo, os temas dos painéis:

Painel 1 – *A organização do desporto no Brasil. Jurisdição desportiva, comum e do trabalho. Medidas especiais. Antecipação de tutela. Execução concentrada*

Painel 2 – *Contrato de trabalho do jogador de futebol e os requisitos mínimos exigidos pela Fifa. Peculiaridades e especificidades. Acidente de Trabalho. Questões controvertidas sobre a lei aplicável no Brasil*

Painel 3 – *Regulamento da Fifa. Concessão de licenças dos clubes. Compatibilidade das regras de transferência do regulamento da Fifa frente à legislação brasileira*

Painel 4 – *Formação do atleta. Êxodo do menor. Transferência. Mecanismo de solidariedade. Indenização por formação. Questão da prevenção do doping no esporte. Direito coletivo. Greve*

Painel 5 – *Rescisão do contrato de trabalho. Cláusula penal. “Contrato de gaveta”. Direito de imagem e direito de arena. Remuneração. Jornada de trabalho. Dano moral*

Jurisprudência Temática

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO RECURSO DE REVISTA

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO RECURSO DE REVISTA. EMPREGADOS PROVADORES DE CIGARRO. Tendo em vista o fato de a empresa ter sido impedida de aferir e controlar a qualidade dos bens produzidos por ela, aliado à infringência ao princípio isonômico – uma vez que as outras empresas do mesmo ramo não foram alvo de ação civil pública –, configura-se indubitável a presença dos requisitos da presente ação. A par da discussão dos efeitos produzidos à saúde do trabalhador e dos consumidores de cigarro, bem como da louvável atuação do Ministério Público do Trabalho, a realidade é que a empresa desenvolve atividade lícita em nosso país. Não se pretende sobrepor o capitalismo à saúde do empregado, mas sim, dar-se guarida ao princípio isonômico inserto na Constituição Federal, o qual também deve ser estendido à pessoa jurídica.

Ação cautelar que se julga procedente para atribuir efeito suspensivo ao recurso de revista interposto na Ação Civil Pública, até o seu julgamento final.

(Processo nº TST-AC-202.843/2008-000-00-00 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Cautelar nº TST-AC-202843/2008-000-00-00.6, em que é autora Souza Cruz S/A e réu Ministério Público do Trabalho.

Souza Cruz S/A propõe ação cautelar inominada incidental, com pedido de liminar *inaudita altera pars*, pretendendo obter efeito suspensivo ao recurso de revista interposto. Busca sustar todos os atos decorrentes da execução provisória, até o julgamento final do processo, em especial a obrigação de não fazer, que consiste na abstenção de utilizar-se de empregados (provadores), nos testes de cigarros.

Liminar deferida *inaudita altera pars*, às fls. 538/539.

Contestação às fls. 551/560.

Agravo regimental às fls. 562/570.

Decisão denegatória do agravo regimental às fls. 575/577.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, tendo em vista a atuação do órgão como parte na demanda.

É o relatório.

VOTO

Passo à análise meritória da ação cautelar.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região manteve a sentença prolatada na ação civil pública (fls. 161/170) em que, acolhendo as alegações do Ministério Público do Trabalho, impingiu à empresa as seguintes condenações: obrigação de não fazer, no sentido de proibi-la de se utilizar de mão-de-obra para a prova dos cigarros, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00; obrigação de fazer que consiste em manter e garantir assistência médica aos trabalhadores, por trinta anos, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00; e obrigação de fazer, referente a tratamento antitabagista aos empregados, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00. Com base em tais argumentos, julgou improcedente a ação cautelar (fl. 292). Às fls. 313/315, aplicou a multa por embargos de declaração protelatórios. Às fls. 354/468, a empresa interpôs recurso de revista.

Com efeito, todo o trâmite dos autos demonstrou que a autora logrou demonstrar que a decisão regional, ao lhe impor a condenação acima retratada, sem que se consubstancie o julgamento definitivo da demanda, poderá causar gravame direto à sua atividade.

Tal alegação da empresa advém do fato de ter sido obstada de aferir e controlar a qualidade dos bens por ela produzidos, aliado à infringência ao princípio isonômico, visto que outras empresas do mesmo ramo não foram alvo da referida ação civil pública.

Como já ressaltado em decisão anterior, a par da discussão dos efeitos produzidos à saúde dos empregados e consumidores de cigarro, bem como da louvável atuação do Ministério Público do Trabalho, a realidade é que a autora desenvolve atividade lícita em nosso país.

Nesse contexto, a execução provisória, sem que o recurso de revista seja julgado nesta instância recursal, certamente irá afetar a empresa, ante o empecilho de executar sua atividade de forma plena; por consequência, ficará prejudicada na livre-concorrência da iniciativa privada, pois não poderá se valer de todos os meios para o controle de qualidade de sua produção – problema que não ocorrerá com as suas concorrentes.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Outrossim, eventual descumprimento da determinação, por parte da requerente, com o posterior pagamento de pena pecuniária, também lhe será prejudicial, ante a plausível impossibilidade de reaver os valores quitados, na medida em que a imposição é de enorme monta.

Imperioso ainda salientar que não se está sobrepondo o capitalismo à saúde do trabalhador, mas sim dando guarida ao princípio isonômico inserto na Constituição Federal, o qual também deve ser estendido à pessoa jurídica.

Indiscutível o cabimento da presente medida.

Portanto, com vistas a resguardar o resultado útil do processo principal, impõe-se a confirmação da liminar deferida, julgando-se procedente a pretensão acautelatória, para atribuir efeito suspensivo ao recurso de revista interposto na Ação Civil Pública nº TST-RR-1203/2003-015-01-00.8, até o seu julgamento final.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, julgar procedente a pretensão acautelatória, para atribuir efeito suspensivo ao recurso de revista interposto na Ação Civil Pública nº TST-RR-1203/2003-015-01-00.8, até o seu julgamento final.

Brasília, 19 de agosto de 2009. *Pedro Paulo Manus*, relator.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS. EFEITOS

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EFEITOS. Consagrado o entendimento de que “a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação” (OJ 361/SDI-I do TST), é inaplicável à hipótese a Súmula nº 363/TST, verbete de jurisprudência que se tem por aparentemente contrariado.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA. REJULGAMENTO DA CAUSA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. NÃO-OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EFEITOS. Não obstante

a vedação do art. 836 da CLT – quanto ao conhecimento, pelos órgãos da Justiça do Trabalho, de questões já decididas – e a necessidade de observância do princípio do devido processo legal processual, impõe-se a “revisitação dos institutos do processo”, no dizer de Barbosa Moreira, e a consequente releitura desse preceito legal à luz do princípio da celeridade, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, bem como a realização de concordância prática, ou harmonização, daquele postulado com o da razoável duração do processo, em exercício de juízo de ponderação, fulcrado no princípio da proporcionalidade, entre os valores em confronto, “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007). A preponderância do princípio da celeridade em detrimento do princípio do devido processo legal processual, no caso, orienta-se antes de mais nada, pela certeza de que a incidência daquele, em maior grau, importará na outorga de maior amplitude ao princípio do devido processo legal substancial, visto que garantirá o respeito a direito fundamental da trabalhadora, ao assegurar a efetividade do processo, fazendo emergir a finalidade social para a qual deve esse existir. Tal prevalência concorrerá, também, para a concretização do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III), considerado o objeto principal desta ação, reintegração ao emprego. A não-retratação desta Corte, quanto à decisão anteriormente proferida por esta Terceira Turma, com base na hoje cancelada OJ 177 da SDI-1/TST, desafiará as medidas, junto ao STF, que toda a legislação recente objetivou evitar. Ante o reconhecimento presumido de repercussão geral, relativamente à matéria objeto deste recurso de revista (RISTF, art. 323, § 1º), a retratação é medida que se impõe a fim de evitar a cassação ou reforma liminar, por aquela Corte, do acórdão proferido em desacordo com a orientação por ela firmada (CPC, art. 543-B, § 3º). Na esteira, então, da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SDI-1/TST – que estabeleceu a unicidade do contrato de trabalho do empregado que permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação –, esta Corte vem firmando entendimento de que, sendo uno o contrato de trabalho antes e após a aposentadoria espontânea, não há falar em necessidade de aprovação em concurso público, após a aposentadoria, para a continuidade da prestação dos serviços, pelo empregado de sociedade de economia mista ou empresa pública. Reconhecida, nesse contexto, a unicidade do contrato de trabalho – e, afastadas, em consequência, a prescrição nuclear quanto ao período anterior à jubilação e a nulidade do contrato havido após a aposentadoria, declarada em razão da ausência de concurso público para esse período, bem como reconhecida, pelo TRT, estabilidade decenal à

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

autora, porque, além de contar com mais de 10 (dez) anos de serviço, não optara pelo FGTS –, cumprir dar provimento ao recurso para restabelecer o acórdão regional em que determinada a reintegração da reclamante ao emprego, com o pagamento das vantagens e salários vencidos e vincendos referentes ao período de afastamento, excluindo da condenação, em face do acolhimento do pedido principal, as verbas decorrentes da decretação da nulidade do contrato do período posterior à jubilação, deferidas pelo TRT, com base na Súmula nº 363/TST, após esta Corte ter afastado, com base na OJ 177 da SDI-1/TST, o comando de reintegração.

Recurso de revista conhecido, por contrariedade à Súmula 363/TST, e parcialmente provido.

(Processo nº TST-RR-560/1998-011-05-40 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-560/1998-011-05-40.8, em que é recorrente Clélia Bispo de Araújo e recorrida Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF.

Mediante a decisão das fls. 63-73, complementada às fls. 82-6, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para, “decretando a nulidade da sua despedida, considerar único o vínculo empregatício da autora e determinar a reintegração da mesma ao emprego (...)”. Ao exame do recurso da reclamada, também lhe deu provimento parcial para excluir da condenação “as parcelas rescisórias deferidas (13º salário e férias proporcionais acrescido do abono normativo; saldo de salário de 14 dias em dobro e liberação de saldo de FGTS; multa do art. 477, § 8º, da CLT), bem como a indenização prevista em acordo coletivo, no valor de R\$ 360,74 (...)”.

Esta Terceira Turma, por meio do acórdão das fls. 109-13, da lavra do Exmo. Juiz Convocado Luiz Ronan Koury, deu provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada para excluir da condenação o comando de reintegração ao emprego, com devolução dos autos para que o Tribunal de origem julgasse o pedido sucessivo formulado pela reclamante. Entendeu este Colegiado que “a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário” (fls. 112-3).

Os embargos à SDI, interpostos pela reclamante, não foram conhecidos (fls. 123-5), ao fundamento, em síntese, de que pacificada a discussão em torno dos efeitos da aposentadoria espontânea, por meio da OJ 177 da SDI-1/TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ao apreciar o pedido sucessivo formulado pela autora, em cumprimento ao acórdão das fls. 109-13, o TRT da 5ª Região deu parcial provimento ao recurso ordinário obreiro para, “reformando a sentença de primeiro grau e o acórdão desta 1ª Turma aqui referidos, condenar a reclamada apenas à liberação dos depósitos do FGTS sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento do equivalente” (fls. 132-5 e 141-2).

Com vista à reforma dessa decisão, a reclamante interpõe o recurso de revista das fls. 144-8, com fulcro no art. 896 da CLT.

Por meio do despacho das fls. 151-3, a Presidência do Tribunal Regional denegou seguimento a esse apelo revisional, por considerar não configurados os pressupostos do permissivo consolidado.

Visando ao regular processamento do seu recurso, a demandante interpôs o agravo de instrumento das fls. 1-13.

Contraminuta e contrarrazões foram apresentadas às fls. 159-63 e 165-8, respectivamente.

Feito não submetido ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, forte no art. 83 do Regimento Interno do TST.

Autos redistribuídos (fl. 209).

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

“Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento e passo ao exame do mérito”.

O juízo primeiro de admissibilidade, ao exame do(s) tema(s) “recurso de revista – aposentadoria espontânea – continuidade da prestação de serviços – nulidade por ausência de concurso público”, denegou seguimento ao recurso de revista, *verbis*:

“Trata-se de revista interposta contra o Acórdão Regional, que condenou a reclamada à liberação dos depósitos do FGTS, sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento equivalente.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Inconformada, a demandante investe contra o Julgado Turmário, sob o fundamento de contrariedade à Súmula nº 363 do c. TST, assim como aduz que tem direito ao saldo de salário do último mês trabalhado, argumentando que a CF não admite trabalho gratuito.

A Revista não merece seguimento. Registre-se que o c. TST, consoante o Acórdão de fls. 464/468, confirmou o entendimento de que ‘a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário’, pelo que excluiu da condenação a reintegração ao emprego deferida, determinando o retorno dos autos a este Regional, para julgamento do pedido sucessivo formulado pela reclamante.

Por sua vez, a e. Turma Julgadora, em cumprimento ao quanto determinado pela Superior Corte Trabalhista, proferiu nova decisão, adotando o entendimento, no que tange ao período posterior à aposentadoria, no sentido de que a reclamada consubstancia uma sociedade de economia mista federal, vinculada ao grupo Eletrobrás, sendo, portanto, integrante da Administração Pública indireta da União, pelo que a admissão ou permanência da autora no emprego dependeria de prévia aprovação em concurso público, requisito este que não foi observado, implicando, por via de consequência, na nulidade da contratação, a teor do art. 37, II e §2º, da CF.

Nesta esteira, concluiu que a reclamante, ante a nulidade do contrato, somente faz jus ao pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme o verbete inserto na Súmula nº 363 do c. TST, razão pela qual condenou a reclamada à liberação dos depósitos do FGTS, sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento equivalente.

Quanto à insurgência relativa ao saldo de salário do último mês trabalhado, cumpre anotar que, na eventual omissão de fundamentação do *decisum*, cumpre à parte opor embargos de declaração, de forma a atender não só a exigência do art. 93, IX, da CF, como, também, ao prequestionamento do elemento fático-legal.

Nesta esteira, constata-se que a matéria em comento não foi objeto dos Embargos de Declaração de fls. 532/533, pelo que incide, na espécie, a preclusão contemplada nas Súmulas ns. 184 e 297 do c. TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Desta forma, a pretensão revisional, de fato, não pode prosperar, primeiro porque a Decisão Regional encontra-se em consonância com a jurisprudência notória, iterativa e atual da Superior Corte trabalhista, segundo em razão da recorrente não ter logrado demonstrar qualquer vilipêndio à súmula referenciada nas razões de seu apelo e, por último, porque constata-se que o entendimento esposado pela e. Turma Julgadora decorreu, essencialmente, da razoável interpretação ao caso concreto, pelo que o reexame da matéria, em sede de recurso de revista, mostra-se inviável, pois constitui proceder legalmente incompatível com a competência do Tribunal *ad quem*, esbarrando o apelo, também, no quanto preconizado na Súmula nº 221 do c. TST.

Desatendidos, nestas circunstâncias, os requisitos de admissibilidade do recurso, entendo desaparelhada a revista.

Conclusão

Nego seguimento.”

Na minuta, o(a) agravante repisa as alegações trazidas na revista, insistindo preenchidos os requisitos do art. 896 da CLT. Repisa a violação dos arts. 6º, IV e VI, 37, II e § 2º, da Constituição da República, 453, § 1º e 2º, e 477 da CLT, bem como a contrariedade à Súmula nº 363/TST.

Com razão.

Acerca dos efeitos da aposentadoria espontânea sobre o contrato de trabalho, esta Corte, em sua composição Plena (sessão em 25.10.2006), decidiu pelo cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-I, em decorrência do julgamento do mérito das ADIs 1721-3 e 1770-4, pelo Supremo Tribunal Federal, em 11.10.2006.

Nos referidos arestos, foi declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT e se entendeu que a tese da extinção do contrato de trabalho pela aposentadoria espontânea ofende a Carta Magna.

Cumprе ressaltar que, mesmo a declaração de inconstitucionalidade alcançando apenas os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, idêntica linha de raciocínio foi seguida quanto ao *caput* do referido dispositivo.

Dessarte e, porquanto nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SDI-I, hoje entende esta Corte Superior que é uno o contrato de trabalho, ante a continuidade na prestação de serviços após a aposentadoria espontânea, em princípio, não há falar em nulidade do pacto laboral pela ausência de submissão da agravante a concurso público.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Verifico possível contrariedade à Súmula nº 363/TST, pelo que dou provimento ao agravo de instrumento para, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do processo e o regular processamento do recurso de revista, no efeito devolutivo.

Agravo de instrumento provido.

B) RECURSO DE REVISTA

I – CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O recurso é tempestivo (fls. 143 e 144) e tem representação processual regular (fl. 14).

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EFEITOS

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pelo acórdão das fls. 132-5, complementado às fls. 141-2, deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante, consignando *verbis*:

“RELATÓRIO

Ambas as partes recorreram da sentença de fls. 299/300, complementada pela de fl. 313, que julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista ajuizada por Clélia Bispo de Araújo contra a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, tendo esta 1ª Turma, através do acórdão de fls. 369/379, complementado pelo de fls. 391/395, afastado o entendimento do juízo de primeiro grau no sentido de que a aposentadoria voluntária é causa de extinção do contrato de trabalho e acolhido o pleito da reclamante de reintegração no emprego.

No entanto, acolhendo recurso de revista interposto pela reclamada, houve por bem a 3ª Turma do egrégio Tribunal Superior do Trabalho, através do acórdão de fls. 464/468, confirmar o entendimento de que ‘a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário' e, em consequência, excluir da condenação a deferida reintegração ao emprego, determinando o retorno dos autos a este egrégio Tribunal para julgamento do pedido sucessivo formulado pela reclamante.

Porque importante ao deslinde da ação transcreve-se o seguinte trecho dos fundamentos daquele acórdão:

‘Como a aposentadoria voluntária importa na extinção do contrato de trabalho, não há que se cogitar de dispensa imotivada e, conseqüentemente, da reintegração ao emprego decorrente da estabilidade decenal ou indenização em dobro pela dispensa de empregado estável.

Assim, dou provimento para excluir da condenação a determinação de reintegração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgar o pedido sucessivo, apreciado em primeiro grau, cuja análise restou prejudicada na instância revisora com o acolhimento do pedido principal’.

Dessa forma, o exame do pedido sucessivo formulado pela reclamante deverá se proceder compatibilizando-o com o recurso da reclamada, ante as teses opostas defendidas em relação aos efeitos da aposentadoria voluntária no contrato de trabalho.

É o relatório.

VOTO

Na inicial, além do pedido principal de reintegração no emprego, afastado pelo TST, formulou a reclamante pedido sucessivo de pagamento de verbas rescisórias típicas da rescisão imotivada do contrato de trabalho, que foram parcialmente deferidas pelo juízo de primeira instância, porém indeferidas por este Regional.

Para melhor entendimento da matéria, assinala-se que *a reclamante aposentou-se voluntariamente em 21 de setembro de 1994 (fl. 18) e permaneceu no emprego até 14 de novembro de 1997, quando teve seu contrato de trabalho rescindido em virtude da inobservância do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (fl. 17).*

Quanto ao período do vínculo empregatício vigente até 21/9/1994 e extinto em virtude da aposentadoria, nada é devido à reclamante, inclusive porque incidente a prescrição total do direito de reclamar qualquer verba relativa ao aludido período, conforme arguido pela

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

reclamada em sua defesa, ante o ajuizamento desta ação em 13/3/1998, ou seja, mas de dois anos após a extinção do contrato.

Já em relação ao período posterior à aposentadoria, em *sendo a reclamada uma sociedade de economia mista federal, vinculada ao grupo Eletrobrás e, portanto, integrante da chamada administração pública indireta da União, a admissão ou permanência da reclamante no emprego dependeria de prévia aprovação em concurso público, o que não foi observado, implicando a nulidade da contratação, conforme o disposto no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal.*

Em sendo nulo o contrato, somente faz jus à reclamante ao pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme Súmula nº 363 do TST, haja vista a impossibilidade de as partes retornarem à situação anterior à irregular contratação, até porque não teria a reclamada como devolver a força de trabalho despendida pela empregada.

Diante disso, merecem reforma tanto a sentença de fls. 299/300, complementada às fls. 313, como o acórdão de fls. 369/379, complementado às fls. 391/395, para condenar-se a reclamada apenas à liberação dos depósitos do FGTS, sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento do equivalente.

Assim dou provimento parcial ao recurso da reclamante para, em reformando a sentença de primeiro grau e o acórdão desta 1ª Turma aqui referidos, condenar a reclamada apenas à liberação dos depósitos do FGTS sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até de novembro de 1997 ou pagamento do equivalente.”

Os embargos de declaração opostos pela reclamante foram rejeitados, ao seguinte fundamento (fls. 141-2):

“APOSENTADORIA

Alega a embargante que o acórdão retro foi omissivo ao não apreciar sua alegação de que a aposentadoria não extingue o contrato de trabalho.

Sem razão a embargante, pois foi esclarecido no relatório que apenas prosseguimos no julgamento do feito em face do decidido pelo TST às fls. 516/518, que considerou que a aposentadoria extingue o contrato. Essa matéria, portanto, já estava decidida.

Isso posto, *nego provimento aos embargos de declaração.”*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dessa decisão a reclamante interpõe o recurso de revista das fls. 144-8. Alega não ser nulo o contrato de trabalho havido após a aposentadoria, sendo devidas as verbas rescisórias decorrentes da despedida imotivada. Requer o sobrestamento do feito até o julgamento das ADIns 1.770-4 e 1.721-3 pelo STF, bem como posterior aplicação da decisão daquela Corte para que, reconhecido que “a aposentadoria não extingue o contrato”, sejam deferidos os pedidos “principais ou sucessivos (parcelas rescisórias, FGTS com 40%) indenização de antiguidade e saldo de salário” (fl. 148). Aponta violação do art. 6º, IV e VI, da Constituição da República, bem como contrariedade à Súmula nº 363/TST.

Razão parcial assiste à recorrente.

Consoante gizado na decisão regional, “a reclamante aposentou-se voluntariamente em 21 de setembro de 1994 (fl. 18) e permaneceu no emprego até 14 de novembro de 1997, quando teve seu contrato de trabalho rescindido em virtude da inobservância do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal (fl. 17)”.

Relativamente a esse período posterior à aposentadoria, entendeu o Colegiado *a quo* que, “sendo a reclamada uma sociedade de economia mista federal, vinculada ao grupo Eletrobrás e, portanto, integrante da chamada administração pública indireta da União, a admissão ou permanência da reclamante no emprego dependeria de prévia aprovação em concurso público, o que não foi observado, implicando a nulidade da contratação, conforme o disposto no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal”.

Em face, então, do reconhecimento da nulidade da contratação, concluiu a Corte de origem que “faz jus a reclamante ao pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, conforme Súmula nº 363 do TST, haja vista a impossibilidade de as partes retornarem à situação anterior”.

Esta Corte, entretanto, na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SDI-1/TST – que estabeleceu a unicidade do contrato de trabalho do empregado que permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação –, firmou entendimento de que, sendo uno o contrato de trabalho havido antes e após a aposentadoria espontânea, não há falar em necessidade de prévia aprovação em concurso público para a continuidade da prestação dos serviços, pelo empregado de sociedade de economia mista ou empresa pública, após a aposentadoria espontânea e, conseqüentemente, em ausência do direito à percepção das verbas deferidas em face da dispensa imotivada. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DO FGTS. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A partir da interpretação do art. 453 da CLT adotada pelo c. Supremo Tribunal Federal, já não subsiste o entendimento de que a aposentadoria espontânea é causa de extinção do contrato de trabalho, o que ensejou o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da Subseção I de Dissídios Individuais desta c. Corte. Logo, o empregado que se aposentar voluntariamente ou pede demissão para tanto ou se aposenta sem pedir demissão. No primeiro caso, ele próprio extinguiu o contrato. No segundo, o vínculo permanece, – porque nem a lei exige nem o empregado quis sua extinção. Daí –só se poderá falar na *accessio temporis*– do art. 453 da CLT se o empregado tiver resilido o contrato para aposentar-se voluntariamente e sido readmitido pelo empregador, após a aposentadoria. *A continuidade da prestação laborativa após o jubileamento visualiza unidade da relação empregatícia, pelo que não há se falar na exigência prevista no art. 37, II, da Constituição Federal.* Tendo em vista o fato de que o v. acórdão ora embargado decidiu a controvérsia em harmonia com a jurisprudência criada por ocasião do cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1, inviável o conhecimento dos presentes embargos, ante o óbice do verbete sumular nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT. Recurso de embargos não conhecido.” (E-RR – 969/1998-021-15-00.2, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 01.10.07, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 26.10.07, destaquei)

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. PERMANÊNCIA DA ATIVIDADE LABORAL. VALIDADE DO SEGUNDO CONTRATO DE TRABALHO. Diante do entendimento do STF, no julgamento das ADIns 1.721-3 e 1770-4, nas quais se declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, esta Corte promoveu o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 177 da SBDI-1, firmando o entendimento de que a aposentadoria espontânea não acarreta a extinção do contrato de trabalho. *Partindo-se da premissa de que há a unicidade contratual, não prospera a alegação de nulidade do pacto surgido após a jubilação.* Estando a decisão turmária em consonância com o recente posicionamento desta Corte, a admissão do Recurso encontra-se obstaculizada

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pela Súmula nº 333 do TST. Recurso de Embargos não conhecido.” (E-RR-1286/2000-006-19-00.3, Rel^a Min^a Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 11.12.08, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 19.12.08, destaquei)

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NOVO CONTRATO DE TRABALHO. INTERPRETAÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que afastou a interpretação dada ao art. 453 da CLT pela Corte, no sentido de que a aposentadoria espontânea necessariamente extingue o contrato de trabalho, torna-se inócua a discussão da necessidade de concurso público para se validar a prestação de serviço ocorrida após a aposentadoria espontânea do Autor, já que, tendo havido contrato único, não se há falar em continuidade da prestação de serviços do aposentado. Assim, não há como se indeferir o pagamento das verbas rescisórias relativamente ao segundo contrato, sob o argumento de que o rompimento do contrato laboral, após a aposentação espontânea do empregado, gera extinção do vínculo empregatício, tampouco há de se falar em necessidade de prestação de concurso público, nos moldes do art. 37, II e § 2º, da CFB/88. Embargos de ambas as partes não conhecidos.” (E-ED-RR – 749947/2001.0, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 20.11.08, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 05.12.08)

Como já assinalado, concluiu o Tribunal de origem, no caso, pela nulidade da contratação e indeferimento das verbas rescisórias decorrentes da despedida imotivada, ante o disposto no art. 37, II e § 2º, da CF/88 e na Súmula nº 363/TST, de seguinte teor:

“A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

Tendo o colegiado de origem, na hipótese, reputado incidente à espécie súmula que rege situação diversa daquela delineada nestes autos, cumpre considerá-la contrariada.

Conheço do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 363/TST.

II – MÉRITO

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. EFEITOS

De plano, cumpre asseverar que o Juízo de primeiro grau, pronunciando a prescrição quinquenal das parcelas anteriores a 13.03.93, indeferiu o pedido formulado no item “a” da inicial (reintegração), por entender que a aposentadoria espontânea extinguiu o vínculo de emprego. Indeferiu, ainda, os pedidos de aviso prévio, da multa de 40% do FGTS e de indenização compensatória. Deferiu, por outro lado, os pedidos de pagamento de 13º salário e férias proporcionais, acrescidas do abono normativo; saldo de salário de 14 dias em dobro e liberação de saldo de FGTS; multa do art. 477, § 8º, da CLT, bem como a indenização prevista em acordo coletivo, no valor de R\$ 360,74.

Essa indenização, contudo, foi julgada indevida, pelo TRT, ao fundamento de que demonstrada a percepção do valor devido a esse título.

Importa registrar, ainda, a procedência da arguição, formulada pela reclamada, em suas razões de contrariedade, de que precluso o debate acerca do saldo de salários. Com efeito, consignou a Corte de origem, na decisão regional das fls. 82-6, que a reclamante não suscitou, nas razões do seu recurso ordinário, tal pedido, o que inviabilizou sua apreciação por aquele Tribunal. Ao interpor o presente recurso, a recorrente limitou-se a afirmar seu direito ao salário, por força do art. 6º, incisos IV e VI, da Lei Fundamental, sem manifestar inconformismo quanto ao fundamento adotado pelo TRT para excluir essa verba da condenação, qual seja, o de que “deveria ter sido ventilado (o pedido atinente ao saldo de salário) nas razões de recurso”. Não obstante tenha a reclamante se insurgido, em seu primeiro recurso de revista, interposto de forma adesiva, quanto ao não-acolhimento desse pedido, invocando os arts. 515 e 516 do CPC, esse apelo teve seu seguimento denegado e o agravo de instrumento, decorrente desse juízo negativo de admissibilidade, não foi provido. Não renovada, portanto, essa discussão, por ocasião do recurso de revista ora analisado, tem-se como precluso o debate a respeito.

Antes de, tecidas essas considerações, passar à análise do mérito propriamente dito, impõe-se proceder, ainda, a algumas ponderações.

Consoante assinalado no relatório, esta Terceira Turma já julgou o pedido principal, por meio do acórdão das fls. 109-13, da lavra do Exmo. Juiz Convocado Luiz Ronan Koury, dando provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada para excluir da condenação o comando de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

reintegração ao emprego, com devolução dos autos ao Tribunal de origem para que julgasse o pedido sucessivo formulado pela reclamante. Entendeu este Colegiado que “a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário” (fls. 112-3).

Assim, a rigor, a apreciação ampla do mérito, nesta oportunidade, de modo a permitir julgar novamente matéria já decidida anteriormente, não se afiguraria viável, ante o disposto no art. 836 da CLT, que estabelece ser “vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória (...)”.

No âmbito do Processo Civil, essa vedação encontra-se consagrada no art. 471 do CPC – segundo o qual “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”, salvo nos casos nos quais sobreveio, em relação jurídica continuativa, modificação no estado de fato ou de direito e nos demais casos prescritos em lei – e no art. 463 desse mesmo Código, que autoriza, nas estritas hipóteses nele declinadas, a alteração da decisão pelo próprio juiz que a prolatou, constituindo exceção à regra do “*exaurimento da competência*, que consiste em (publicada a sentença de mérito) considerar incompetente o juiz da causa para prosseguir decidindo em relação a ela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 203).

Não se enquadrando a hipótese em debate em nenhuma das exceções previstas no art. 836 da CLT e tampouco versando sobre matéria de ordem pública, incidiria, em relação a este Colegiado, preclusão, denominada pela maioria da doutrina como *pro judicato*, consistente no “impedimento com a finalidade de que não possa mais julgar questão dispositiva por ele (juiz) já decidida anteriormente” (NERY JUNIOR e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. fl. 618).

Em que pese ao disposto no aludido preceito consolidado e à necessidade de observância do princípio do devido processo legal processual, deve-se proceder, na hipótese, à concordância prática, ou harmonização, desse postulado com o da duração razoável do processo, em exercício de juízo de ponderação entre os valores em confronto, de forma a delimitar a exata medida da incidência de cada um desses ao caso em debate, “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 26-7).

Sobre o debate concernente à colisão de princípios, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos consignam:

“A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como fez parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre-iniciativa e a intervenção estatal; o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 342).

A solução do conflito de princípios, portanto, – ao contrário do que ocorre, até então, com o conflito entre regras – pressupõe sejam consideradas “as *circunstâncias do caso concreto*, pesando-se os interesses em conflito, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319).

O reconhecimento da aplicação de determinado princípio, em dada situação, em extensão maior que a daquele em relação ao qual se estabeleceu o confronto, decorre da característica, ínsita aos princípios, de serem eles, conforme já afirmado por Robert Alexy, “mandados de otimização”, porque impõem que “determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.* p. 318).

Considerado o caso em exame, vê-se nítido confronto entre o princípio do devido processo legal – sob enfoque processual –, albergado no art. 5º, LIV, da Lei Fundamental, e o princípio da razoável duração do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Reportando-se à abalizada lição de Frederico Marques, José Afonso da Silva registra que o devido processo legal, que constitui um subprincípio do princípio da proteção judiciária, compõe um “ciclo das garantias processuais”,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em que a alusão ao processo não se restringe a simples procedimento, “alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 432).

Essa cláusula, considerado seu conteúdo estritamente processual (*procedural due process*), “tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2004. p. 17). A concepção do devido processo legal substancial (*substantive due process*), por outro lado, vincula-se “à garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático” (Ob. cit., p. 18). Consoante esse autor, tal cláusula, em seu conteúdo substancial, autorizaria ao julgador “questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade” (Ob. cit., p. 13).

O princípio da razoável duração do processo, por sua vez, foi alçado à condição de direito fundamental a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, na esteira de previsão contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), introduziu, no art. 5º da Constituição da República, o inciso LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A fim de assegurar o cumprimento desse princípio de ordem processual, inserido no bojo da reforma do Judiciário, vem o Legislativo promovendo várias alterações na legislação processual infraconstitucional.

Não obstante, entretanto, as modificações já empreendidas, vê-se que as diversas leis editadas com a finalidade de garantir a celeridade prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, ainda não são suficientes a permitir a concretização plena do referido princípio da razoável duração do processo, cuja materialização ainda demanda o esforço do legislador para fazer cumprir o direito assegurado nesse preceito constitucional, mormente porque “a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão”, daí falar-se que “a rapidez do processo é um instrumento indispensável não somente

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

para a efetiva e concreta atuação do direito de ação e de defesa, pois parece, de fato, que a tutela jurisdicional pode colocar-se entre as atividades do Estado idôneas para a remoção das situações que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: RT, 1993, p. 31)

Dessa constatação decorre a necessidade de que seja proposta, no dizer de Barbosa Moreira, uma “revisitação dos institutos do processo”, por força, neste caso específico, do valor, conferido pela Constituição, à celeridade processual.

A preponderância do princípio da duração razoável do processo em detrimento do princípio do devido processo legal processual, na hipótese, orienta-se, antes de mais nada, pela certeza de que a incidência daquele, em maior grau, importará na outorga de maior amplitude ao princípio do devido processo legal substancial, visto que garantirá o respeito a direito fundamental da trabalhadora, assegurando a devida observância da “proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Ob. cit, p.13).

Resguardará, ainda, direitos da própria reclamada, à medida que, firmado o posicionamento da Suprema Corte sobre a matéria, a prolação de decisão no sentido perfilhado pelo STF, já nesta oportunidade, redundará na reintegração mais breve da reclamante e, conseqüentemente, na redução do tempo de pagamento de salários, por parte da demandada, sem a respectiva contraprestação de serviços.

Pauta-se a conclusão pela prevalência do princípio da celeridade, outrossim, em juízo de ponderação que, fulcrado no princípio da proporcionalidade, conduz à conclusão de necessidade de atribuição de maior peso àquele, em detrimento do devido processo legal formal, porque a incidência do princípio da celeridade em maior grau concorrerá, por fim, para a concretização do princípio da dignidade humana – fundamento da República (CF, art. 1º, inciso III) –, à medida que, dentre outras razões, o objeto principal desta ação consiste na reintegração ao emprego, que constitui a própria subsistência do trabalhador e, portanto, condição sem a qual não se tem uma existência digna (CF, art. 170, *caput*). Quanto à vinculação levada a efeito, lembro ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que,

“Para além da tríade vida, liberdade e igualdade, também há outros direitos fundamentais (mesmo fora do Título II da nossa Constituição)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que podem ser diretamente reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Saliente-se, neste contexto, que outros princípios fundamentais podem ser considerados como exigências da dignidade do indivíduo. (...) O mesmo se aplica aos diversos princípios (como, por exemplo, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa [art. 1º, inciso IV], os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária [art. 3º, inciso I] ou da erradicação da pobreza e da marginalização [art. 3º, inciso III]) que consagram, entre nós, a concepção do Estado social e aos quais podem ser reportados os direitos fundamentais sociais, sem que se desprezasse a vinculação entre estes e a garantia de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.128-9)

Em termos práticos, resulta impositiva, na hipótese, a preponderância do princípio da celeridade, haja vista que a não-retratação desta Corte, em relação à decisão anteriormente proferida por esta Terceira Turma, com base na OJ 177 da SDI-1/TST, implicará o indeferimento do próprio bem da vida, postulado de forma principal, a ensejar o manejo de reclamação para o Supremo Federal ou de recurso extraordinário, que resultará em retorno dos autos a este Tribunal para que decida em consonância com o entendimento da Suprema Corte.

A fim de evitar, então, o dispêndio desnecessário de tempo, energia e uso da máquina judiciária, torna-se imperiosa a explicitação dos fundamentos que autorizam imprimir ao julgado efeito regressivo anômalo.

Dentre as leis editadas com o fim de garantir tramitação mais célere do processo, tem-se a Lei nº 11.418, de 19.12.06, que, regulamentando o § 3º do art. 102 da Lei Fundamental – o qual instituiu novo requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, o de demonstração, pelo recorrente, da “*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso*” –, aditou ao Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B, que viabilizam, por meio do procedimento neles estabelecido, uma prestação jurisdicional mais célere.

José Carlos Barbosa Moreira, discorrendo sobre a regulamentação legal da repercussão geral e as implicações do consequente sobrestamento dos recursos em que invocado igual fundamento, esclarece que, “Se a Corte houver dado provimento a algum do(s) recurso(s) encaminhado(s), haverá desconformidade entre os dois pronunciamentos; aqui se abre ao órgão *a quo* a alternativa entre retratar-se, para modificar sua decisão e aderir à tese da

Corte Suprema, ou manter a própria decisão e admitir o recurso até então sobrestado (§ 3º, 2ª parte, e § 4º, *initio*). Em semelhante hipótese, todavia, ‘poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º)’ (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 620).

A possibilidade de retratação prevista por esse doutrinador aplica-se à espécie, porquanto presumido o reconhecimento de repercussão geral, relativamente à matéria objeto deste recurso de revista – efeitos da aposentadoria espontânea sobre o contrato de trabalho –, ante o disposto no § 1º do art. 323 do Regimento Interno daquela Casa. Nesse sentido, acórdão da lavra do Exmo. Ministro Milton de Moura França, cuja ementa transcrevo:

“REPERCUSSÃO PRESUMIDA (DECORRENTE DE SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STF) – CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS. A Vice-Presidência desta Corte, que tem competência, por força de seu Regulamento Interno, para realizar o juízo de admissibilidade de recurso extraordinário, pode e deve determinar a devolução do processo à Turma nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal considera presumida a repercussão geral, com base no art. 323, § 1º, de seu Regimento Interno. Sendo, pois, inquestionável que a Suprema Corte já decidiu, com efeito vinculante, que a aposentadoria espontânea não rompe o contrato de trabalho, impõe-se o estrito cumprimento do art. 543-B, § 3º, do CPC, que dispõe:

‘Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se’.

Agravo não provido.” (AG-RE-ED-ED-AIRR – 332/2005-016-04-40.5, Rel. Min. Milton de Moura França, Data de Julgamento: 07.08.08, Órgão Especial, Data de Publicação: 22.08.08)

Reconhecida a repercussão geral, na situação em debate, a retratação é medida que se impõe a fim de evitar a cassação ou reforma liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, do acórdão proferido em desacordo com a orientação por ele firmada (CPC, art. 543-B, § 3º).

A confirmar a possibilidade da retratação ora proposta, vale a citação do entendimento firmado na Questão de Ordem invocada no Recurso Extraordinário RE 591068/PR, Plenário, Rel. Min. Presidente, acórdão publicado no DJe divulgado em 19.02.09, p. 17-8:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIAS NAS QUAIS HÁ JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO PLENÁRIO. APLICABILIDADE DO REGIME DOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VALIDADE DO TERMO DE ADESÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 01. 1. Aplica-se o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo STF, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou jurisprudência dominante. 2. *Necessidade de pronunciamento expreso desta Corte sobre as questões constitucionais dotadas de repercussão geral, para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicados os efeitos do novo regime, em especial, para fins de retratação de decisões e inadmissibilidade de recursos sobre o mesmo tema.* 3. Possui repercussão geral a discussão sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001, para pagamento das diferenças relativas aos expurgos inflacionários sobre os saldos das contas vinculadas de FGTS. 4. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, colegiados e monocráticos, que consagraram o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 1, segundo o qual, ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001. 5. Questão de Ordem resolvida no sentido de se negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal. (Repercussão Geral por QO em RE 591068/PR, Plenário, Rel. Min. Presidente, acórdão publicado no DJe divulgado em 19/2/2009, p. 17/18, destaquei).”

Também a corroborar o procedimento adotado, decisão proferida pelo Exmo. Ministro Ives Gandra Martins Filho, no âmbito da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais:

“AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LEI (ARTS. 49, I, B, DA LEI Nº 8.213/91 E 7º, I, DA CF). EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DECORRENTE DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I, DA CF CONFIGURADA. RETORNO DOS AUTOS EM FACE DO DISPOSTO NO ART. 543-B, §§ 1º E 3º, DO CPC.

1. O Reclamante ajuizou ação rescisória calcada exclusivamente no inciso V (violação de lei) do art. 485 do CPC, apontando como

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

violados os arts. 49, I, *b*, da Lei nº 8.213/91 e 7º, I, da CF e buscando desconstituir o acórdão regional que deu provimento ao recurso ordinário patronal, para julgar improcedente a ação trabalhista, por entender que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, nos termos da Orientação Jurisprudencial 177 da SBDI-1 do TST.

2. De plano, em relação à matéria alusiva à extinção do contrato de trabalho em face da aposentadoria espontânea, a jurisprudência da SBDI-2 desta Corte seguia no sentido de que não havia de se falar na vulneração do art. 7º, I, da CF, porquanto remontava à interpretação dada à norma infraconstitucional do art. 453 da CLT porém, em observância à jurisprudência cedida do STF sobre a matéria, tem-se que a decisão rescindenda violou o art. 7º, I, da CF, conforme precedentes específicos da Suprema Corte.

3. Assim, em juízo de retratação relativo ao acórdão da SBDI-2 desta Corte proferido no processo TST-ROAR-581/2006-000-06-00.0, procede-se ao rejuízo da causa, com esteio no art. 543-B, § 3º, do CPC, para, no mérito, dar provimento ao recurso ordinário do Reclamante e julgar procedentes os pedidos deduzidos na ação rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo, por violação do art. 7º, I, da CF, e, em juízo rescisório, condenar a Reclamada ao pagamento do aviso prévio indenizado e da multa de 40% do FGTS sobre todos os depósitos realizados na conta vinculada do empregado na vigência do contrato de trabalho, inclusive sobre os recolhimentos anteriores à aposentadoria.

Recurso ordinário provido.” (ROAR – 581/2006-000-06-00.0, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 24.03.09, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 03.04.09)

Assim, não obstante a vedação contida no art. 836 da CLT, reputo necessário proceder à releitura desse preceito à luz do princípio insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, porque “não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II – Constituição. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 292).

Essa compreensão permite que se confira ao mencionado princípio máxima efetividade, outorgando-lhe “o sentido que mais eficácia lhe dê (...)”, conferindo a essa norma fundamental, “ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação e de realização” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo II – Constituição. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2003. p. 291).

Vale dizer que a atribuição, pelos juízes e tribunais, da maior efetividade possível às normas de direito fundamental importa, em certa medida, observância da eficácia dirigente desencadeada por tais normas em relação aos órgãos estatais, por conterem tais direitos – consoante explica Ingo Wolfgang Sarlet, referindo-se à lição de Konrad Hesse – “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 172).

A densificação do conteúdo inserto no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna vigente, no caso, implica o cumprimento desse encargo, visto que materializa direitos fundamentais quando assegura a efetividade do processo, que significa, para o ilustre José Carlos Barbosa Moreira:

“(…) querer que (o processo) desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15)

Dentre os cinco critérios, sintetizados por esse mestre, como indispensáveis à efetividade do processo, os dois últimos são de inequívoca oportunidade:

“d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 15)

Destarte, a efetividade devida aos jurisdicionados somente pode ser alcançada, se entendido o processo como instrumento de realização do direito material que veicula, pois “não é um fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepujem as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 326).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Nessa perspectiva, atinge o processo, de fato, a finalidade social para a qual deve existir, quando passa a ser considerado, no dizer do citado autor, como técnica de solução de conflitos:

“O processo jamais deixará de ser uma técnica. Para o aprimoramento do sistema e para que ele possa cumprir adequadamente suas funções no plano social, no político e no jurídico, é preciso ter consciência integral de todos os seus escopos, situados nessas três áreas – o que obviamente não deve conduzir a afastar as preocupações pela técnica processual mas a enriquecê-la com os dados assim obtidos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 136)

A propósito da aludida finalidade social, reconhece Humberto Theodoro Júnior ser ela inerente à esfera trabalhista, ao afirmar que “o primeiro e mais importante princípio que informa o processo trabalhista, distinguindo-o do processo civil comum, é o da *finalidade social*, de cuja observância decorre uma quebra do princípio da isonomia entre as partes, pelo menos em relação à sistemática tradicional do direito formal” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os princípios do Direito Processual Civil e o Processo do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de Direito Processual do Trabalho* (Coord.). 3. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 62).

Carlos Henrique Bezerra Leite, em referência a esse princípio e ao princípio da proteção, assevera que ambos “se harmonizam e, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, permitem que o juiz, na aplicação da lei, possa corrigir uma injustiça da própria lei. É o que prescreve o art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LICC), segundo o qual, ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 77).

Compreender o processo, nessa ordem de ideias, como instrumento do direito substancial e, via de consequência, de acesso à justiça, pressupõe, na percepção de Luiz Guilherme Marinoni, inspirada por Mauro Cappelletti, mudança de mentalidade, que também é compreendida, por Dalmo Dallari, como requisito para o proclamado acesso à justiça:

“A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário, como sendo ‘a Justiça’, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84)

A respeito do imprescindível empenho do magistrado, no sentido de interpretação e aplicação da lei de forma a, preservando sua essência, alcançar a justiça das decisões e a consequente efetividade do processo, afirmam, com muita propriedade, Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *verbis*:

“O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a *mens legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve ‘pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça’ e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41).

Realizar, assim, esse objetivo social da jurisdição importa assegurar, na expressão de Kazuo Watanabe, “acesso à ordem jurídica justa”, concretizando, como já gizado, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto e a alteração da orientação jurídica sobre a matéria, conclui-se pela retratação da decisão proferida em relação ao recurso de revista da reclamante (fls. 109-13), para, em razão dos fundamentos expendidos, proceder ao rejuízo da causa, com esteio no art. 543-B, § 3º, do CPC.

Consoante assentado no conhecimento do recurso, tem esta Corte consagrado o entendimento de que desnecessária a aprovação em concurso público para a continuidade da prestação dos serviços pelo empregado de sociedade de economia mista ou empresa pública, após a aposentadoria espontânea.

Reconhecida, pois, a unicidade do contrato de trabalho – e, afastadas, em consequência, a prescrição nuclear quanto ao período anterior à jubilação e a nulidade do contrato havido após a jubilação, declarada em razão da ausên-

cia de concurso público para esse período, bem como considerado o reconhecimento, pelo TRT, de estabilidade decenal à autora, porque, além de contar com mais de 10 (dez) anos de serviço, não optara pelo FGTS –, cumpre dar provimento parcial ao recurso de revista para restabelecer o acórdão regional das fls. 63-73, na parte em que determinada a reintegração da reclamante ao emprego, com o pagamento das vantagens e salários vencidos e vincendos referentes ao período de afastamento, excluindo da condenação, em face do acolhimento do pedido principal, o comando de “liberação dos depósitos do FGTS sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento do equivalente”, decorrente da decretação da nulidade do contrato do período posterior à aposentadoria (fls. 132-5 e 141-2).

Recurso de revista parcialmente provido.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, provido o agravo de instrumento, conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 363/TST e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para, reconhecida a unicidade do contrato de trabalho, restabelecer o acórdão regional das fls. 63-73, na parte em que determinada a reintegração da reclamante ao emprego, com o pagamento das vantagens e salários vencidos e vincendos referentes ao período de afastamento, excluindo da condenação, em face do acolhimento do pedido principal, o comando de “liberação dos depósitos do FGTS sem a multa de 40%, referentes ao período de 22 de setembro de 1994 até 14 de novembro de 1997 ou pagamento do equivalente”, decorrente da decretação da nulidade do contrato do período posterior à aposentadoria (fls. 132-5 e 141-2).

Brasília, 27 de maio de 2009. *Rosa Maria Weber Candiota da Rosa*, Relatora.

AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*. INAPLICABILIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO

DIVERGÊNCIA. Demonstrada a divergência jurisprudencial específica com a decisão regional, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

RECURSO DE REVISTA

AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICABILIDADE. O princípio in dubio pro operario indica que se na norma jurídica há sentido dúbio, o julgador deverá adotar a interpretação mais benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente, sendo, pois, de todo inaplicável quando há insuficiência ou ausência de prova.

Recurso de Revista que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-264/2005-012-07-40 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-RR-264/2005-012-07-40.2 (convertido do AIRR-264/2005-012-07-40.2), em que é Recorrente TCC – Educação, Ciência e Cultura S/C Ltda. e Recorrido Átila Martins de Medeiros.

O Tribunal Regional do Trabalho da Sétima Região, mediante os acórdãos trasladados a fls. 138/143 e 156/158, manteve a condenação imposta pelo juízo de primeiro grau no sentido de reconhecer o vínculo de emprego com as demandadas, solidariamente, no período de 1º/11/1999 a 17/12/2004, condenando-as ao pagamento das verbas rescisórias que menciona.

Inconformada, a TCC – Educação, Ciência e Cultura S/C Ltda., mantenedora da FVS, interpôs Recurso de Revista, apontando violação aos arts. 93, inciso IX, da Constituição da República, 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC e divergência jurisprudencial.

Mediante o despacho trasladado a fls. 176 e 177, o Recurso teve seu processamento indeferido, daí a interposição do Agravo de Instrumento, regularmente processado.

A reclamada procura, no Agravo de Instrumento, demonstrar a satisfação dos pressupostos para o processamento do Recurso de Revista.

O reclamante ora agravado apresentou contraminuta ao Agravo de Instrumento e contrarrazões ao Recurso de Revista (fls. 186/191).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Foram satisfeitos os pressupostos recursais do Agravo de Instrumento.

No Agravo de Instrumento, procura-se evidenciar a admissibilidade do Recurso de Revista, sob o argumento de que foram atendidos seus pressupostos recursais.

O Recurso de Revista teve seu processamento denegado sob os seguintes fundamentos:

“PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. PRELIMINAR DE NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Alegação(ões):

- violação do(s) art.(s) 93, IX da Constituição Federal.

Pretende a recorrente a nulidade do acórdão, sob o argumento de que este Regional não fundamentou o reconhecimento do vínculo empregatício no conjunto probatório dos autos, mas ‘apenas no princípio da interpretação mais favorável ao obreiro’. Indica ofensa ao art. 93, IX, da CF.

Consta do v. acórdão de fls. 418/423:

‘(...) a recorrente sustenta no presente recurso ordinário a total autonomia das atividades do recorrido, posto que não estivesse submetido à direção ou fiscalização. As razões recursais assentam o inconformismo na alegação de que Diretor eleito em assembleia dos sócios, tal qual o recorrido, não poderia ser considerado empregado.

Eis o imbróglio, em que cada uma das supostas funções do recorrido, a de empregado da empresa Fiel Copiadora, a de prestador de serviços autônomos da recorrente no cargo de Administrador e a de Direito Administrativo eleito, confundem-se no tempo e espaço.

Apesar de tudo documentado, algo não está correto, eis que não é dado ao ser humano o poder da onipresença para ocupar ao mesmo tempo os desígnios de empregado, administrador autônomo e de diretor.

Nessa ordem de raciocínio, não tendo a recorrente se desincumbido do ônus de explicar e comprovar o porquê de uma vinculação tumultuada, multifacetada, e aplicando-se, na dúvida, interpretação favorável à parte mais fraca da relação processual, urge perfilar com o julgador de origem segundo o que as facetas da relação de trabalho reveladas nestes autos, decorreram a pretexto de se ‘burlar a legislação trabalhista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Como tal merece ser confirmado o julgamento vergastado, nesse tocante.’

Depreende-se, dos trechos extraídos do aresto recorrido, que a 2ª Turma do TRT da 7ª Região fundamentou a sua decisão nos fatos e provas constantes dos autos, portanto não há se falar em violação do art. 93, IX, da CF.

ÔNUS DA PROVA

Alegação(ões):

- violação ao(s) artigo(s). 818, da CLT e 333, I, do CPC.

Aduz a parte recorrente que este Regional violou os dispositivos legais supra ao desobrigar o recorrido de provar os fatos constitutivos do direito alegado.

Colhe-se, do acórdão vergastado, que a 2ª Turma do TRT da 7ª Região atribuiu o ônus da prova à recorrente, porquanto alegara fato impeditivo do direito do recorrido, senão veja-se:

‘(...) a recorrente sustenta no presente recurso ordinário a total autonomia das atividades do recorrido, posto que não estivesse submetido à direção ou fiscalização. As razões recursais assentam o inconformismo na alegação de que Diretor eleito em assembleia dos sócios, tal qual o recorrido, não poderia ser considerado empregado.

(...)

Nessa ordem de raciocínio, não tendo a recorrente se desincumbido do ônus de explicar e comprovar o porquê de uma vinculação tumultuada, multifacetada, e aplicando-se, na dúvida, interpretação favorável à parte mais fraca da relação processual, urge perfilhar com o julgador de origem segundo o que as facetas da relação de trabalho reveladas nestes autos, decorreram a pretexto de se ‘burlar a legislação trabalhista.

Como tal merece ser confirmado o julgamento vergastado, nesse tocante.’

Assim, não se vislumbra afronta aos arts. 818, da CLT e 333, I, do CPC” (fls. 176/177).

O Recurso de Revista encontra-se fundamentado em divergência jurisprudencial suficiente ao seu processamento.

Com efeito, o Tribunal Regional, afirmando ausência de prova de regular contrato de trabalho, manteve a decisão de primeiro grau adotando o princípio *in dubio pro operario*, consoante resume na ementa da decisão, *verbis*:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. RELAÇÃO DE EMPREGO. Vinculando-se as partes por relação de trabalho tumultuada, multifacetada, confundindo-se no tempo e espaço os desígnios de empregado, administrador autônomo e diretor eleito, não tendo a parte recorrente se desincumbido do ônus de explicar e comprovar o porquê dessa pluralidade de vínculos, e aplicando-se, na dúvida, interpretação favorável à parte mais fraca na relação processual, urge perfilhar com o julgador de origem segundo o que as facetas da relação de trabalho reveladas, decorrem a pretexto de burla à legislação trabalhista.” (fls. 138)

Nas razões do Recurso de Revista (fls. 165/167), a recorrente aponta jurisprudência que repudia a adoção do princípio *in dubio pro operario* em caso de dúvida ou insuficiência de prova.

Ante o exposto, impõe-se o provimento do Agravo de Instrumento para o regular processamento do Recurso de Revista.

Assim, *dou provimento* ao Agravo de Instrumento para, convertendo-o em Recurso de Revista, determinar a reatuação do processo e a publicação da certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do Recurso de Revista se dará na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos dos arts. 228 e 229 do Regimento Interno desta Corte.

VOTO

2. RECURSO DE REVISTA

2.1. CONHECIMENTO

Estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do Recurso de Revista.

2.1.1. AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*. INAPLICABILIDADE

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso de Revista interposto pela reclamada quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego, afirmando que o reclamante foi empregado da Fiel Copiadora até 2004 e que não há prova de regular contrato de trabalho com as reclamadas, recusando-se a acreditar na relação que denominou de “relação de trabalho tumultuada,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

multifacetada” (fls. 138), atribuindo às reclamadas o ônus da prova da relação de trabalho e, em face da dúvida e da ausência de prova, adotou o princípio *in dubio pro operario* para reconhecer a relação empregatícia, consoante explicita, *verbis*:

“Eis o imbróglio, em que cada uma das supostas funções do recorrido, a de empregado da empresa Fiel Copiadora, a de prestador de serviços autônomos da recorrente no cargo de Administrador e a de Direito Administrativo (*sic* fls. 421) eleito, confundem-se no tempo e espaço.

Apesar de tudo documentado, algo não está correto, eis que não é dado ao ser humano o poder da onipresença para ocupar ao mesmo tempo os designios de empregado, administrador e de diretor.

Nessa ordem de raciocínio, não tendo a recorrente se desincumbido do ônus de explicar e comprovar o porquê de uma vinculação tumultuada, multifacetada, e aplicando-se *na dúvida, interpretação favorável à parte mais fraca da relação processual*, urge perfilhar com o julgador de origem segundo o que as facetas da relação de trabalho reveladas nestes autos, decorreram a pretexto de se ‘burlar a legislação trabalhista’”. (original sem grifo – fls. 141).

Concentrou seu entendimento na seguinte ementa:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. RELAÇÃO DE EMPREGO. Vinculando-se as partes por relação de trabalho tumultuada, multifacetada, confundindo-se no tempo e espaço os designios de empregado, administrador autônomo e diretor eleito, não tendo a parte recorrente se desincumbido do ônus de explicar e comprovar o porquê dessa pluralidade de vínculos, e aplicando-se, na dúvida, interpretação favorável à parte mais fraca na relação processual, urge perfilhar com o julgador de origem segundo o que as facetas da relação de trabalho reveladas, decorrem a pretexto de burla à legislação trabalhista.” (fls. 138)

A jurisprudência colacionada a fls. 165/167 adota o entendimento de que é inaplicável o princípio *in dubio pro operario* à hipótese de dúvida ou insuficiência de prova. Não se aplica esse princípio em matéria de avaliação de prova, mas apenas no que se relaciona à hermenêutica.

Extrai-se da jurisprudência colacionada a última ementa transcrita a fls. 166 do seguinte teor:

“JUSTIÇA DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR. ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE. Na

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Justiça do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador está restrito à interpretação das normas legais, não se aplicando, quanto à distribuição do ônus da prova, o preceito *in dubio pro misero*, sob pena de afronta ao dever de imparcialidade do juiz.” (TRT 15ª R.; RO 01390-2004-033-15-00-6)

Logo *conheço* do Recurso por divergência jurisprudencial.

2.2. MÉRITO

2.2.1. AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*. INAPLICABILIDADE

O princípio *in dubio pro operario* indica que, se na norma jurídica há sentido dúbio, o julgador deverá adotar a interpretação mais benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente. Equivale a dizer que, na hipótese de insuficiência ou de ausência de prova (caso dos autos, segundo o acórdão regional), não se pode adotar esse princípio, sob pena de se julgar na dúvida.

Assim é porque o princípio do *in dubio pro operario* preconiza que, entre as várias interpretações que comporta uma norma, deve ser preferida a mais favorável ao hipossuficiente. Logo, ao julgador só é lícito adotar esse princípio na interpretação da norma e não dos fatos ou na ausência de provas. Isso porque é da parte que alega o ônus de fazer a prova. Assim, se o reclamante afirma ser empregado do reclamado (fato constitutivo), é daquele o ônus de provar; se o reclamado aponta fato impeditivo, modificativo ou extintivo, tem este o ônus de fazer a prova de suas alegações.

Ante o exposto, *dou provimento* ao Recurso de Revista para julgar improcedente o pedido formulado na Reclamação Trabalhista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I – dar provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista; II – conhecer do Recurso de Revista interposto pela reclamada, quanto ao tema “Ausência de prova – Princípio *in dubio pro operario* – Inaplicabilidade”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente o pedido formulado na Reclamação Trabalhista.

Brasília, 12 de agosto de 2009. *João Batista Brito Pereira*, Relator.

COMISSIONISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL ESTIPULADO EM NORMA COLETIVA. BOA-FÉ

EMPREGADO COMISSIONISTA. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS E DO RESPECTIVO ADICIONAL ESTIPULADO EM NORMA COLETIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. A observância do princípio da boa-fé constitui pressuposto de validade da norma coletiva. A hora extra do empregado comissionista já é paga com as comissões auferidas durante o labor extraordinário, sendo-lhe devido apenas o adicional. Não é possível interpretar a norma coletiva de modo a concluir que o empregador concordou com o pagamento das horas extras, além do respectivo adicional. Violado o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, porque desrespeitada a validade da convenção segundo a evidente intenção das partes.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-100.790/2003-900-04-00 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-100790/2003-900-04-00.0, em que é recorrente Manzoli S.A. Comércio e Indústria e recorrido Telmo Dorneles.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o acórdão de fls. 241/247, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, consignando que o empregado comissionista tem direito apenas ao adicional de horas extras. Interpostos embargos de declaração, foi dado provimento ao recurso, para, atribuindo-lhes efeito modificativo, condenar a reclamada ao pagamento das horas extras, além do respectivo adicional, nos termos da cláusula 11 da norma coletiva juntada aos autos (fls. 261/263).

A reclamada interpôs recurso de revista, às fls. 265/270. Sustentou que a norma coletiva prevê a forma de cálculo do adicional de horas extras, não havendo determinação acerca do pagamento das horas extras, mas apenas do adicional. Apontou ofensa aos arts. 5º, II, e 7º, XXVI, da Constituição Federal, bem como contrariedade à Súmula nº 340 do TST. Trouxe arestos ao confronto.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 272/273.

Apresentadas contrarrazões, às fls. 278/283.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do RITST.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos extrínsecos concernentes à tempestividade (fls. 264/265), regularidade de representação (procuração às fls. 153/154) e preparo (fl. 229).

HORAS EXTRAS. COMISSIONISTA. NORMA COLETIVA

I – CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao julgar os embargos de declaração interpostos pelo reclamante, deu provimento ao recurso, e, atribuindo-lhe efeito modificativo, assim decidiu:

“De acordo com os fundamentos da fl. 211, a sentença de primeiro grau deferiu as horas extras pleiteadas pelo reclamante e condenou a reclamada ao seu respectivo pagamento, com acréscimo dos adicionais de 50% e 100%, com base nas cláusulas normativas de ns. 7 e 11 da convenção coletiva de trabalho de fls. 15/17. Já esta Turma Julgadora deu provimento parcial ao apelo, para restringir a condenação respectiva apenas ao adicional de horas extras, sem qualquer menção à cláusula normativa invocada, especialmente a de n. 11 da fl. 17 dos autos, o que configura a omissão apontada pelo embargante.

Verifica-se que a cláusula 11 referida, estatui o seguinte: ‘*CÁLCULO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS DO COMISSIONISTA. A remuneração da hora extra do empregado comissionista tomará por base o total das comissões auferidas durante o mês, dividindo-se pelo número de horas efetivamente trabalhadas no mês, acrescentando-se o respectivo adicional*’ (grifo atual). Resta evidente, pois, a convenção das partes, no sentido de que o empregado, mesmo que comissionista, faz jus a hora extra integral, auferida pela média das comissões recebidas por hora trabalhada no mês, acrescida do respectivo adicional.

Trata-se, pois, de norma mais favorável ao empregado, contemplada em cláusula normativa da categoria profissional, que incide diretamente nos contratos individuais de trabalho, afastando, no caso presente, a adoção do entendimento geral consubstanciado na súmula do Tribunal Superior.

Assim, face a omissão verificada, dá-se efeito modificativo ao presente julgamento e, considerando-se o princípio da regra mais

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

favorável ao empregado, mantém-se a condenação em horas extras na forma imposta na origem.” (grifos no original)

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista. Em suas razões, alega que a norma coletiva prevê a forma de cálculo do adicional de horas extras, não havendo determinação acerca do pagamento das horas extras, mas apenas do adicional. Aponta violação dos arts. 5º, II, e 7º, XXVI, da Constituição Federal, bem como contrariedade à Súmula nº 340 do TST. Colaciona aresto ao confronto.

Os instrumentos normativos constituem fontes autônomas do Direito do Trabalho, criados por intermédio de negociação coletiva, com concessões recíprocas, cuja finalidade é compor os conflitos entre empregados e empregadores. Tais normas foram prestigiadas constitucionalmente, consoante se extrai do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que preconiza o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

A interpretação da norma coletiva deve observar a intenção das partes, que devem ter agido em conformidade com a boa-fé.

O art. 112 do Novo Código Civil dispõe o seguinte:

“Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Não é possível, ao interpretar determinado instrumento normativo, deixar de observar qual a vontade das partes no momento do acordo. O que se pretende com aquele acordo realmente. Qual a vontade da parte quando negociou certa cláusula.

Em concomitância com esse dispositivo legal, deve-se observar o princípio da boa-fé, nos termos do art. 113 do Novo Código Civil. Todo contrato celebrado tem como pressuposto a observância a este princípio, inclusive o contrato de trabalho, ao qual adere a norma coletiva. Tal preceito busca proteger o contratante que age com base na confiança que tem na existência de um negócio aparente. O doutrinador Nelson Rosenvald assim se posiciona acerca do princípio da boa-fé:

“Ele compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No momento da celebração da norma coletiva, as partes, mediante concessões mútuas, e em conformidade com a boa-fé, estabelecem regras a serem seguidas por todos os convenientes. Uma vez verificado que uma das partes não agiu conforme a boa-fé, não há como reconhecer a validade do pactuado.

A hipótese dos autos está jungida à forma de cálculo do adicional de horas extras do empregado comissionista, estipulada em norma coletiva. Assim dispõe a cláusula 11 da Convenção Coletiva de Trabalho 1999/2000:

“CÁLCULO DO ADICIONAL DE HORAS EXTRAS DO COMISSIONISTA.

A remuneração da hora extra do empregado comissionista tomará por base o total das comissões auferidas durante o mês, dividindo-se pelo número de horas efetivamente trabalhadas no mês, acrescentando-se o respectivo adicional.” (fl. 17 – grifo nosso).

A comissão tem caráter salarial, apesar de ser variável. Aliás, essa é a principal característica da comissão: ser variável. Em tese, quanto mais o empregado comissionista trabalha, maior será seu salário no fim do mês. Diante disso, caso o empregado ultrapasse a jornada preestabelecida, receberá mais, ante o aumento do número de negócios feitos. Ou seja, já terá sido recompensado pela hora extra, sendo-lhe devido apenas o adicional. Essa, inclusive, é a orientação do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na Súmula nº 340:

“Comissionista. Horas extras.

O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.”

Vale destacar, por oportuno, que o título da cláusula coletiva em comento é *cálculo do adicional de horas extras do comissionista*. A intenção das partes só pode ter sido convencionar acerca do pagamento de adicional de horas extras. Não obstante à forma como foi redigido o referido dispositivo, fato que prejudica sua interpretação, é inafastável a conclusão de que as partes não pretendiam ampliar os direitos dos empregados comissionistas, determinando o pagamento das horas extras, além do respectivo adicional, mas apenas ajustar a forma de cálculo do adicional.

Ou seja, tudo leva a crer que a intenção das partes era mesmo estabelecer apenas a forma de cálculo do adicional de horas extras do comissionista e não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a obrigação de o empregador pagar o adicional mais o valor da hora em si mesma, além do que já pagava em decorrência da comissão devida.

Diante de todo o exposto, resta configurada a violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, pois, ao interpretar a norma coletiva, a Corte Regional deixou de observar o princípio da boa-fé quando determinou o pagamento das horas extras, além do respectivo adicional ao empregado comissionista.

Conheço, pois, do recurso, por ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

II – MÉRITO

O conhecimento do recurso de revista por ofensa ao inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal tem como consequência lógica seu provimento.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista para limitar a condenação ao pagamento de horas extras apenas ao adicional, calculado na forma disposta nos instrumentos coletivos trazidos aos autos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para limitar a condenação ao pagamento de horas extras apenas ao adicional, calculado na forma disposta nos instrumentos coletivos trazidos aos autos.

Brasília, 20 de setembro de 2006. *Vantuil Abdala*, Relator.

DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. CONCEITO DE ATIVIDADE HABITUALMENTE DESENVOLVIDA. DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA. INCIDÊNCIA. O sistema de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico é um dos reflexos da preocupação do legislador com a tutela dos direitos pertencentes àqueles que não podem negociar, em condições de igualdade, os seus interesses com a outra parte da relação contratual. Nesse passo, o Código

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Civil, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que será objetiva a responsabilidade daquele que, em face do desenvolvimento normal de sua atividade, puder causar dano a outrem. Atividade, no sentido utilizado pela norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira comercial ou empresarial, para a realização dos fins econômicos visados pelo autor do dano. Entretanto, dado o caráter excepcional de que se reveste a responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico (já que a regra é a de que somente haverá a imputação de conduta lesiva a alguém se provada a sua atuação culposa), somente nos casos em que os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo anormal e imprevisível ao sujeito que deles se utiliza haverá espaço para a incidência do citado diploma legal. Ressalte-se, ainda, que o Código Civil, por força dos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC ostenta a condição de norma geral em termos de responsabilidade civil, motivo pelo qual a sua aplicação aos demais ramos do direito depende da inexistência de legislação específica sobre o assunto, assim como de sua compatibilidade com os princípios inerentes à parcela do direito a que se visa a inserção da aludida regra geral. No direito do consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelos defeitos dos produtos e serviços despejados no mercado é objetiva, independentemente da atividade por ele normalmente desenvolvida apresentar risco a direito de outrem. Assim, desnecessária a aplicação da norma civil às relações de consumo, dado o caráter mais benéfico desta. No Direito do Trabalho, entretanto, o art. 7º, XXVIII, determina, tão somente, que o empregador responderá pelos danos morais e materiais causados aos seus empregados, desde que comprovada a culpa daquele que suporta os riscos da atividade produtiva. A Constituição Federal, como se percebe, não faz menção à possibilidade de se responsabilizar objetivamente o empregador pelos aludidos danos. Apesar disso, tendo em vista o disposto no caput do aludido dispositivo constitucional e o princípio da norma mais benéfica, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que não se vedou a criação de um sistema de responsabilidade mais favorável ao empregado, ainda que fora da legislação especificamente destinada a reger as relações laborais, mormente se considerarmos que o trabalhador, premido pela necessidade de auferir meios para a sua sobrevivência, apresenta-se, em relação ao seu empregador, na posição mais desigual dentre aquelas que se pode conceber nas interações humanas. Dessa forma, a fim de evitar o paradoxo de se responsabilizar o mesmo indivíduo (ora na condição de empregador, ora na condição de fornecedor) de forma diversa (objetiva ou subjetivamente) em face do mesmo evento danoso, somente pelo fato das suas consequências terem atingidos vítimas em diferentes estágios da atividade produtiva, necessitaria se faz a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil ao Direito

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do Trabalho, desde que, no momento do acidente, o empregado esteja inserido na atividade empresarialmente desenvolvida pelo seu empregador. A adoção de tal entendimento confere plena eficácia ao princípio constitucional solidarista, segundo o qual a reparação da vítima afigura-se mais importante do que a individualização de um culpado pelo evento danoso. Na hipótese dos autos, restam presentes os elementos necessários à incidência do dispositivo civilista, motivo pelo qual merece acolhida a pretensão esposada pelo obreiro em sua petição inicial.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-946/2006-025-12-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-946/2006-025-12-00.0, em que é Recorrente Claudenir de Lima Bueno e Recorrida Costela & Cia. Ltda.

Adoto o relatório do Exmo. Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator do presente feito.

“O Tribunal Regional de Trabalho da 12ª Região, mediante acórdão às fls. 320-323, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada, entendendo indevido o pagamento de indenização por dano moral, ao argumento de que não restou caracterizada a culpa da Empresa.

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista às fls. 336-341, com espeque no art. 896, *a e c*, da CLT.

Despacho de admissibilidade às fls. 353-354v.

Contrarrazões às fls. 355-360.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em conformidade com o art. 83, II, do RITST.

É o relatório.”

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, passo ao exame daqueles que lhe são intrínsecos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1.1 – NULIDADE – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Quanto ao tema, valho-me dos fundamentos do Ministro Relator.

“O Reclamante, nas razões do recurso de revista, argúi a nulidade do acórdão vergastado, por negativa de prestação jurisdicional. Alega que a Corte de origem, mesmo instada mediante a oposição de embargos de declaração, não se manifestou acerca da adoção da teoria objetiva ou subjetiva da responsabilidade. Aponta, apenas, arestos para o cotejo de teses.

Sem razão.

Conforme a diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte Superior, o conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal.

Da análise das razões de recurso de revista, constata-se que o Reclamante suscitou, somente, divergência jurisprudencial, circunstância que inviabiliza o processamento do apelo, a teor da orientação jurisprudencial retromencionada.

Dessarte, *não conheço* do recurso de revista quanto à preliminar em epígrafe.”

1.2 – DANO MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR – ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

Discute-se neste processo sobre a natureza da responsabilidade decorrente de supostos danos morais e materiais sofridos pelo empregado, ao desempenhar a atividade de serralheiro em empresa cujo objeto social é fabricação e venda de móveis de madeira, vime e junco.

O Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator, não conheceu do recurso de revista do obreiro, ao fundamento de que a aludida responsabilidade afigura-se subjetiva, motivo pelo qual, ante a ausência de culpa da reclamada, inviável a sua responsabilização pelos danos sofridos pelo empregado.

Com efeito, a questão merece algumas considerações.

Para tanto, necessário tecer a diferenciação existente entre os contratos realizados por partes “iguais” e aqueles firmados entre “desiguais”. Para a aferição do que sejam “iguais” e “desiguais”, deve-se levar em conta a paridade existente no momento das negociações preliminares. Se entre os contratantes

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

existe a possibilidade de livremente discutir as cláusulas do ajuste a ser firmado, tem-se um contrato entre “iguais”. Caso tal liberdade não exista, revelando-se o negócio jurídico como mera adesão de uma parte ao proposto pela outra, caracterizada estará a negociação entre “desiguais”.

Pois bem, no primeiro caso, dada a paridade existente entre as partes, ampla é a liberdade de negociação entre os sujeitos envolvidos, em face da possibilidade de sopesamento dos custos e benefícios do ajuste a ser firmado. Nessa hipótese, desnecessária a intervenção do Estado, a fim de proteger qualquer dos negociadores.

Na segunda hipótese (contrato entre “desiguais”), um dos negociadores detém posição privilegiada em relação ao outro (seja por ser o detentor dos meios de produção – situação existente na relação entre empregado e empregador, seja por possuir as informações relativas ao produto ou serviço fornecido à outra parte – o que se afigura típico das relações de consumo). Tal superioridade permite a ele formular, quase que unilateralmente, as cláusulas que disciplinarão o contrato a ser firmado, não restando à parte fraca da avença outra alternativa, senão a de aderir ao proposto.

Nesses casos, se for conferida plena liberdade ao negócio em comento, a parte forte do ajuste imporá a sua vontade ao hipossuficiente. Dessa forma, necessário que o Estado, por meio do seu arcabouço normativo, supra a referida vantagem, mediante a concessão de superioridade jurídica ao sujeito vulnerável do ajuste que ora se examina.

Outro não é o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, em seu “Curso de Direito Civil”, v. 3, 2005, ed. Saraiva:

“Em outros termos, a situação do trabalhador era (e ainda é) a de um contratante sem vontade livre, situação esta que se encontra com o desenvolvimento da industrialização, também em contratos de outra natureza, principalmente do campo referido pela noção de relação de consumo. O consumidor também não contrata porque quer, com quem quer e do modo que quer (Almeida 1982: 13/15). Diante desse fato, o do contratante sem vontade livre, a tecnologia jurídica foi forçada a formular um novo modelo para o direito contratual. Na Europa, os prejuízos das guerras mundiais, que impossibilitavam o cumprimento de contratos, precipitaram a sua formulação (Planiol-Ripert, 1925: 21/23; Lipartiti, 1939).

(...)

Assim, na grande maioria dos contratos celebrados desde a Revolução Industrial não se verificam (nem se podem verificar) negociações

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

entre sujeitos de direito acerca do conteúdo das cláusulas com o objetivo de encontrar o dispositivo que represente a melhor composição dos respectivos interesses. Se alguém necessita de dinheiro para realizar urgente reforma em sua casa e procura o banco de que é cliente para obter financiamento, certamente não terá chance de discutir as condições das poucas linhas de crédito que lhe serão oferecidas. Os juros, as taxas, a necessidade de garantia real, a equação entre o valor emprestado e o do bem onerado atendem a critérios gerais preestabelecidos pelo banco. Ao interessado no mútuo abrem-se duas alternativas somente: aceitá-los para celebrar o contrato ou não contratar

(...)

Desse modo, os contratos em geral expressam a adesão de um dos contratantes às condições de negócio estabelecidas unilateralmente pelos outros. Em vista dessa realidade, o direito dos contratos desenvolve certas tecnologias com o intuito de proteger o aderente contra abusos do estipulante. De fato, como prepara, prévia e isoladamente, os dispositivos contratuais de regência da relação, este último tem plenas condições de contemplar, no instrumento contratual, os destinados à completa preservação de seus interesses, enquanto aquele que não tem meios de introduzir os seus. O estipulante pode, por outro lado, rever periodicamente o texto das condições gerais do negócio, aproveitando-se da experiência dos inúmeros contratos realizados, e aperfeiçoá-las nos dispositivos que lhe interessam; já o aderente não possui, na maioria das vezes, as informações necessárias para compreender o exato sentido do texto que lhe é apresentado. Por fim, o estipulante de má-fé pode abusar da condição privilegiada e redigir cláusulas obscuras ou ambíguas, de efeitos prejudiciais ao aderente. Para amparar este, o direito contratual desenvolveu a teoria da lesão como vício de consentimento, recuperou do direito canônico a fórmula *rebus sic stantibus* para fundamentar a revisão judicial dos contratos (Sidou, 1978) e normatizou as condições gerais dos negócios e os contratos de adesão (pioneiros, aqui, foram os direitos italiano e alemão).” (fls. 10-11)

Como se percebe da transcrição, em face da desigualdade entre os contratantes nas relações de consumo e de trabalho, a lei normatiza as condições gerais do negócio firmado entre as partes, buscando evitar os abusos a que se fez alusão no excerto acima. O sistema de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico é um dos reflexos da preocupação do legislador com a tutela dos direitos pertencentes àqueles que não podem negociar, em condições de igualdade, os seus interesses com a outra parte da relação contratual.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tecidas essas premissas, passa-se à análise dos sistemas de responsabilidade civil incidentes nas relações entre “iguais” e “desiguais”, para com base nisso, responder a questão inerente à situação dos autos, qual seja, se a legislação brasileira alberga a responsabilidade objetiva do empregador.

Analisa-se o sistema instituído pelo Código Civil. Para tanto, necessário asseverar que o disposto no citado diploma legal aplica-se subsidiariamente às relações consumeristas e de trabalho, por força do disposto nos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC, motivo pelo qual se trata de norma geral atinente ao assunto que ora se examina.

Eis o teor dos dispositivos invocados:

“Art. 8º (...)

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

“Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Pois bem, o Código Civil alberga duas espécies de responsabilidade, a subjetiva e a objetiva, ambas disciplinadas no art. 927 do código em questão, de seguinte teor:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Consoante se depreende do *caput* do mencionado dispositivo de lei (regra geral de responsabilidade civil), para que alguém seja responsabilizado pelos danos causados a outrem, afigura-se necessária a presença de três elementos: a) conduta culposa; b) dano e c) nexo causal.

A conduta pode ser conceituada como o comportamento voluntário dirigido a determinada finalidade, conforme ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, em seu *Programa de Responsabilidade Civil*, 6. ed., 2005, Malheiros:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Entende-se, pois, por conduta, o comportamento voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.” (fls. 48)

Entretanto, não basta a prática de uma ação ou omissão, devendo o comportamento do agente ser culposo. Por culpa considera-se o juízo de reprovação incidente sobre a conduta do causador do dano. A aludida censurabilidade somente restará caracterizada se o agente, no momento da prática do ato, puder entender o caráter ilícito de seu comportamento e se determinar de acordo com tal percepção. Nesse sentido, leciona o autor acima mencionado:

“A responsabilidade subjetiva não decorre apenas da prática de uma conduta, nem do simples fato lesivo. Exige, ainda, conduta culpável, isto é, reprovável, passível de um juízo de censura.

Essa censurabilidade, por sua vez, depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade. (...)

Por isso se diz que não há como se responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com tal entendimento.”

Além disso, devem estar presentes o dano (moral e material), que pode ser conceituado como a lesão a direito tutelado pelo ordenamento jurídico, e o nexos causal (liame entre a lesão em comento e o comportamento culposo do agente). Quanto ao último, necessário ressaltar, ainda, que somente poderá ser considerado causa o evento decisivo à produção do resultado danoso.

Mais uma vez, invoco as lições de Sérgio Cavalieri Filho, na obra já mencionada:

“Os nossos autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência dos antecedentes predomina na esfera penal, a causalidade adequada é a prevalente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do

resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.”
(p. 73-74)

Percebe-se pelo exame dos requisitos atinentes ao sistema de responsabilidade subjetiva instituído pelo Código Civil a preocupação do legislador em resguardar a esfera juridicamente tutelada de alguém das consequências danosas da conduta praticada por outrem. Dito de outra maneira, a responsabilização ora estudada destina-se precipuamente àquelas situações em que se pode determinar a origem do dano experimentado pelo titular do direito cuja reparação há de ser postulada perante o Poder Judiciário.

Entretanto, em uma sociedade de massas, em que os bens necessários à sobrevivência do corpo social são produzidos em escala industrial, a aludida determinação nem sempre se afigura possível. Isso porque o constante aperfeiçoamento do processo acima mencionado, com a utilização cada vez maior de máquinas sofisticadas em substituição ao trabalho humano, não permite, na maioria dos casos, que se impute o ato lesivo ao comportamento culposo do homem. O dano, nessa situação, passa a ser oriundo de determinada atividade, não podendo ser atribuído, caso se utilize o parâmetro subjetivo de responsabilidade civil, à ação humana.

Assim, um novo sistema de responsabilidade civil – adaptável a essas peculiaridades – tornou-se necessário, conforme ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, em sua obra *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*, *in verbis*:

“Do ponto de vista sócio-cultural, nossas sociedades recusavam cada vez mais a ideia de fatalidade, destacando-se uma crescente demanda de segurança, tanto em relação aos danos efetivamente provocados quanto aos danos que não se podia impedir ou evitar. Porém, num ambiente complexo, caracterizado pela adoção de técnicas cuja previsibilidade de efeitos esbarra nos limites da própria racionalidade humana, e onde ações individuais repercutem em estruturas impessoais, tornava-se impossível a verificação da relação causal característica do conceito dogmático de responsabilidade. Ao lado da concreta multiplicação dos acidentes, uma outra causa de aumento da responsabilidade civil, de ordem ética, levou à compreensão da noção de acidente, não mais como um golpe do destino ou do acaso, mas como resultado, direto ou indireto, da atividade humana. Daí surgia um renovado conceito de nexo de causalidade.

Do ponto de vista fenomenológico, a par do conceito jurídico tradicional de responsabilidade como sanção, isto é, de obrigação de

reparação do dano causado pela ação culposa de um indivíduo, acrescentava-se a preocupação com os destinos da vítima injustamente lesada. A flexibilidade do instrumento da responsabilidade civil permitiu superar o objetivo, frequentemente inalcançável, da individualização de um culpado. Substituiu-se o ideal inquisitório da responsabilização do ofensor pela perspectiva (solidarista) da reparação da vítima, independentemente da individualização do dano.” (*O direito & o tempo, embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Renovar, 2008, p. 879-879)

O sistema em questão afigura-se disciplinado no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Como se vê, a norma em comento também exige a presença de dano e nexos causal para que alguém responda pelas lesões causadas a outrem. A peculiaridade da norma reside na dispensa de se provar a culpa daquele a quem se imputa o evento lesivo, motivo pelo qual se reputa objetiva a responsabilização constante no referido parágrafo.

Em face dessa peculiaridade é que o Código Civil somente permite que se excepcione a regra geral quando houver determinação legal nesse sentido e nos casos em que atividade do causador do dano implicar, por sua natureza, risco para direito de outrem.

Quando a lei prevê a responsabilização objetiva, não há o que se discutir. Afasta-se a necessidade de se provar a culpa do agente por expressa disposição legal.

Por isso, a controvérsia residirá na definição do que venha a ser atividade que, por sua natureza, represente ameaça a direito de outrem.

Atividade, no sentido utilizado pela norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira empresarial ou comercial, para a realização de fins econômicos.

Mais uma vez, valho-me dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, em obra já citada:

“Em que sentido teria o Código empregado a palavra ‘atividade’. Essa é a questão nodal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não nos parece que tenha sido utilizado no sentido de ação ou omissão, porque essas palavras foram utilizadas no art. 186 na definição do ato ilícito. Vale dizer: para configurar a responsabilidade subjetiva (que normalmente decorre de conduta pessoal ou individual) o Código se valeu das palavras ‘ação’ ou ‘omissão’. Agora, quando quis configurar a responsabilidade objetiva em uma cláusula geral, valeu-se da palavra ‘atividade’. Isso, a toda evidência, faz sentido. Aqui, não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos. Reforça essa conclusão o fato de que a doutrina e a própria lei utilizam a palavra ‘atividade’ para designar serviços. No direito administrativo, por exemplo, define-se serviço público com o emprego da palavra ‘atividade’.

(...)

No plano da lei – o que é ainda mais eloquente – o Código de Defesa do Consumidor, no § 2º do seu art. 3º, dispõe: ‘Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo (...)’. Logo, não há como afastar a ideia, já consagrada pela lei e pela doutrina, de que atividade indica serviço, ou seja, atuação reiterada, habitual, organizada profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.’ (fls. 182-183)

Como se percebe, o Código Civil, ao utilizar o termo “atividade”, não se referiu a conduta (individualmente considerada), pois esta já se encontra disciplinada pelo sistema da responsabilidade subjetiva. O que o legislador quis abarcar com tal conceito foi a atuação profissional/empresarial do causador do dano, ou seja, o parágrafo em comento nos protege das consequências do empreendimento explorado pelo autor do evento lesivo à esfera juridicamente protegida de outrem.

Insta ressaltar, entretanto, que não é qualquer atividade que ensejará a objetivação da responsabilidade. Somente aquelas que, por sua natureza, representem ameaça a direito de outrem atrairão a incidência da norma em exame.

Delimitar o que constitui, ou não, a referida atividade exige do intérprete da norma o seguinte cuidado: a responsabilidade objetiva afigura-se como a exceção à regra geral de responsabilidade subjetiva. Assim, inviável a adoção de qualquer interpretação, no sentido de responsabilizar o autor do dano pelos riscos inerentes à sua atividade, se não houve defeito na respectiva execução.

Por isso, somente haverá incidência do parágrafo em comento se os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

anormal e imprevisível àquele que deles se utiliza, nos termos do que determina a teoria do risco adquirido, que pode assim ser sintetizada:

“Fala-se em teoria do risco adquirido quando bens e serviços não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mas tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. Malheiros, p. 184)

Nesse sentido, trago à colação, mais uma vez, os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes:

“(…) a cláusula de responsabilidade objetiva incide nas atividades organizadas que, lícitamente, representam perigo para os direitos de outrem. Serão, pois, indenizáveis independentemente de culpa os danos injustos, decorrentes de atividades perigosas lícitamente empreendidas, isto é, atividades das quais a sociedade é beneficiária. O fundamento da responsabilidade objetiva está, objetivamente, no perigo criado e independe de qualquer possibilidade de controle sobre a fonte do risco, bem como da equação ônus-bônus, ou seja, de algum proveito econômico por parte do autor do dano.

Em virtude de sua imprecisa redação e por configurar, mesmo em nível mundial, significativa novidade legislativa, acredita-se que, ao menos num primeiro momento, as interpretações que mais se aproximarem das correntes ditas subjetivistas, que vinculam a cláusula geral de risco a alguma forma de violação ou de sanção, prevalecerão. Isto porque o sistema anterior estava fortemente radicado na noção de culpa, sendo preciso esperar o tempo necessário à gradual transição, como normalmente ocorre com novos conceitos jurídicos, muitas vezes fruto de ‘saltos adiante’ do legislador.

Com o passar do tempo, porém, o fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, o dever de solidariedade social, sobressairá e aceitar-se-á que seu alcance é amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, em havendo nexo de causalidade com a atividade perigosa desenvolvida. Não mais se sustentará qualquer resquício de culpa, de violação, de sanção ou de descumprimento de deveres no fundamento da responsabilidade objetiva, a não ser como o necessário pressuposto de uma ação de regresso.” (*O direito & o tempo, embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Renovar, 2008, p. 879-879)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Tecidas essas considerações, constata-se que o Código Civil:

a) traz a regra geral de responsabilidade civil, qual seja, a subjetiva, desde que presentes os requisitos a que se fez alusão (conduta culposa, dano e nexo causal);

b) adota excepcionalmente a responsabilidade objetiva, nos casos previstos em lei e naquelas situações em que a atividade do autor, por sua natureza, represente perigo a direito de outrem; e

c) ostenta o caráter de norma geral, em termos de sistema de responsabilização civil, por força do disposto nos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC.

Finalizada a análise do tema em questão sob a ótica do Código Civil, passa-se ao exame da matéria sob o enfoque do direito do consumidor.

Para tanto, necessário relembrar que o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do Código Civil, destina-se a disciplinar relações travadas por sujeitos “desiguais”, quais sejam, indivíduos que se enquadrem nos conceitos de fornecedor e consumidor.

Por isso, ao analisarmos a norma consumerista, percebe-se que o sistema de responsabilização previsto no código em comento reflete a preocupação do legislador em tutelar a parte mais fraca da avença (o consumidor). A sua hipossuficiência decorre do fato de que o fornecedor detém todas as informações acerca dos produtos e serviços colocados no mercado, consoante assevera Rizzato Nunes, em sua obra *Curso de Direito do Consumidor*, 2. ed., 2005, Saraiva:

“Quando comentamos os arts. 4º, I, e 6º, VIII, anotamos que a lei reconhece um fato: o de que o consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo, como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos.

Esse reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia prevista na Constituição Federal. Significa que o consumidor é a parte fraca da relação de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade é real, concreta e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

se está referindo apenas aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

É por isso que, quando se fala em ‘escolha’ do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, a obtenção de lucro.

(...)

Mas o relevante na hipossuficiência é exatamente essa ausência de informações a respeito dos produtos e serviços que adquire.” (p. 577-578)

Com base no acima exposto (a ausência de informações do consumidor acerca dos produtos e serviços oferecidos no mercado), o legislador responsabilizou objetivamente o fornecedor pelos defeitos oriundos da atividade que desempenha, consoante se depreende dos arts. 12 e 14 do CDC, cujos teores são os seguintes:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – sua apresentação;
- II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

Assim, basta que a atividade desenvolvida pelo fornecedor (colocação de produtos e serviços no mercado) cause, por ter sido desempenhada de maneira defeituosa, dano ao consumidor, para que a parte fraca da relação jurídica faça jus à indenização devida pela lesão decorrente da relação de consumo. Não há, por expressa disposição legal, necessidade de se provar a culpa do fornecedor.

Por fim, em que pese o art. 7º do CDC permitir a aplicação subsidiária do Código Civil às relações de consumo, no que tange à responsabilização do fornecedor, tal expediente não se afigura necessário, pois o sistema instituído pela legislação consumerista afigura-se mais favorável do que aquele instituído pela norma civil (art. 927, parágrafo único). Isso porque desnecessário aferir

se a atividade desenvolvida pelo causador do dano acarreta, por sua natureza, risco a direito de outrem.

No tocante ao Direito do Trabalho, em primeiro lugar, o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal ao garantir ao empregado o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos em decorrência de acidente de trabalho, quando presente o dolo ou a culpa do empregador, conferiu ao trabalhador um mínimo de proteção, em face do referido acontecimento. Ou seja, não excluiu a criação de outro sistema, ainda que fora da legislação diretamente ligada ao Direito do Trabalho, mais favorável aos empregados.

Conclusão diversa ensejaria o vilipêndio ao princípio da prevalência da norma mais benéfica, segundo o qual, caracterizado o conflito entre espécies normativas, prevalecerá aquela que for mais benéfica ao empregado, qualquer que seja a sua hierarquia.

Outro não é o entendimento de Edilton Meireles (*O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, 3. ed., 2005, LTr):

“No capítulo que trata da responsabilidade civil, a grande novidade legislativa está contida no parágrafo único do art. 927, em sua parte final.

Por esse novo dispositivo legal, fica instituída a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, afora os casos previstos em leis especiais, sempre que ‘a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’. A responsabilidade, assim, neste caso, será objetiva.

É a aplicação da teoria do risco para a apuração da responsabilidade.

Assim, caberá à doutrina, e em especial, à jurisprudência, definir quais são as atividades em que, normalmente, por sua natureza, há riscos para o direito de outrem.

(...)

Na área trabalhista, pode-se pensar nas atividades desenvolvidas por empresas que envolvam grandes riscos à vida e à saúde do trabalhador (sem mencionar terceiros), como, por exemplo, na manipulação de produtos químicos, radioativos, cancerígenos, etc., ou mesmo em condições que colocam o ser humano em constante risco de acidente.

É de se lamentar, porém, que esse preceito adote critério subjetivo para definir o que seja atividade de risco, pois acaba por deferir ao arbítrio

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do juiz essa tarefa. Melhor seria que o próprio legislador, por vontade política, definisse as hipóteses de responsabilidade objetiva.” (p. 130-131)

Nesse sentido, Rodolfo Pamplona Filho (Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro, *in O impacto do Código Civil no Direito do Trabalho*, 2003, LTr):

“A terceira, porém, é a que gera polêmica, tendo uma natureza puramente civil, de reparação de danos, prevista no já mencionado art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

(...)

Poder-se-ia defender que, a partir do momento em que a Carta Constitucional exigiu, expressamente, a comprovação de culpa ou dolo do empregador para impor-lhe a obrigação de indenizar, optou por um núcleo necessário, fundado na responsabilidade subjetiva, do qual o legislador infraconstitucional não se poderia afastar.

Ademais, uma lei ordinária não poderia simplesmente desconSIDERAR requisitos previamente delineados em norma constitucional a qual, além de se situar em grau superior, serve como próprio fundamento de validade.

Se o constituinte quisesse reconhecer a responsabilidade objetiva, seria explícito, a exemplo do tratamento dispensado à responsabilidade civil do Estado, no art. 37, § 6º.

Não sendo assim, remanesce o princípio da culpa.

Todavia, a questão não é assim tão direta.

De fato, não há como se negar que, como regra geral, indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis, incidindo de forma independente do seguro acidentário pago pelo Estado.

Todavia, parece-nos impossível admitir a situação de um sujeito que:

- por força de lei, assume os riscos da atividade econômica;
- por exercer determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados;

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

– ainda assim, em relação aos seus empregados, tendo o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa...

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si só causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados injustamente pelo *exercício da mesma atividade* que atraiu a responsabilidade objetiva, teria um direito a responder subjetivamente.

Desculpe-nos, mas é muito para o nosso fígado.” (p. 283-285)

Além disso, conforme já esposado anteriormente, o presente ramo do direito destina-se a reger a mais desigual dentre as relações que podem ser travadas pelos seres humanos. Isso porque o trabalhador, premido pela necessidade de auferir meios para o seu sustento, não se encontra em condições de negociar com plena liberdade as cláusulas que disciplinarão o ajuste firmado com o empregador. Assim, qualquer interpretação acerca de institutos incidentes sobre a relação em comento deve-se nortear por essa premissa.

Dessa forma, a fim de se evitar o paradoxo a que fez alusão o último autor citado, qual seja, a possibilidade de incidência de sistemas diversos de responsabilidade civil, em que pese a lesão a pessoas distintas (consumidores, empregados ou terceiros que não se enquadrem em nenhuma dessas categorias) ser oriunda do mesmo evento (atividade exercida pelo empregador), necessária se faz a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil às relações disciplinadas pelo Direito do Trabalho. Ressalte-se, ainda, que o art. 8º, parágrafo único, da CLT endossa o entendimento acima esposado, por determinar que o direito comum ostenta a condição de fonte subsidiária da legislação obreira, naquilo que com ela não for incompatível.

Assim, para se aferir a natureza da responsabilidade incidente na hipótese dos autos, necessário, apenas, que reste atendido o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de seguinte teor:

“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.”

Inicialmente, valho-me dos conceitos de “atividade” e “risco para os direitos de outrem” já utilizados, cuja transcrição, no momento, afigura-se oportuna:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Atividade, no sentido utilizado pela norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira empresarial ou comercial, para a realização de fins econômicos.

(...)

Delimitar o que constitui, ou não, a referida atividade exige do intérprete da norma o seguinte cuidado: a responsabilidade objetiva afigura-se como a exceção à regra geral de responsabilidade subjetiva. Assim, inviável a adoção de qualquer interpretação, no sentido de responsabilizar o autor do dano pelos riscos inerentes à sua atividade, se não houve defeito na respectiva execução.

Por isso, somente haverá incidência do parágrafo em comento se os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo anormal e imprevisível àquele que deles se utiliza, nos termos do que determina a teoria do risco adquirido, que pode assim ser sintetizada:

‘Fala-se em teoria do risco adquirido quando bens e serviços não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mas tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido.’” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., Malheiros, p. 184)

Entretanto, não basta que o empregador desenvolva atividade econômica/profissional que enseje a colocação de produtos ou serviços no mercado de consumo, e que estes se tornem perigosos, em razão de eventuais defeitos (anormais e imprevisíveis sob a ótica do empregado). Tampouco o dano experimentado pelo obreiro é suficiente, por si só, à responsabilização daquele que suporta os riscos da atividade econômica.

No Direito do Trabalho, o traço distintivo, no que tange à incidência do dispositivo legal em análise, reside no trabalho desenvolvido pelo empregado, no momento em que é vitimado pelo evento lesivo a direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Se o dano experimentado pelo obreiro não resultar dos produtos e serviços fornecidos pelo empregador no desempenho de sua atividade econômica/profissional, não haverá o *nexo causal* apto a ensejar a responsabilidade objetiva daquele que deu causa ao dano. Nessa situação, deverá restar comprovado que aquele a quem se imputa lesão experimentada concorreu culposamente para a ocorrência dos danos suportados pelo trabalhador.

Tecidas essas premissas, passa-se ao exame da hipótese dos autos.

Para tanto, necessária a transcrição do acórdão regional:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Assiste razão à empregadora.

De acordo com as informações prestadas pela única testemunha inquirida (fls. 278-280), no momento de sua contratação, o demandante demonstrou familiaridade com os equipamentos de marcenaria – entre os quais se encontrava a serra circular.

Considerando o fato de ter trabalhado por vários anos para outra empresa do ramo mobiliário, conforme reconhecido em depoimento pessoal (fls. 277-278), pressuponho razoável que a vindicada não tenha duvidado das informações prestadas pelo próprio trabalhador durante o treinamento inicial, conforme aduzido pelo convidado Ademir Narciso:

‘(...) o depoente e outro gerente mostraram todos os setores para o autor, sendo que este disse que sabia lidar com máquinas, tendo sido dito pelo autor que fazia 13 anos que sabia lidar com máquinas; que o autor foi contratado para fazer várias funções, mas que foi mostrada uma máquina para o mesmo e esse disse que dava para trabalhar na mesma, porque sabia como fazer; que a máquina era uma recortadeira de barra; que o depoente e o Sr. Ivanir levaram o autor até a máquina, mostraram como se fazia, sendo que o autor cortou madeira sabendo como se operava a máquina; (...) no primeiro dia foi dito pelo autor que possuía experiência com máquinas (...).’

Tanto é assim que, quando instado a operar a serra circular, o demandante não encontrou dificuldade para cumprir a tarefa que lhe foi atribuída.

Considerando essas circunstâncias, afastado qualquer cogitação a respeito da culpabilidade da reclamada em relação ao treinamento e à adoção das medidas de segurança correspondentes ao desempenho da função do reclamante.

Falta analisar, nessa perspectiva, o acidente narrado:

Sete dias após ser admitido, o autor manobrava a serra circular, conforme as fotografias das fls. 176-178, quando, ao tentar retirar uma sobra de madeira que havia ficado presa na lâmina cortante *com as mãos e a máquina em funcionamento*, o autor sofreu o corte no dedo indicador, que resultou na deformidade comprovada às fls. 25-26 e na consequente incapacitação parcial para o trabalho.

Não há dúvidas, portanto, quanto à atitude imprudente do demandante. E nem se diga que isto resultou da falta de treinamento ou orientação específica, pois qualquer pessoa com razoável discernimento

saberia que não deve pôr a mão próxima a uma serra em funcionamento para retirar restos de madeira.

Fosse o reclamante previdente, teria desligado o equipamento ou, no mínimo, utilizado uma haste para extrair as sobras. Aliás, hastes de madeira não faltavam no local de trabalho do autor, como se afere das fotografias das fls. 176-178.

Ressalto ter ficado comprovado, por meio testemunhal, que a referida máquina dispunha de mecanismo de proteção, de modo que somente uma atitude inesperada e imprudente poderia causar o mal ocorrido com o postulante, o que faz confirmar a excludente de responsabilidade da empregadora.

Em razão do exposto, caracterizada a culpa exclusiva do reclamante, dou provimento ao apelo da reclamada para excluir sua condenação no pagamento de pensão e indenizações por danos moral e estético, bem como a obrigação de constituição de capital em garantia, julgando integralmente improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.” (fls. 321v.-322v.)

Como se percebe pela decisão recorrida, o reclamante, no momento do acidente, manejava serra circular localizada dentro do estabelecimento da reclamada, visando à obtenção dos pedaços de madeira necessários à exploração da atividade econômica da empregadora, qual seja, a fabricação e venda de móveis de madeira, consoante se depreende do seu contrato social:

“Capítulo I

DA RAZÃO SOCIAL, SEDE, OBJETO, INÍCIO E PRAZO

Art. 3º A sociedade tem por objeto a *fabricação de móveis de madeira, vime e junco.*”

Assim, a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que o trabalho prestado pelo obreiro constituiu etapa necessária à colocação dos produtos fornecidos pela reclamada no mercado de consumo. Referidos produtos, nos termos do art. 12, § 1º, II, do CDC devem oferecer àqueles que os manuseiam a segurança que deles é legitimamente esperada, levando-se em conta os usos e os riscos que lhes são inerentes.

Para o trabalhador, o disposto no mencionado dispositivo legal deve ser observado durante todas as etapas de produção, desde o manuseio da matéria-prima até a distribuição do produto final. Isso porque o empregado, no decorrer das referidas fases, entra em contato com o bem que será disponibilizado no mercado de consumo, ainda que em diferentes estágios da transformação acima esposada (conversão da matéria-prima no produto final).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A perda que vitimou o obreiro afasta-se, a toda evidência, do disposto no mencionado dispositivo legal, por afigurar-se imprevisível e anormal que o empregado, ao manusear serra circular que (conforme asseverado pelo acórdão regional) dispunha de mecanismo de proteção, sofra o acidente em exame. Tal ocorre, pois se afigura legitimamente esperado que a fabricação dos bens materiais de que nos valem para satisfazer nossas necessidades se dê sem agressão às integridades física e moral dos indivíduos alocados para a realização do citado empreendimento.

Assim, presentes dois dos três elementos necessários à responsabilização da empregadora, quais sejam: a) atividade que, considerando-se a teoria do risco adquirido, representa perigo a direito de outrem (equivalente à conduta, se o autor do dano fosse pessoa física); e b) vilipêndio a direito da personalidade do obreiro, consubstanciado na sua integridade física, ou seja, dano à sua esfera juridicamente protegida.

Quanto último elemento necessário à responsabilização da reclamada (nexo causal), sucede que a perda do dedo do obreiro ocorreu na linha de produção dos bens comercializados pela empregadora. Inseriu-se, pois, na atividade por ela empresarialmente explorada, motivo pelo qual a outra conclusão não se pode chegar, senão a de que o empreendimento em questão foi a causa determinante da lesão suportada pelo empregado. Fugir de tal conclusão seria equivalente a negar ao consumidor, caso fosse vítima de dano oriundo de defeito do produto para cuja fabricação o trabalho do reclamante contribuiu, a incidência da responsabilidade objetiva prevista no mencionado dispositivo do CDC (art. 12).

Presentes, portanto, os requisitos necessários à indenização por danos material e moral, faz jus o reclamante às parcelas postuladas.

Por todo o exposto, divirjo do Ministro Relator, para conhecer do recurso de revista, por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, apontada nas razões do recurso de revista.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR – ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

Em decorrência do conhecimento do recurso de revista, dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença proferida pela Vara do Trabalho, que deferiu o pagamento de indenização por danos morais e materiais ao reclamante.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do recurso de revista do reclamante quanto ao tema “Dano moral. Acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva do empregador. Art. 927, parágrafo único, do Código Civil”, por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, vencido o Exmo. Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator, e, no mérito, à unanimidade, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que deferiu a indenização por danos morais e materiais.

Brasília, 17 de dezembro de 2008. *Vieira de Mello Filho*, redator designado.

DISPENSA TRABALHISTA COLETIVA. INTERVENIÊNCIA SINDICAL

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juri-

dicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII, e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos supra.

Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.

(Processo nº TST- RODC-309/2009-000-15-00 – Ac. SETPOEDC)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, em que são recorrentes Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A – EMBRAER e outra, Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespaciais, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespaciais do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL e recorridos os Mesmos.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica com pedido de liminar ajuizado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER S/A e outra.

Os suscitantes requereram a concessão de medida liminar, para que fosse determinada a suspensão cautelar das rescisões contratuais, e ao fim do processo, a declaração de nulidade das dispensas coletivas efetivadas sem observância da necessária negociação prévia com os sindicatos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região concedeu a liminar, determinando a suspensão das rescisões contratuais operadas pela suscitada desde o dia 19.02.2009, sem justa causa ou sob o fundamento de dificuldades financeiras decorrentes da crise econômica global, assim como as que vierem a ocorrer sob igual forma ou justificativa, até a data da audiência de conciliação, então designada para o dia 05.03.2009 (fls. 195/202).

O Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespaciais, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespaciais do Estado de São Paulo – SINDIAEROESPACIAL requereu o ingresso na lide na qualidade de litisconsorte necessário ou assistente (fls. 206/208). Foi deferida sua intervenção na condição de assistente, para participar da audiência de conciliação (fls. 343/345).

Na audiência realizada no dia 05.03.2009, foram juntados documentos, proposta uma reunião informal no dia 09.03.2009 e designada audiência de conciliação em prosseguimento para o dia 13.03.09 (fls. 346/348).

Na audiência seguinte (fls. 663/688) foram apresentadas as seguintes propostas conciliatórias pelo Tribunal Regional: suspensão do contrato de trabalho dos empregados que foram dispensados coletivamente pela suscitada a partir de 13.03.2009, pelo prazo de 12 meses, para qualificação profissional, nos termos do art. 476-A da CLT; sucessivamente, caso prevalecesse a rescisão dos contratos de trabalho, a implementação de indenização adicional consubstanciada na majoração progressiva do aviso prévio indenizado, no valor

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

correspondente a um mês de aviso prévio legal por ano de serviço prestado às suscitadas, limitados a quinze vezes esse valor, além da manutenção integral das cláusulas sociais previstas na convenção coletiva das categorias por 12 meses, garantia de recontração preferencial dos empregados dispensados pelo prazo de 2 anos, manutenção do plano médico familiar pelo período de 12 meses e garantia de estabilidade no emprego para os trabalhadores não dispensados pelo prazo de 120 dias. A empresa suscitada, por sua vez, apresentou contraproposta nos seguintes termos: manutenção por 12 meses do plano médico gratuito para todos os dispensados e seus dependentes; no caso de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis mantidas durante 2 anos; compensação econômica de 2 salários, limitados a R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) cada um, com teto máximo de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização. Não houve conciliação. Por conseguinte, o processo foi a julgamento.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região conheceu do dissídio coletivo, acolheu a intervenção do SINDIAEROESPACIAL como assistente litisconsorcial, rejeitou o pedido de *amicus curiae* da ABRAC e as demais preliminares da defesa. No mérito, declarou a abusividade da dispensa coletiva, entendeu inexistir garantia de emprego ou estabilidade que justificasse a reintegração (ressalvados os casos previstos em lei e em normas coletivas), e concedeu a cada empregado dispensado uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais. Além disso, declarou a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigentes até essa data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos e a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores dispensados e seus familiares por 12 meses a contar de 13.03.2009, concedendo direito de preferência aos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pela empresa (fls. 706/747).

Recurso ordinário das empresas suscitadas (fls. 760/799), dos suscitantes (fls. 815/822) e do sindicato assistente (fls. 825/833).

Foi proferida decisão pela Presidência desta Corte, concedendo efeito suspensivo ao recurso ordinário até final julgamento (fls. 839/843)

Contra-razões do sindicato assistente (fls. 845/852), dos suscitantes (fls. 855/869) e das suscitadas (fls. 870/895).

O Ministério Público do Trabalho opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito (fls. 901/903).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Foi realizada audiência de conciliação nesta Corte (fls. 910/912). Por este Relator foi apresentada a seguinte proposta: manutenção da decisão do TRT, alterando-se para 4 (quatro) vezes a quantia do aviso prévio indenizatório até o limite de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais). A empresa não concordou com a proposta, sendo que os sindicatos profissionais, se houvesse tal concordância, levariam as propostas às respectivas assembleias de trabalhadores.

É o relatório.

VOTO

A – RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA EMPRESA
BRASILEIRA DE AERONÁUTICA S/A E OUTRA (fls. 760/799)

I – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo, e estão preenchidos os demais pressupostos genéricos de admissibilidade do apelo.

Conheço.

II – MÉRITO

1 – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA LIMINAR CONCEDIDA E
INADEQUAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA PROPOSTA

As suscitadas renovam a preliminar arguida em contestação quanto à impossibilidade jurídica da liminar concedida e inadequação da ação coletiva proposta. Sobre o tema, assim se manifestou a Corte Regional, entre outros fundamentos:

“No tocante ao dissídio coletivo trabalhista, ensina o Professor e Ministro Ives Gandra Martins Filho que ‘a regra geral é, pois, que os dissídios coletivos constituam ações dispositivas, em que a solução do conflito coletivo se dá pela criação de novas regras e condições de trabalho, além daquelas já previstas legalmente’.

Com efeito, nos arts. 856 a 875 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se todo o regramento pertinente aos dissídios ou ações coletivas que visam à criação de melhores condições de trabalho e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

salários, no âmbito das categorias envolvidas. São normas de procedimento, mas não comportam uma inteligência que se desvie deste propósito, ou seja, de solução de conflito de interesses ou econômico.

Não sem razão que o ilustre Professor e Ministro arremata que ‘a doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer a possibilidade do dissídio coletivo visando não à fixação de normas e condições de trabalho, mas à delimitação exata das já existentes, no sentido de *interpretar* as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria. Trata-se do denominado *dissídio coletivo de natureza jurídica*, que se contrapõe ao *dissídio coletivo de natureza econômica*’.

Louvando-me deste sábio ensinamento doutrinário, ousou dizer que os dissídios coletivos jurídicos não têm um regramento procedimental específico no ordenamento jurídico, nem mesmo normas que estabeleçam condições de admissibilidade da ação ou pressupostos processuais específicos para a sua instauração. Os requisitos ou pressupostos para a instauração válida e regular do processo de dissídio de natureza jurídica são aqueles de caráter geral dos dissídios coletivos de natureza econômica. Estes, sim, previstos em lei.

A construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, ao criá-lo, avançou e instituiu requisitos não previstos em lei para a admissibilidade desta ação e para a instauração do processo.

É neste contexto que interpreto e aplico a Orientação Jurisprudencial nº 07 da SDC e o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, com todo o respeito que tenho por aquela Colenda Corte.

O caráter marcadamente publicista do processo de dissídio coletivo de natureza jurídica ou econômica, dada a relevância das matérias que trazem às portas do Poder Judiciário não pode ser visto nem receber igual tratamento que os procedimentos que tenham por objeto direitos individuais.

Fatos novos ou inusitados no mundo capitalista estão hoje trazendo às barras dos tribunais do trabalho fenômenos delineados por efeitos maléficos da globalização econômica, em que as dificuldades econômico-financeiras de empresas de países distantes repercutem na economia nacional, afetando número infindável de empresas e milhares de trabalhadores, requerendo dos poderes públicos, entre eles o Judiciário, uma pronta e efetiva resposta.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Estes fenômenos têm levado as empresas a tomar atitudes imprevistas, que surpreendem os trabalhadores e a sociedade, como as demissões coletivas de seus empregados.

Nesse contexto, *data venia* daqueles que entendem em sentido contrário, penso que não é razoável nem justo que este Eg. Tribunal possa escudar-se em formalidades procedimentais para frustrar pronunciamento sobre o fundo da questão.

Aduz a suscitada que não se admite nas ações declaratórias, como se classificam os dissídios coletivos, pretensão condenatória.

Ressalto, porém, que a petição inicial contém pretensão de que o Tribunal instaure negociação com as suscitadas, cumulado com pedido meramente declaratório, porque o pedido é expresso de *que seja, ao final, julgado procedente o dissídio coletivo de natureza jurídica para declarar nulas as demissões coletivas efetivadas sem observância da negociação prévia com os suscitantes*.

O dissídio coletivo é desenganadamente de natureza declaratória, no dizer do ministro Ives Gandra Martins Filho, acima transcrito, ‘no sentido de *interpretar* as leis, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas incidentes sobre as relações de trabalho de uma dada categoria’.

Não se pode desconsiderar, porém, que a suscitada compareceu à audiência de tentativa de conciliação e fez propostas de solução do conflito coletivo, o que não pode ser desprezado para a solução da questão tão intrincada.

De sorte que, não importando as palavras que empregue o suscitante, cabe ao Tribunal interpretá-las, conforme o objeto e a natureza da pretensão deduzida.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.”

Em sede de recurso ordinário, as suscitadas alegam que a suspensão e a anulação das rescisões são totalmente incompatíveis com o dissídio coletivo de natureza jurídica, que, no entender da categoria econômica, dá origem a sentença desprovida de execução compulsória.

Sem razão.

Efetivamente, o dissídio coletivo de natureza jurídica tem como finalidade específica interpretar e declarar o alcance das cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções

coletivas, de disposições legais atinentes à categoria profissional ou econômica e de atos normativos.

A hipótese dos autos, no entanto, é excepcionalíssima, não se enquadrando inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica.

Contudo, a matéria central aqui enfocada é eminentemente jurídica, envolvendo a interpretação quanto a aspecto fundamental da ordem jurídica: se as dispensas massivas são, ou não, regidas do mesmo modo normativo do que as dispensas meramente individuais, e não o sendo, quais as consequências jurídicas de sua regência normativa específica. Nesta medida, o presente dissídio é fundamental e preponderantemente jurídico, embora se reconheça sua natureza algo mista, quer dizer, é dissídio coletivo preponderantemente jurídico, mas também com dimensões econômicas.

Por outro lado, observa-se que não há regramento específico na ordem jurídica prevendo de que maneira o conflito aqui discutido deverá ser decidido. Trata-se de figura incomum, diferindo das demais hipóteses já previstas no ordenamento e devidamente regulamentadas por lei, pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, torna-se inviável a aplicação, ao evento dos autos, de requisitos formais previstos para situações diversas, com o objetivo de impossibilitar o julgamento da causa.

No entanto, na ausência de normas específicas, não pode o julgador se furtar da obrigação de dirimir a ação, não importando a nomenclatura a ela conferida, devendo encontrar soluções adequadas que possibilitem a devida prestação jurisdicional.

A Justiça do Trabalho tem competência constitucional para dirimir os conflitos coletivos, não importando a denominação. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, restou atribuída à Justiça do Trabalho a competência para julgar “as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores” (art. 114, III, da Carta Política), fixando ainda a competência dessa justiça especializada para, “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (art. 114, § 2º).

Além disso, a Constituição Federal prevê, em seu art. 8º, III, que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dessarte, é inevitável a conclusão de que a apreciação da causa deve se dar pela Justiça do Trabalho, e através de dissídio coletivo genericamente considerado, já que este é o instrumento adequado para análise de questões envolvendo entes coletivos normativamente especificados.

Ademais, conforme destacado pela Corte Regional, trata-se de conflito social de máxima relevância, que não pode ser desprezado por mera formalidade processual. As repercussões do fato aqui julgado influenciam não apenas os diretamente interessados, mas a sociedade como um todo, devendo o Direito dar uma resposta concreta à questão trazida à análise.

Nego provimento.

2 – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA CATEGORIA PARA AJUIZAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO

O Tribunal Regional assim se manifestou:

“Havendo previsão estatutária de que o sindicato autoriza sua diretoria a celebrar acordo e convenção coletiva de trabalho, bem como a suscitar dissídios coletivos, estará suprida a necessidade de assembleia para suscitar dissídio coletivo de natureza jurídica, o que não se aplica, obviamente, aos dissídios de natureza econômica.

Ademais, no caso em exame, o impacto da demissão de mais de 4.200 trabalhadores, sem prévia negociação nem comunicação antecipada do fato ao sindicato de classe, torna-o de tal forma inusitado e surpreendente, que exigiu dos suscitantes a solicitação de medida urgentíssima para a defesa dos interesses dos integrantes da categoria.

Entretanto, para que não se entenda que o Tribunal esteja criando um precedente perigoso de inexigibilidade de assembleia da categoria para a instauração de dissídio coletivo, fica esclarecido que se trata de um caso excepcional e extraordinário, que de forma alguma cria tal precedente.

Não é demais lembrar que a OJ 06 da SDC do C. TST foi cancelada. Aquela orientação jurisprudencial tinha a seguinte redação: ‘O dissídio coletivo de natureza jurídica não prescinde de autorização da categoria, reunida em assembleia para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso’.

Rejeito a preliminar arguida.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

As empresas suscitadas alegam que é necessária a autorização expressa da categoria para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza jurídica, requerendo a extinção do feito por ausência de requisito formal.

Não merece prosperar.

Esta Corte já entendeu, em casos semelhantes, que o requisito da autorização da categoria, reunida em assembleia, nem sempre é necessário para legitimar o sindicato próprio para o ajuizamento de dissídio coletivo.

Foi o caso do ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica, considerada uma prerrogativa do sindicato, conforme o art. 8º, III, da Constituição Federal e o art. 513, *a*, da CLT. Por esse fundamento, esta Subseção cancelou a OJ 06/SDC, que previa que tal espécie de dissídio coletivo não prescindia da autorização da categoria, reunida em assembleia, para legitimar o sindicato próprio, nem da etapa negocial prévia para buscar solução de consenso.

Seguindo essa linha de raciocínio, é necessário concluir que também no caso concreto não é necessária a legitimação imediata do sindicato através da assembleia geral, já que o ente coletivo obreiro já está legitimado constitucionalmente para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Conforme exposto na preliminar anterior, é inviável a aplicação, ao evento dos autos, de requisitos formais previstos para situações diversas, com o objetivo de impossibilitar o julgamento da causa, como é o caso do pressuposto formal da legitimação da assembleia geral, exigida para os dissídios coletivos de natureza econômica.

Vale ainda destacar, conforme pontuado pela Corte Regional, que a situação é de total excepcionalidade. O fato que impactou a categoria – dispensa de aproximadamente 4.200 empregados – não deve ser entendido como normal, corriqueiro. O bom senso nos leva a inferir que seria inviável, naquele momento, a instauração de uma assembleia deliberativa da categoria.

Do exposto, nego provimento.

3 – ILEGITIMIDADE DE PARTE

As suscitadas renovam a preliminar de ilegitimidade dos suscitantes, rejeitada pela Corte Regional pelos seguintes fundamentos:

“Inicialmente, cai por terra toda a argumentação da suscitada quanto à ausência de representação pelos sindicatos dos metalúrgicos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em municípios que não o de São José dos Campos, porque ao examinar a admissibilidade do SINDIAEROESPACIAL, como assistente litisconsorcial, houve esclarecimento acerca das questões pendentes, relativas à representatividade da categoria. Na admissão da intervenção do SINDIAEROESPACIAL foi suprida qualquer deficiência de representação dos trabalhadores daqueles municípios, porque se trata de sindicato que tem base territorial em todo o Estado de São Paulo (certidão do Ministério do Trabalho de fls. 210).

Assim, representados pelo SINDIAEROESPACIAL ou pelo sindicato dos metalúrgicos, todos os trabalhadores dos municípios mencionados pela suscitada estão representados neste dissídio coletivo.”

As recorrentes alegam que o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu não tem a representação dos seus empregados em São Paulo, Botucatu, Gavião Peixoto e Taubaté, e que a Federação também não tem razão de estar no dissídio, diante da existência de sindicato local representativo. Ademais, alegam a existência de categorias diferenciadas na empresa, que não podem ser atingidas pela decisão no presente dissídio.

Sem razão.

Observa-se que os suscitantes são legítimos representantes da categoria, pois ambos os sindicatos representam parcelas de trabalhadores da empresa suscitada.

Quanto à questão das categorias diferenciadas, também não têm razão, já que o enquadramento sindical se dá pela atividade preponderante da categoria econômica representada. O fato de existir, nos quadros da empresa, trabalhadores de categorias diferenciadas não afasta a legitimidade do suscitante para atuar na defesa de seus representados.

Nego provimento.

4 – LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As suscitadas alegam que as entidades sindicais deveriam ter cumprido os requisitos do art. 858 da CLT, apresentando as bases da conciliação. Aduzem que os Tribunais Trabalhistas não podem, em nome do Poder Normativo, invadir o espaço destinado ao Poder Legislativo.

Os argumentos não devem prosperar.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A princípio, observa-se que foram preenchidos os requisitos legais para ajuizamento do dissídio coletivo na hipótese.

Por óbvio, a questão da necessidade de prova das bases de conciliação não se aplica ao caso de dispensa coletiva pelo empregador, já que a empresa tomou tal decisão unilateralmente, sem prévia consulta ou notificação aos sindicatos profissionais, impossibilitando-os de tomar qualquer medida prévia conciliatória.

Quanto aos limites do poder normativo, também não possuem razão as recorrentes.

Conforme já afirmado na análise das demais preliminares, a hipótese dos autos é excepcionalíssima, e não se enquadra inteiramente na figura clássica do dissídio coletivo de natureza jurídica.

Além disso, de acordo com a fundamentação *supra*, a Justiça do Trabalho tem competência constitucional para dirimir os conflitos coletivos, de acordo com o previsto na Constituição Federal.

Pelo exposto, nego provimento.

5 – MÉRITO

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região declarou a abusividade da dispensa coletiva realizada pela empresa, assim fundamentando:

“II.2 – DA DEMISSÃO COLETIVA E DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO

O fenômeno da ‘dispensa coletiva’ vem preocupando juristas e estudiosos há muitos anos, que detectaram causas das mais diversas: inovações tecnológicas, substituição de máquinas e equipamentos obsoletos por máquinas modernas, automação, crises econômicas etc.

Nos idos de 1973, o saudoso Professor Dr. Orlando Gomes já se detinha sobre a matéria, conceituando a dispensa coletiva como ‘a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados’. Segundo o insigne mestre, a dispensa coletiva podia ter como causa a força maior ou a reorganização da empresa por mudanças tecnológicas; em se tratando de reorganização da empresa que implicasse diminuição de seus efetivos, deveria ser submetida a controle da autoridade administrativa; a interessada teria de comunicar, com certa

antecedência, o seu projeto de reorganização, informando o número de empregados, com as respectivas qualificações, quais sobrariam e a data provável da dispensa coletiva (ob. cit., p. 577). Lembra que na França têm-se introduzido em convenções coletivas de trabalho cláusulas que estimulam a proibição de dispensa antes de esgotadas outras possibilidades para evitar a dispensa coletiva, como, por exemplo, a redução do horário de trabalho (ob. cit., p. 577).

Finalmente, Orlando Gomes entendia, já nos idos da década de 1970, que os efeitos da dispensa coletiva não devem ser os mesmos da individual, sem justa causa ou por força maior. Assevera que tem cabimento a dilação do aviso prévio normal, variável em função da antiguidade do trabalhador na empresa.

A diferença entre dispensa individual e coletiva foi ressaltada pelo renomado Doutor e Professor da PUC-SP, Renato Rua de Almeida, que, examinando as características gerais do regime da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa no Direito do Trabalho contemporâneo, de passagem faz distinção da despedida individual e coletiva: ‘A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa. Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural’.

Destacando que, se a despedida individual implica em controle *a priori*, a demissão coletiva submete-se a um controle *a posteriori*, conforme as diretrizes gerais da Convenção 158, de 1982, da Organização Internacional do Trabalho.

Acrescentando, o referido autor afirma: ‘Tais diretrizes gerais da despedida individual, *bem como os procedimentos da despedida coletiva*, fazem com que o Direito do Trabalho contemporâneo esteja consentâneo com o fenômeno da procedimentalização que informa o direito como um todo, com a chegada da ‘sociedade da informação e da comunicação’, conforme afirma Alain Supiot, em obra recente, isto é, um direito construído dentro da teoria da comunicação, segundo lição de Jürgen Habermas, vale dizer, um direito operacionalizado por normas reguladoras das relações privadas, onde as decisões são mais negociadas e tomadas entre particulares, do que um direito imposto por normas heterônomas e imperativas, cujas decisões são mais hierarquizadas e unilaterais’.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Doutor e Professor aposentado da USP, Amauri Mascaro Nascimento, ensina que ‘quanto à dispensa coletiva, o principal traço jurídico distintivo da individual está na natureza do ato instantâneo desta e de ato sucessivo naquela, na forma em que prevê a Convenção 158 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que define um modelo de procedimento em várias e sucessivas etapas, a começar de um programa de dispensas, de modo a preservar os trabalhadores em determinada situação – como os mais antigos etc. – seguindo-se a verificação da possibilidade de alternativas, como a suspensão coletiva do trabalho por um prazo, um aviso prévio prolongado e outras, que podem diversificar-se em cada situação concreta’.

Aduz que Convenção 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.

No Brasil, a Convenção 158 da OIT, a que se referem os dois renomados professores, foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 17.09.92, cuja publicação no Diário Oficial só se deu em 11.04.96, mas, infelizmente, teve vida curta, porque foi denunciada em 20.11.96. Assim, vigorou no Brasil por apenas oito meses. Embora o ato de denúncia seja objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, equivale dizer, o ato denunciante esteja *sub judice*, encontra-se formalmente banida do ordenamento jurídico, tanto que o STF arquivou, por perda do objeto, a ADI movida pela Confederação Nacional dos Transportes que visava a declaração de sua inconstitucionalidade.

Os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado *custo Brasil*, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade dos nossos produtos no mercado de um mundo globalizado.

Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995 a Convenção 158 da OIT já havia sido ratificada

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

na Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d'olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da Convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil.

Continuando o exame do direito comparado, verifica-se que a União Europeia segue as diretrizes uniformes fixadas para todos os seus membros, de observância obrigatória, independentemente do direito interno. As dispensas coletivas estão disciplinadas nas Diretivas 75/128/CEE de 17.02.1975, e 92/56 CEE de 24.06.92, sendo que todas harmonizam-se com as regras da Convenção 158 da OIT.

Destaque-se que a *União Europeia* desenvolveu uma política de reforço à proteção dos trabalhadores nos casos de dispensas coletivas. Nas diretivas mencionadas estabelece-se um procedimento prévio de consultas às representações dos trabalhadores, com finalidade de celebrar acordo e evitar ou atenuar as consequências da dispensa e prever medidas sociais de acompanhamento, especialmente de ajuda para a reciclagem dos trabalhadores atingidos. Há um procedimento de dispensa coletiva, com prazo de trinta dias, e notificação da autoridade competente.

Com efeito, na Diretiva 98/59 do Conselho, de 20.06.98, na exposição de motivos, item 2, está claro que:

‘Considerando que se deve reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade.’

Na *Espanha*, o Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de março, aprovou o novo texto da Ley del Estatuto de los Trabajadores: ‘2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme el procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores’.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em *Portugal*, a Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprovou a revisão do Código do Trabalho, assim dispôs:

‘*Divisão II*

Despedimento colectivo

Artigo 359º

Noção de despedimento colectivo

1 – Considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo *empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores*, conforme se trate, respectivamente, de microempresa ou de pequena empresa, por um lado, ou de média ou grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções ou estrutura equivalente ou redução do número de trabalhadores determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos.

(...)

Comunicações em caso de despedimento colectivo

1 – O empregador que pretenda proceder a um despedimento colectivo comunica essa intenção, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na sua falta, à comissão intersindical ou às comissões sindicais da empresa representativas dos trabalhadores a abranger.’

No *México*, a Ley Federal del Trabajo, de 01.04.1970 (cf. texto vigente, cuja última reforma foi publicada no DOF de 17.01.2006), *assim dispôs*:

‘Artículo 433. La terminación de las relaciones de trabajo como consecuencia del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos, se sujetará a las disposiciones de los artículos siguientes. (...)

Artículo 435. En los casos señalados en el artículo anterior, se observarán las normas siguientes:

I. Si se trata de las fracciones I y V, se dará aviso de la terminación a la Junta de Conciliación y Arbitraje, para que ésta, previo el procedimiento consignado en el artículo 782 y siguientes, la apruebe o desapruébe;

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

II. Si se trata de la fracción III, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 782 y siguientes; y

III. Si se trata de la fracción II, el patrón, previamente a la terminación, deberá obtener la autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con las disposiciones para conflictos colectivos de naturaleza económica.

Artículo 436. En los casos de terminación de los trabajos señalados en el artículo 434, salvo el de la fracción IV, los trabajadores tendrán derecho a una indemnización de tres meses de salario, y a recibir la prima de antigüedad a que se refiere el artículo 162.’

No âmbito do Mercosul, encontramos a Lei Argentina nº 24.013, promulgada em 05.12.91, que dispõe, entre outros temas, acerca do procedimento preventivo de crises de empresas, estabelecendo critérios para despedidas coletivas, iniciando-se pela comunicação prévia aos demitidos, ou àqueles que tenham contratos suspensos por força maior, causas econômicas ou tecnológicas que afetem um número elevado de trabalhadores, seguindo-se um procedimento de negociação perante o Ministério do Trabalho e com a participação sindical:

‘Capítulo 6

Procedimiento preventivo de crisis de empresas

Artículo 98. Con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a más del quince por ciento (15%) de los trabajadores en empresas de menos de cuatrocientos (400) trabajadores; a más del diez por ciento (10%) en empresas de entre cuatrocientos (400) y mil (1.000) trabajadores; y a más del cinco por ciento (5%) en empresas de más de mil (1.000) trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis previsto en este capítulo.

Artículo 99. El procedimiento de crisis se tramitará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a instancia del empleador o de la asociación sindical de los trabajadores. En su presentación, el peticionante fundamentará su solicitud, ofreciendo todos los elementos probatorios que considere pertinentes.

Artículo 100. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

Artículo 101. En caso de no existir acuerdo en la audiencia prevista en el artículo anterior, se abrirá un período de negociación entre el empleador y la asociación sindical, el que tendrá una duración máxima de diez (10) días.

Artículo 102. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de parte podrá: a) recabar informes aclaratorios o ampliatorios acerca de los fundamentos de la petición; b) realizar investigaciones, pedir dictámenes y asesoramiento, y cualquier otra medida para mejor proveer.

Artículo 103. Si las partes, dentro de los plazos previstos en este capítulo, arribaren a un acuerdo, lo elevarán al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien dentro del plazo de diez (10) días podrá: a) homologar el acuerdo con la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo; b) rechazar el acuerdo mediante resolución fundada. Vencido el plazo sin pronunciamiento administrativo, el acuerdo se tendrá por homologado.

Artículo 104. A partir de la notificación, y hasta la conclusión del procedimiento de crisis, el empleador no podrá ejecutar las medidas objeto del procedimiento, ni los trabajadores ejercer la huelga u otras medidas de acción sindical. La violación de esta norma por parte del empleador determinará que los trabajadores afectados mantengan su relación de trabajo y deba pagárseles los salarios caídos. Si los trabajadores ejercieren la huelga u otras medidas de acción sindical, se aplicará lo previsto en la Ley 14.786.

Artículo 105. Vencidos los plazos previstos en este capítulo sin acuerdo de partes se dará por concluido el procedimiento de crisis. Capítulo 7 Programas de Emergencia Ocupacional.’

Este é o contexto do direito comparado.

II.3 – DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO NA DEMISSÃO COLETIVA NO BRASIL

O Direito do Trabalho no Brasil só cogita de proteção contra a demissão individual do empregado, quando sem justa causa, como preconiza o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. É o que afirma o Professor Amauri Mascaro Nascimento: ‘nosso direito voltou-se para

as dispensas individuais, e nesse sentido é que se dirige a sua construção legal, doutrinária e jurisprudencial, apesar da realidade mais rica e expansiva das relações de trabalho’.

No entanto, é uma proteção que se resumiu à elevação da multa sobre o saldo do FGTS de 10 para 40%, conforme a letra *b*, inciso I do art. 10 do ADCT da CF/88. Assim, à exceção das hipóteses de estabilidade provisória, a isto restringe a proteção do trabalhador individualmente despedido.

Por outro lado, não há no ordenamento jurídico regramento nenhum acerca da despedida em massa ou coletiva, seja relacionada a uma causa objetiva, de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural, ou a uma crise econômica internacional, como a que se vive atualmente, o que acaba por fazer a situação merecer o mesmo tratamento jurídico da proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa, isto é, a situação recebe tratamento como se fosse uma soma de despedidas individuais sem justa causa.

Em todo caso, a falta de regramento da matéria tem sido contornada com a introdução de cláusulas em acordos e convenções coletivas de trabalho que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva. Estes critérios normativos inspiram-se geralmente nos costumes, como é o caso dos PDVs, ou nas diretrizes da própria Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Encontram-se na doutrina inúmeras sugestões de alternativas para a proteção do trabalhador na demissão coletiva, como a suspensão dos contratos, com ou sem pagamento de salários; as férias coletivas; a redução de jornada e de salários.

A nossa lei, no art. 476-A da CLT, preconiza a possibilidade de suspensão do contrato por cinco meses, com possibilidade de prorrogação, para a participação do empregado em programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador.

Entretanto, tudo depende de previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho que, inclusive, estabelecerá que durante a suspensão o empregado receberá ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial.

A norma em questão não tem o propósito de proteger o empregado no caso de ‘dispensa coletiva’, mas a suspensão temporária do contrato poderia ser utilizada, à semelhança das férias coletivas, para evitar a demissão coletiva de plano.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Cumpre acrescentar que a alternativa preconizada no art. 476-A foi objeto de proposta conciliatória do Exmo. Sr. Desembargador Presidente, mas rejeitada pelas partes.

Assim, rejeitada a proposta de suspensão do contrato, não havendo previsão normativa da categoria que estabeleça critérios para a demissão coletiva, constata-se uma inarredável lacuna no ordenamento jurídico em relação à matéria, a menos que se admita a eficácia da Convenção 158 da OIT.

No entanto, não é dado ao juiz recusar-se de decidir ante a omissão ou de lacuna na lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma geral de direito que orienta a aplicação de todo o ordenamento jurídico privado.

Além disso, o Direito do Trabalho tem norma específica no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que preconiza expressamente:

‘Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros *princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado*, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. *O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.*’ (destaquei)

Resta a este E. Tribunal socorrer-se dos princípios gerais de direito, especialmente de Direito do Trabalho e de direito comparado, ancorado neste preceito legal. Não se trata, porém, de aplicação dos princípios jurídicos em caráter secundário ou de forma hierarquicamente inferior dentro do ordenamento jurídico, mas com a eficácia de normatividade, equivalente à das normas escritas.

II.4 – DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy e do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, sucessor de Herbert Hart na cátedra de jurisprudência da Universidade Oxford, a dissociação entre normas, princípios e regras foi superada.

Com efeito, ‘a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particu-

lar, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema', conforme ressalta Luiz Roberto Barroso, em *Interpretação constitucional aplicada da Constituição*, Saraiva, 1998, p. 141.

Nesta linha de raciocínio, qual seja, da dissociação de normas, princípios e regras, é oportuno destacar a afirmação de Norberto Bobbio: 'Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese sustentada por Crisafulli'.

Com o evoluir da Teoria Geral do Direito, mormente em face da inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se *uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. Assim, as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições. E mais: a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo.*

O Prof. Paulo Bonavides sintetiza, com a maestria que lhe é peculiar, a evolução da teoria da força normativa dos princípios e a sua prevalência no pós-positivismo jurídico: 'Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão

máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios’.

A partir da ideia da normatização dos princípios que protegem os valores magnos da sociedade moderna, não é exagero sustentar que os princípios juntamente com as regras e a argumentação jurídica fazem parte do gênero *norma*. Os princípios devem ser encarados hierarquicamente como norma jurídica, garantindo-lhes, pelo menos, o mesmo grau de importância das regras legais nesta nova hermenêutica constitucional.

Não se desconhece que haja quem sustente que, diante das formulações de valores que embasam a normatividade dos princípios, a estes deve ser conferida prevalência e preferência em detrimento das regras do sistema jurídico, situando-os no ponto mais alto do sistema.

Diante da normatividade dos princípios e da sua real importância, influenciam efetivamente o estudo da ciência jurídica, pois o princípio, na resolução de qualquer caso concreto, desce das altas esferas do sistema jurídico para ser aplicado e solucionar o problema debatido na sua concretude.

Revela-se, portanto, perigoso afirmar que, em razão do disposto nos arts. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, os princípios ficam situados num plano secundário ou hierarquicamente inferior dentro do sistema jurídico, alegando ser lícita a sua aplicação somente nos casos de lacuna na lei.

Ocorre que as regras legalmente constituídas pelo Estado foram inseridas no sistema jurídico posteriormente aos princípios, uma vez que destes originaram-se. Claro, as regras postas estão assentadas nos princípios. *Caso uma determinada regra seja suprimida do ordenamento jurídico, restará sob ela o princípio que embasou a sua criação.*

Assim, é possível concluir com Cinthia Maria Fonseca Espada que no pós-positivismo jurídico, os princípios adquiriram a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, válidas e eficazes. Os princípios são estruturalmente iguais aos valores. Introduce-se novamente a moral no Direito e a ideia de justiça volta a estar presente na interpretação jurídica. Neste contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a ser o centro das preocupações dos juristas.

Acerca dos valores que são substrato de ideias que se cristalizam em princípios jurídicos, ensina José Afonso da Silva: ‘Valor, em sentido

normativo, é tudo aquilo que orienta (indica diretriz) a conduta humana. É um vetor (indica sempre um sentido) que guia, atraindo, consciente ou inconscientemente, o ser humano. O valor comporta sempre um julgamento, e, pois, uma possibilidade de escolha entre caminhos diferentes. Isso porque a cada valor corresponde um desvalor. Nesse sentido, a democracia é um valor político; a ditadura, um desvalor. Os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (inciso IV) são, assim, os elementos que lhe dão o rumo do bem-estar social’.

Por outro lado, esta visão pós-positivista da hermenêutica do direito, levou-me a sustentar na minha dissertação de conclusão do curso de mestrado que na atual perspectiva do direito não subsistem os postulados da hermenêutica tradicional que reduziam a eficácia das normas constitucionais como meramente programáticas. A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia – ética, moral e direito – em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva.

Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República do Brasil, definidos entre os *Princípios Fundamentais*, o da *dignidade da pessoa humana*; os *valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa* (no art. 1º, III e IV); a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*; a *garantia do desenvolvimento econômico*; a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais*; a *promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); a *independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

Estes fundamentos do Estado de Direito Democrático desdobram-se e/ou estão definidos, de forma particular, no Título VII – *Da Ordem Econômica* – e criam mecanismos de proteção e garantia do sistema capitalista, definem política de contenção de abusos do poder econômico (arts. 170 a 192); e na definição *Da Ordem Social* instituem mecanismos de desenvolvimento social, proclamam a necessidade de redução da desigualdade social e da pobreza, através de ações que garantam ao cidadão: acesso ao trabalho, previdência social, saúde, educação,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

assistência social, proteção ao meio ambiente, cultura, família, criança, adolescente, idoso etc. (arts. 6º, 7º e 193 a 232).

Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as demissões coletivas de trabalhadores por empresas, quer sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., quer por supressão de estabelecimentos, por seus impactos econômicos e sociais, não são imunes a uma rede de proteção dos trabalhadores atingidos. Esta proteção deve ter outros parâmetros que não aqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais.

Os pressupostos do regime geral do Direito do Trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego na despedida individual são insuficientes para fazer frente à gravidade do fenômeno da dispensa coletiva.

Por esta razão, como visto acima, os ordenamentos jurídicos alienígenas, inspirados na Convenção 158 da OIT, regulamentaram a demissão coletiva de forma minuciosa, partindo de diretrizes que exigem desde pedidos, autorizações ou comunicações prévias às autoridades competentes, negociações coletivas que previamente estabeleçam critérios de demissão e, finalmente, se não for possível evitar as demissões coletivas, determinam que se proceda com alternativas de proteção aos trabalhadores de modo a causar o menor impacto possível para as suas famílias e, por consequência, para a coletividade.

Em não havendo como evitar as demissões coletivas, a solução *na Espanha e no México* é a fixação de indenização compensatória; *na Itália*, por meio da Lei nº 223/91, e *na França*, pela Lei do Trabalho de 1995, fixaram-se planos de demissão escalonada por critérios neles estabelecidos. As diretivas da União Europeia igualmente preveem indenizações.

De sorte que é possível concluir pelo exame da legislação comparada, especialmente da União Europeia e da Convenção 158 da OIT, que as demissões coletivas não podem ser aceitas, a não ser quando obedecidos todos os rituais próprios e específicos, incluindo sempre negociações coletivas que busquem alternativas que suavizem seus efeitos, como é o caso das indenizações.

Relativamente à eficácia da Convenção 158 da OIT no Brasil, cumpre ressaltar a declaração da OIT sobre os princípios e direitos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

fundamentais no trabalho, em que se considera o crescimento econômico essencial, mas não suficiente para assegurar a equidade, a erradicação da pobreza e a manutenção de empregos, para declarar que todos os membros, *ainda que não tenham ratificado as convenções, tenham compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.*

No caso em exame, é de se entender e acatar as justificativas alegadas pela suscitada de que uma crise econômica mundial afetou brusca e profundamente o mercado e a produção de aeronaves, com o cancelamento de encomendas e a falta de perspectiva de uma retomada para breve dos níveis de produção, como vinha ocorrendo até o último semestre do ano passado, mormente considerando que sua atividade empresarial é totalmente dependente de um mercado internacional que se encontra em profunda retração e sem sinais de recuperação para os próximos meses, ou talvez anos.

Este quadro desaguou inevitavelmente na demissão de 4.200 trabalhadores, a ponto de torná-las irreversíveis.

Embora a contundência destes fatos configure-se inarredável e torne a situação irreversível, na medida em que o número de postos de trabalho ofertados pelas empresas está sempre atrelado ao seu potencial produtivo, que dependem, por outro lado, do desenvolvimento da estabilidade da economia de cada país e, no caso, como em muitas outras atividades empresariais, dependente também da estabilidade do mundo globalizado, por isso, oscilações econômicas locais e no mundo são sempre fatores inevitáveis de maior emprego ou desemprego, o condenável foi a forma como a demissão coletiva foi conduzida e efetivada, sem que se tenha buscado formas efetivas de suavização dos seus efeitos, como medidas alternativas, e o que é pior, como já ressaltado acima, *não houve anúncio prévio, nem manifestação de disposição de negociar uma demissão coletiva de modo a causar um impacto menor nas famílias e na comunidade.*

É inviável, porém, sustentar a vedação absoluta das dispensas nestas circunstâncias. A imposição de reintegração, em face do ordenamento jurídico vigente, ou do direito comparado, em que as normas limitam-se a traçar procedimentos prévios, deságuam sempre em indenização que amenize os efeitos do ato patronal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dir-se-á que não é verdade que a suscitada não estava disposta a negociar, tanto que compareceu perante esta Corte e inicialmente ofereceu uma proposta de indenização de R\$ 1.600,00 a cada um dos demitidos, que evoluiu, nesta proposta, para um teto equivalente a dois salários de R\$ 3.500,00, além da manutenção por um ano dos planos de assistência médica dos trabalhadores e suas famílias.

Não é exagero dizer que a liminar de suspensão dos efeitos das demissões, oportunamente concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, forçou a empresa a comparecer a esta Corte para negociar. Tanto que num primeiro momento foi radicalmente intransigente, nada oferecendo. A negociação só evoluiu porque não se encerraram as tratativas na primeira audiência. Segundo, é natural que os sindicatos profissionais que sempre se caracterizaram por radicalismos exacerbados tenham se sentido mais fortalecidos e também radicalizado.

Não obstante todas estas circunstâncias, a liminar teve a sua função de trazer as partes à mesa de negociação, da qual emergiram propostas que constam do termo de audiência e balizam os parâmetros para uma composição judicial do conflito.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas no conflito, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso.

Dir-se-á que a reclamada tem o poder potestativo de demitir. Este poder insere-se no âmbito das dispensas individuais, para as quais, como visto acima, há uma proteção legal específica.

Assim, vislumbro que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional caracteriza o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre-iniciativa e à cidadania.

No domínio econômico, a liberdade de iniciativa deve ser contingenciada por interesses do desenvolvimento nacional e de justiça social, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão nos autos do Mandado de Segurança nº 3351-4-DF, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, na 1ª Seção, publicado no DJ de 10.08.94, *in verbis*:

‘No domínio do desenvolvimento econômico – conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a liberdade de iniciativa

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

constitucionalmente assegurada, fica jungida ao interesse do desenvolvimento econômico nacional da justiça social e se realiza visando à harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, admitindo, a Lei Maior, que a União intervenha na esfera da economia para suprimir ou controlar o abuso de poder econômico.⁷

Assim, sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem que haja uma ampla negociação com os entes sindicais respectivos.

O direito reprime o abuso de direito com a imposição de sanções com vistas à reparação dos efeitos maléficos do ato.

Neste contexto, havendo pedido dos suscitantes de que se declare a nulidade da dispensa coletiva, reputo-a abusiva por falta de boa-fé objetiva, nos termos do art. 422 do Código Civil, por ausência de negociação prévia, espontânea e direta entre as partes, que revela falta de lealdade da conduta, na medida em que houve tentativa de conciliação tão-somente com mediação judicial e, assim mesmo, por força de uma liminar de suspensão dos efeitos das demissões.

O decreto de abusividade tem por fundamento os princípios gerais e os princípios fundamentais consagrados na Constituição da República, como *a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa* (no art. 1º, III e IV); *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (no art. 3º, I, II, III e IV); *a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, I e II).

Admitem-se como princípios gerais de Direito do Trabalho os da proteção do empregado nas dispensas coletivas, bem como aqueles existentes no direito comparado, com as Diretivas da União Europeia, das Leis de Trabalho da Espanha e do México, além das diretrizes da Convenção 158 da OIT, na lição de Amauri Mascado Nascimento.

Não se desconhece que, acerca da Convenção 158 da OIT, o ato de denúncia encontra-se *sub judice*. E que Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3 de 04.07.97, movida pela Confederação Nacional dos Transportes, teve deferida em parte a liminar ao fundamento de que

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a Convenção não é sucedâneo de lei complementar exigida pelo art. 7º da CF/88. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu o conteúdo programático da Convenção 158, o que não impede que seus comandos sejam interpretados como princípios gerais de Direito do Trabalho, conforme a doutrina da normatividade dos princípios jurídicos, acima examinada.

Por tais fundamentos e, ainda, com fulcro no art. 422 do Código Civil de 2002, declaro:

a) a abusividade do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva, sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais, nem instituição de programa de demissão voluntária incentivada;

b) a inexistência de garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais;

c) o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de sete mil reais;

d) a eficácia da liminar concedida até o dia 13.03.2009, para manter vigente até esta data os contratos de trabalho em todos os seus efeitos;

e) a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses a contar de 13.03.2009;

f) nos casos de reativação dos postos de trabalho, de acordo com as necessidades da empresa, preferência na seleção dos empregados despedidos que se apresentem e preencham as qualificações exigidas pelos cargos disponíveis, mantida durante dois anos.

O pagamento da reparação não substitui o direito dos trabalhadores demitidos ao recebimento das verbas rescisórias típicas das dispensas individuais e sem justa causa, calculadas conforme a legislação trabalhista em vigor e com as vantagens dos instrumentos normativos que lhes forem aplicáveis, além de outras vantagens que as suscitadas concederam ou venham a conceder unilateralmente.

Em consequência, declaro a perda da eficácia da liminar concedida, e não defiro o pagamento de salários do período em que a liminar teve eficácia.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Inconformadas, as suscitadas interpuseram recurso ordinário, alegando que a dispensa foi realizada com a absoluta observância da legislação relativa às reparações dos contratos de trabalho, não havendo abuso de direito na prática. Afirmam que, além de todas as indenizações previstas na legislação trabalhista, ainda foram pagas as vantagens decorrentes de acordos coletivos que o Sindicato se recusou a assinar desde 2005. Argumentam que a decisão da Corte Regional utilizou princípios de forma supletiva, o que é inadmissível ante a existência de regra própria, e que as empresas observaram a boa-fé objetiva nas dispensas. Requerem que seja cassado o acórdão recorrido, excluindo-se por completo a declaração de abuso de direito e a extensão dos contratos de trabalho até 13.03.2009.

Passo à análise.

A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes.

A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva.

O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada.

O problema da dispensa coletiva há muito é objeto de estudo e análise pelo direito. Já em 1974, Orlando Gomes assim explicava o instituto (*Dispensa coletiva na reestruturação da empresa – aspectos jurídicos do desemprego tecnológico*, LTr, ano 38, São Paulo, jul. 1974):

“*Dispensa coletiva* é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Dois traços caracterizam a *dispensa coletiva*, permitindo distingui-la da *dispensa plúrima*. São:

- a) a peculiaridade da causa;
- b) a redução definitiva do quadro do pessoal.

Na *dispensa coletiva é única e exclusiva* a cláusula determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir *determinados* trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de *dispensar uma pluralidade de empregados* não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da *dispensa* é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.”

Trata-se da hipótese exata dos autos, em que as suscitadas dispensaram mais de quatro mil empregados alegando razões de ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, I, que é direito fundamental de todos dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo à lei complementar a regulamentação desse direito.

No caso dos contratos individuais de trabalho, na inexistência da referida lei, a matéria encontra-se prevista no art. 10º do ADCT, que dispõe que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF/88, fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 5.107/66.

Além disso, observa-se que a dispensa individual é regulada minuciosamente na ordem jurídica, produzindo os efeitos tradicionais previstos na CLT e na legislação trabalhista em geral, tais como o pagamento de: aviso prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais (com 1/3), liberação do FGTS, entre outros reflexos, de acordo com a modalidade da dispensa.

A *dispensa coletiva*, por sua vez, é fato distinto da *dispensa individual* em sua estrutura, dimensão, profundidade, efeitos, impactos e repercussões.

Nota-se, num exercício analógico, que a diferença entre fatos individuais ou específicos e fatos coletivos pode ser observada em outras searas do direito. Uma conduta omissiva do trabalhador, que deixa de comparecer ao posto de trabalho, por exemplo, possui punição prevista pelo direito, podendo ser

considerada até mesmo como justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da CLT. Já uma conduta omissiva de uma coletividade, sejam empregados de um setor ou de toda uma empresa, não é infração trabalhista, mas um direito constitucionalmente previsto, ou seja, o direito de greve (art. 9º, CF/88).

A diferença entre o individual e o coletivo também pode ser observada no campo das ciências. Uma doença individual é um fato com estrutura, dimensão e repercussão localizadas, pontuais, individuais e tópicas, ao passo que uma epidemia do mesmo mal tem dimensão, profundidade, impacto e, dessa forma, estruturas diferentes.

Portanto, tanto na vida social como nas ciências, e como também no direito, os fatos estritamente individuais são manifestamente distintos dos fatos coletivos, massivos.

Os eventos da dispensa coletiva e da dispensa individual de trabalhadores de certa empresa não poderiam obedecer a outra lógica. A dispensa coletiva, embora não esteja tipificada explícita e minuciosamente em lei, corresponde a fato econômico, social e jurídico diverso da despedida individual, pela acentuação da lesão provocada e pelo alargamento de seus efeitos, que deixam de ser restritos a alguns trabalhadores e suas famílias, atingindo, além das pessoas envolvidas, toda a comunidade empresarial, trabalhista, cidadina e até mesmo regional, abalando, ainda, o mercado econômico interno. *É um fato manifestamente diferente da dispensa individual.*

A dispensa coletiva no direito brasileiro, por ser ato, conduta ou fato massivo, envolvendo significativa coletividade de trabalhadores, é matéria típica, específica e obrigatória do *Direito Coletivo do Trabalho*, que pode ser definido como o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua atuação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais. Possui, portanto, regras e princípios específicos, diversos do Direito Individual.

Além de possuir funções justralhistas gerais, esse ramo do direito também possui funções juscoletivas específicas, quais sejam, a geração de normas jurídicas, a pacificação de conflitos de natureza coletiva, função sociopolítica e função econômica.

Nesse contexto, os diversos instrumentos do Direito Coletivo do Trabalho são meios de solução de importantes conflitos sociais, que são aqueles que surgem em torno da relação de emprego (ou de trabalho), ganhando projeção

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

grupais, coletivas. Além disso, tal ramo do direito é um dos mais relevantes instrumentos de democratização de poder, no âmbito social, existente nas modernas sociedades democráticas. O problema das dispensas coletivas, portanto, deve ser resolvido dentro desses parâmetros.

A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).

As citadas convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, contêm garantias democráticas à atuação sindical, que ressaltam a importância do ser coletivo obreiro no âmbito internacional, nacional e local, e devem ser observadas na aplicação do Direito do Trabalho, enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social, suplementando a ordem jurídica interna juslaboral.

Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a submissão da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII, e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça a distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, é inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, seja espontaneamente, seja no plano do processo judicial coletivo. Para este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), a dispensa coletiva não regulada e atenuada pela negociação coletiva até mesmo ensejaria indenização compensatória superior às simples verbas da estrita dispensa individual, a par de outros efeitos em conformidade com a situação concreta enfocada.

Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual.

Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, *não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva*. As consequências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a

proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, *caput*, e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.

Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém *norma de eficácia contida*, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas regras jurídicas *têm aplicabilidade imediata*, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria Constituição. São, em geral, as normas que enunciam direitos com o preceito suplementar, “(...) na forma que a lei estabelecer”, ou, na hipótese normativa em análise, “(...) nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos”. Observe-se: não sendo editada a legislação complementar regulamentadora (e restritiva), a norma constitucional (e seu princípio subjacente) firma-se em vigor.

Ressalte-se, finalmente, que a norma de eficácia contida possui, ainda, importante efeito esterilizante negativo sobre as normas infraconstitucionais que lhe sejam antitéticas ou incompatíveis – efeito não percebido pelo critério teórico tradicional. A simples circunstância de esse tipo de norma invalidar a continuidade ou emergência de preceitos antagônicos ou incompatíveis já lhe confere substantiva eficácia no contexto da ordem jurídica global envolvida.

Nesse quadro, a inércia do legislador em regulamentar as consequências e sanções previstas no caso de dispensa coletiva não pode impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente, como estabelecido no já citado art. 7º, I, além de outros, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, que são fundamentos da República. A Carta Magna prevê, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e tem, entre seus princípios, a busca do pleno emprego.

Como forma de solucionar conflitos, a CLT prevê, em seu art. 8º, que, na falta de disposições legais ou contratuais, a Justiça do Trabalho decidirá,

conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade, por princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, usos e costumes e pelo direito comparado, ressaltando em seu parágrafo único que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho no que lhe for compatível.

Além dos já citados princípios gerais de direito, e do estudo de direito comparado, já bem pormenorizado no citado acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho, outros aspectos jurídicos merecem destaque.

Um ponto relevante é que a *dispensa coletiva* é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a *necessária participação do sindicato*. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF).

Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista.

Nesse sentido, segundo este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, *para os casos futuros*, a d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada – até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-A da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.

Nas dispensas massivas a prática (costume trabalhista, art. 8º da CLT) tem criado os PDVs, PDIs e similares, os quais estabelecem valores indenizatórios pagos segundo o tempo de serviço, a manutenção, ainda que temporária, de certas vantagens adicionais criadas pela empresa (planos de saúde, por exemplo).

Por todo exposto, conclui-se que as dispensas coletivas realizadas de maneira desregrada somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado *hobbesiano* na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Tal ato/fato é inviável, porém, dentro da regência constitucional de 1988.

Na hipótese dos autos, segundo o entendimento deste Relator, é incontroverso que as dispensas foram efetivadas sem nenhuma negociação prévia com o sindicato obreiro, e sem o necessário estabelecimento de critérios objetivos e sociais para escolha dos trabalhadores diretamente prejudicados, pelo que a conduta empresarial afronta a ordem jurídica pátria. Mas a d. Maioria da Seção, repita-se, entendeu pertinente apenas fixar a referida premissa, com efeitos para casos novos, não se aplicando, conforme já exposto, ao presente caso.

Este Relator ainda acrescentava os seguintes fundamentos:

Analisando o Direito Comum, mais especificamente o Direito Civil, que também é critério de integração do Direito do Trabalho, merece destaque a questão da boa-fé objetiva, que também deve ser observada nessa seara.

Ao explicar a função hermenêutico-integrativa de tal princípio, Eduardo Milléo Baracat assim discorre (*A boa-fé no direito individual do trabalho*, ed. LTr, 2003, p. 180):

“A primeira função da boa-fé é a de, ao mesmo tempo, interpretar e integrar o contrato. Não se trata, contudo, apenas ‘interpretar’ e ‘integrar’, isoladamente, pois a função integrativa ‘não é qualitativamente diversa da função interpretativa’, esclarece Fernando Noronha, sendo que, continua, ‘a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato, para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei’.

Adverte, todavia, Clóvis do Couto e Silva, que a função hermenêutica integrativa não se confunde com o princípio da boa-fé, pois este ‘traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações, ou, ainda, mesmo antes da formação do contrato, até após finalizada a relação obrigacional. A boa-fé dinamiza a função interpretativo-integrativa, tornando-a mais abrangente diante da complexidade da relação obrigacional’.

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando tão-somente da dialética crédito (direito do empregador de dispor da mão-de-obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), considerados isoladamente, mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum.”

Dessa forma, a boa-fé deve ser observada em todas as relações jurídicas, em especial nas relações trabalhistas, que possuem claro cunho social.

No caso dos autos, a ausência de informação e de tentativa de negociação prévia com as entidades sindicais interessadas, ou até mesmo com os próprios trabalhadores, que foram surpreendidos com a decisão repentina da empresa, representaria clara ofensa à boa-fé objetiva, ao princípio da confiança e ao dever de informação.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Além de afronta à boa-fé objetiva, a dispensa também constitui abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, já que a empresa excedeu os limites impostos pelo seu fim social e econômico e pela boa-fé, tendo seu ato causado sérias consequências não apenas para os diretamente envolvidos, como também para a sociedade como um todo.

Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos, e por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região.

Em consequência de todo o exposto, fica claro, conforme o entendimento deste Relator, que a nulidade das dispensas existiria até que fosse efetivada a negociação coletiva trabalhista, ou, não sendo possível, processado o dissídio coletivo.

Dessa forma, não seria possível acolher o pedido de reforma do acórdão proferido pelo TRT, com a consequente exclusão da declaração de abuso de direito na dispensa dos empregados.

Também mereceria ser mantida a decisão da Corte Regional do que concerne à extensão dos contratos de trabalho até 13.03.2009, data da última audiência de tentativa de conciliação perante aquele Tribunal.

No entanto, a d. Maioria, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda, decidiu dar provimento ao recurso ordinário das empresas, afastando a declaração de abusividade das dispensas, e não vendo também afronta à boa-fé objetiva. Para a d. Maioria, até então a jurisprudência era pacífica em não restringir as dispensas coletivas; logo, não houve, para esta interpretação, nem abusividade, nem falta de boa-fé objetiva.

Em relação à prorrogação dos contratos de trabalho até 13.03.2009, esta Seção, também por maioria, decidiu dar provimento ao recurso ordinário das empresas para excluir tal extensão, vencidos no ponto este Relator e os Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, Walmir Oliveira da Costa e Kátia Arruda. Para a d. Maioria, não sendo abusiva a dispensa e nem agressiva da boa-fé objetiva, não caberia invalidar o ato empresarial de ruptura, nem estender os contratos para dias ou semanas adicionais.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ainda, por maioria, a SDC decidiu negar provimento ao recurso quanto às demais matérias, fixando a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos *supra*.

B – RECURSOS ORDINÁRIOS INTERPOSTOS PELO SINDICATO DOS METALÚRGICOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO E OUTROS (FLS. 815/822) E PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE CONSTRUÇÃO DE AERONAVES, EQUIPAMENTOS GERAIS AEROESPACIAIS, AEROPEÇAS, MONTAGEM E REPARAÇÃO DE AERONAVES E INSTRUMENTOS AEROESPACIAIS DE SÃO PAULO (FLS. 825/833):

I – CONHECIMENTO

Os recursos são tempestivos e estão preenchidos os demais pressupostos genéricos de admissibilidade dos apelos, que serão julgados em conjunto dada a identidade da matéria.

Conheço.

II – MÉRITO

Inconformados com a decisão da Corte Regional, os suscitantes requerem a sua reforma.

O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros postulam a reforma do acórdão regional, afim de que seja decretada a nulidade das dispensas e continuidade dos contratos e das obrigações dela decorrentes. Já o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Construção de Aeronaves, Equipamentos Gerais Aeroespaciais, Aeropeças, Montagem e Reparação de Aeronaves e Instrumentos Aeroespaciais de São Paulo requer a reforma da decisão, para que seja declarada a nulidade das dispensas, pela abusividade, e, conseqüentemente, determinada a reintegração dos empregados dispensados ou, caso assim não se entenda, a majoração da compensação financeira fixada pela Corte Regional.

Passo à análise.

Quanto ao pedido das partes de declaração de nulidade das dispensas efetuadas, observa-se que a Corte Regional já havia declarado a abusividade

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do procedimento das suscitadas ao praticar a dispensa coletiva sem nenhuma negociação coletiva prévia com as entidades sindicais.

Entretanto, no julgamento do recurso ordinário das suscitadas, esta Seção decidiu afastar a declaração de abusividade das dispensas, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda, o que prejudica a análise do pedido dos suscitantes.

No que concerne à reintegração pleiteada, é necessário ressaltar que o texto constitucional, ao vedar a dispensa arbitrária, impõe que a lei complementar preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (art. 7º, I), não conferindo aos trabalhadores prejudicados o direito à reintegração. Por essa razão, a concessão desse benefício seria extrapolar a restrição prevista constitucionalmente, o que não é permitido ao aplicador do direito.

Quanto à questão da indenização arbitrada, este Relator possui o seguinte entendimento:

De fato entendo que, diante do dano causado não só às partes envolvidas, mas também a toda uma importante região, e da conclusão já fundamentada de que as suscitadas agiram em afronta a importantes princípios e regras jurídicas, em claro abuso de direito, é necessária a alteração da condenação, de modo a contemplar as diversas situações fáticas dos empregados dispensados, em juízo de equidade, razoabilidade e proporcionalidade, nos seguintes termos:

a) manutenção da prorrogação da vigência do contrato de trabalho até o dia 13.03.2009;

b) manutenção da condenação ao pagamento do plano de assistência médica dos trabalhadores pelo prazo de 12 (doze) meses, a contar de 13.03.2009;

c) manutenção do direito de preferência dos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pelas suscitadas, devendo estas dar a devida publicidade à necessidade de contratação de novos empregados, pelo prazo de dois anos;

d) alteração da compensação financeira concedida aos empregados dispensados, para que obedeça à seguinte proporção:

- o valor correspondente a dois meses de aviso prévio para os empregados com até dois anos de prestação de serviços para as empresas;

- o valor correspondente a três meses de aviso prévio para os empregados que possuam de dois a quatro anos de prestação de serviços para as empresas;

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

- o valor correspondente a quatro meses de aviso prévio para os empregados que possuam de quatro a oito anos de prestação de serviços para as empresas;

- o valor correspondente a cinco meses de aviso prévio para os empregados que possuam mais de oito anos de prestação de serviços para as empresas.

Esta Seção, no entanto, decidiu negar provimento ao recurso no ponto, mantendo a condenação aplicada pela Corte Regional, vencidos este Relator e a Ministra Kátia Arruda. Para a d. Maioria, o decisório regional, neste aspecto, foi razoável, não havendo base jurídica na Constituição e CLT para o alargamento da decisão recorrida.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria: I. *Recurso ordinário da Embraer e Outra*: 1) negar provimento ao recurso quanto às questões preliminares renovadas, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Milton de Moura França que, considerando se tratar de reclamação trabalhista típica sob a forma de dissídio individual plúrimo, davam provimento ao recurso a fim de anular o processo, a partir do acórdão recorrido, determinando o envio dos autos para distribuição a uma das Varas do Trabalho de São José dos Campos, para instrução e julgamento da lide; 2) dar provimento ao recurso para afastar a declaração de abusividade das dispensas, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Kátia Arruda; 3) dar provimento ao recurso para afastar a prorrogação dos contratos de trabalho até 13.03.2009, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator, Carlos Alberto Reis de Paula, Walmir Oliveira da Costa e Kátia Arruda; a negar provimento ao recurso quanto às demais matérias, fixando a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Milton de Moura França relativamente à fixação dessa premissa; II. *Recursos ordinários interpostos pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e Outros e pelo SINDIAEROESPACIAL* – negar provimento aos recursos, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Kátia Arruda, que lhes davam provimento parcial para, mantendo as demais condenações da Corte Regional, fixar a compensação financeira aos empregados dispensados na seguinte proporção: o valor correspondente a dois meses de aviso prévio para os empregados com até dois anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a três meses de aviso prévio para os

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empregados que possuam de dois a quatro anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a quatro meses de aviso prévio para os empregados que possuam de quatro a oito anos de prestação de serviços para as empresas; o valor correspondente a cinco meses de aviso prévio para os empregados que possuam mais de oito anos de prestação de serviços para as empresas. Juntarão voto divergente/convergente os Exmos. Srs. Ministros João Oreste Dalazen e Milton de Moura França. Notas degravadas e revisadas do pronunciamento do Exmo. Sr. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula serão juntadas aos autos.

Brasília, 10 de agosto de 2009. *Mauricio Godinho Delgado*, relator.

EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS. DOBRA LEGAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

EMBARGOS – EMPREGADO DOMÉSTICO – FÉRIAS – DOBRA LEGAL – APLICABILIDADE – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1. *A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com status constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Nota-se, assim, o intuito do poder constituinte originário de melhor amparar os trabalhadores domésticos.*

2. *Recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais equitativos os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados.*

3. *Com efeito, a Lei nº 11.324/2006 alterou o art. 3º da Lei nº 5.859/72, ampliando o período de férias dos empregados domésticos para 30 dias, em paridade com os demais trabalhadores. A mesma lei estendeu às empregadas domésticas gestantes o direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Lei nº 10.208/2001, por sua vez, acrescentou o art. 3º-A à Lei de Regência do Empregado Doméstico, para autorizar a inclusão facultativa do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.*

4. *Essas alterações legislativas, lidas à luz do princípio da igualdade, autorizam a concluir que, cada vez mais, tem se tornado insustentável a*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

manutenção da desigualdade de direitos entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores.

5. *Ressalte-se que, confirmando o acima disposto, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias – entre as quais se inclui a indenização por sua não concessão –, as disposições da CLT são aplicáveis também ao empregado doméstico.*

6. *Assim, é mera decorrência do princípio do igual tratamento o reconhecimento de que os empregados domésticos têm o direito à dobra legal pela concessão das férias após o prazo.*

FÉRIAS NÃO CONCEDIDAS – PAGAMENTO EM DOBRO

Nos termos do art. 137 da CLT, na hipótese de o trabalhador prestar serviços no período destinado às férias, tem direito ao pagamento dobrado, como afirmado pelas decisões recorridas.

Embargos parcialmente conhecidos e desprovidos.

(Processo nº TST-E-RR-13.145/2000-652-09-00 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-13.145/2000-652-09-00.8, em que é Embargante Leila de Oliveira Fatuch e Embargado Espólio de José Maria Pereira.

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 162/171 (Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho), conheceu e deu parcial provimento ao Recurso de Revista da Reclamada. No que interessa, negou provimento ao apelo da Reclamada quanto ao tema “férias pagas e não gozadas – pagamento dobrado”. Entendeu que a indenização prevista no art. 137 da CLT de pagamento em dobro das férias concedidas após o prazo é aplicável aos empregados domésticos.

A ré interpõe embargos, às fls. 173/185 (fac-símile) e fls. 186/197 (originais). Alega que a dobra legal não é aplicável ao empregado doméstico. Aduz que o art. 7º, parágrafo único, da Constituição não estendeu esse direito aos trabalhadores domésticos. Sustenta que os direitos previstos na CLT não são aplicáveis aos domésticos. Aponta violação aos arts. 7º, parágrafo único, da Constituição, e 7º, a, e 896, a, da CLT. Colaciona arestos. Defende, também, que, caso seja mantido o pagamento da indenização pelas férias não concedidas, a condenação deve ser restrita ao pagamento da indenização, já que, segundo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

afirma, as férias já teriam sido adimplidas e, assim, a manutenção da condenação implicaria o pagamento em triplo. Indica ofensa aos arts. 137 e 896 da CLT. Colaciona arestos.

Sem impugnação (certidão às fls. 199).

O Ministério Público do Trabalho não foi ouvido, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fls. 172/173 e 186), bem preparados (fls. 144 e 187) e regular a representação (fls. 24), passo ao exame dos Embargos.

I – EMPREGADO DOMÉSTICO – FÉRIAS – DOBRA LEGAL – APLICABILIDADE – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

a) Conhecimento

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 162/171 (Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho), conheceu do recurso de revista da Reclamada e deu-lhe parcial provimento. No que interessa, negou provimento ao apelo da ré quanto ao tema “férias pagas e não gozadas – pagamento dobrado”. Entendeu que a indenização prevista no art. 137 da CLT de pagamento em dobro das férias concedidas após o prazo é aplicável aos empregados domésticos. Estes, os fundamentos adotados pela Eg. Turma:

“2) Férias pagas e não gozadas – Pagamento dobrado

O Tribunal Regional assinalou que os documentos de fls. 40/41 não comprovam o pagamento das férias além do salário mensal. Portanto, reconheço que das férias foi remunerado apenas o terço constitucional, ante o contido nos recibos mencionados (fls. 92).

Percebe-se, portanto, que o pagamento da remuneração mensal acrescida do terço constitucional sem a fruição das férias equivale à retribuição do trabalho prestado no período, em que o terço constitucional deve ser compensado quando da paga efetiva das férias.

Explica-se que o art. 134 da CLT impõe a concessão das férias em um só período, nos doze meses subsequentes à data em que o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

empregado tiver adquirido o direito. Isso porque na gênese desse instituto, encontram-se fundamentos relacionados às demais formas de limitação do tempo de trabalho: de natureza biológica (combate aos problemas psicofisiológicos provenientes da fadiga e da excessiva racionalização do serviço); de caráter social (possibilita maior convívio familiar/social, práticas de atividades recreativas, culturais e físicas, essenciais à saúde física e mental do indivíduo); e de natureza econômica (o combate à fadiga resulta em maior quantidade e melhor qualidade de serviço, valendo salientar que o trabalhador estressado tem seu rendimento comprometido, por razões biológicas, uma vez que o ser humano não suporta carga superior à sua natureza, como destacado, incluindo-se, nesse item, maior número de empregos).

Enfim, são inúmeros os indicadores jurídicos, com respaldo em estudos médicos e psicológicos, a apontarem o desgaste do trabalhador após um ano contínuo de trabalho, o que propicia a ocorrência de diversos fenômenos psíquicos e físicos em virtude do trabalho (mesmo ambiente de trabalho e repetição de tarefas, normalmente sob o fator estressante da cobrança de produtividade), sobretudo quando se trata de serviço em que predomine o emprego das funções cerebrais.

Na redação do dispositivo em comento, sobressai a preocupação do legislador em evitar que esse objetivo se desvirtue, tanto pelo interesse do empregador quanto pelo do empregado, que por vezes procura negociar esse direito por um pseudo-benefício econômico incapaz de compensar o prejuízo causado, mesmo que a médio ou longo prazo, pela ausência do gozo regular das férias ou de outras formas de repouso previstas na legislação.

Essa a razão do teor cogente da norma relativa à concessão do período de férias, após um ano de atividade laboral, cuja inobservância atrai a aplicação do art. 129 c/c o art. 137, ambos da CLT, em que a sanção ali consubstanciada no pagamento em dobro das férias não gozadas no período de fruição, sem prejuízo da remuneração, objetiva desencorajar a prática desse ilícito trabalhista, sem que se cogite de pagamento em triplo das férias, já que a paga efetuada se vinculara à contraprestação do trabalho prestado no período.

Assim, mesmo que tenha havido o pagamento do salário mensal acrescido do terço constitucional, constatada a não concessão das férias no prazo legal, impõe-se o pagamento em dobro, sem prejuízo da remuneração, pois acima de tudo trata-se de direito decorrente de norma

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

cogente, de finalidade protetiva do trabalhador, visando a sua higidez física e mental, em que apenas o acréscimo de 1/3 deve ser pago de forma simples, como determinado pelo Regional, pois já efetuado o seu pagamento por ocasião das férias pretensamente concedidas.

Cite-se, aqui, a título analógico, a Súmula nº 146 do TST, em que se firmara a tese de que o trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal. Isso porque o repouso semanal remunerado, tanto quanto as férias, possui os mesmos indicadores de caráter biológico, social e econômico para a limitação do tempo de trabalho.

Do exposto, nego provimento ao recurso.” (fls. 168/170)

A ré interpõe embargos, às fls. 173/185 (fac-símile) e fls. 186/197 (originais). Alega que a dobra legal não é aplicável ao empregado doméstico. Aduz que o art. 7º, parágrafo único, da Constituição não estendeu esse direito aos trabalhadores domésticos. Sustenta que os direitos previstos na CLT não são aplicáveis aos domésticos. Aponta violação aos arts. 7º, parágrafo único, da Constituição, e 7º, *a*, e 896, *a*, da CLT. Colaciona arestos.

O primeiro acórdão de fls. 191, oriundo da 5ª Turma deste Eg. Tribunal, autoriza o conhecimento do apelo, pois acolhe a tese de que a dobra legal é inaplicável ao empregado doméstico, por ausência de previsão legal.

Assim, conheço dos Embargos, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

A questão discutida nos autos diz respeito à fruição, por parte dos empregados domésticos, do direito à dobra legal na hipótese em que as férias são concedidas após o prazo, conforme previsto no art. 137 da CLT.

Esta Eg. Corte adotou, em algumas oportunidades, a tese de que o direito à dobra legal não é extensível aos empregados domésticos, como ilustram as seguintes ementas:

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA DOMÉSTICA. FÉRIAS EM DOBRO E PROPORCIONAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao empregado doméstico devem ser aplicados os preceitos da Lei nº 5.859/72, acrescidos aqueles direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, como anotação do contrato na CTPS, aposentadoria, bem como os explicitamente discriminados no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, como o terço constitucional. A

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

legislação mais recente facultou ao empregador doméstico a inclusão do empregado no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Não há, todavia, previsão legal para a extensão do direito ao pagamento das férias vencidas em dobro ao doméstico. A norma expressa prevista na alínea *a* do art. 7º da CLT excluiu os empregados domésticos da aplicação de seus dispositivos. Não havendo disposição constitucional ou legal contrária, o intérprete deve buscar respaldo na norma existente, que é a Lei nº 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido para excluir da condenação as férias em dobro e proporcionais.” (TST-RR-38897/2002-900-03-00.1, 6ª T., Rel. Min. Aloisio Corrêa da Veiga, DJ 23.03.2007)

“RECURSO DE REVISTA. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. ‘É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte’ (Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI-1 do TST). FÉRIAS EM DOBRO, PROPORCIONAIS E DE 30 DIAS ANUAIS. EMPREGADO DOMÉSTICO. Esta Corte tem entendido que não houve alteração nas férias do empregado doméstico no que se refere à quantidade de dias por ano, após o advento da Constituição da República de 1988, prevalecendo a lei regulamentadora da profissão, a qual dispõe que o empregado terá direito a 20 (vinte) dias úteis de férias anuais a cada 12 (doze) meses de trabalho, nos termos do art. 3º da Lei nº 5.859/72. Por igual razão, as férias proporcionais, bem como o pagamento em dobro, também não são devidos.” (TST-RR-859/2000-381-04-00.4, 5ª T., Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 20.05.2005)

Em outros casos, contudo, esse Eg. Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento oposto, segundo o qual é devido aos trabalhadores domésticos o pagamento em dobro:

“EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PERÍODO, DOBRO E PROPORCIONAIS. LEI Nº 5.859/72. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. (...) Já no que diz respeito ao pagamento em dobro das férias não gozadas no período concessivo e quanto ao pagamento de férias proporcionais no momento da rescisão contratual, a ausência de disciplina específica na Lei nº 5.859/72 permite, diante da nova ordem constitucional (que, inclusive, abonou em 1/3 a remuneração do período), lançar mão dos arts. 137 e 146, parágrafo único, da CLT, para assegurar ao trabalhador doméstico essas vantagens. Recurso de revista parcialmente conhecido e parcialmente provido.” (TST-RR-1.300/2002-101-04-00.9, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 24.02.2006)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“PRESCRIÇÃO BIENAL. Percebe-se ter o Colegiado de origem, ao analisar a prova dos autos e registrar a comprovação do pagamento dos salários nos dois meses subsequentes à rescisão do contrato de trabalho, concluído pela inexistência de solução de continuidade na prestação de serviço e pela unicidade do contrato de trabalho, não se configurando a ofensa ao art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Recurso não conhecido. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. Reconhecido o pagamento de salários nos dois meses subsequentes à ruptura do contrato de trabalho em 01.12.98 e o pagamento de salários a partir de fevereiro de 1999, bem como evidenciada a prestação de serviços de forma habitual na residência de veraneio da reclamada, permanecendo à sua disposição e dos seus locatários, de forma subordinada e onerosa, concluiu a reclamada pela comprovação do fato constitutivo do direito da autora, não se visualizando as ofensas aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Esses matizes absolutamente fáticos da controvérsia induzem à ideia de inadmissibilidade da revista, em virtude de o exame de fatos e provas lhe ser refratário, a teor da Súmula nº 126/TST, o que afasta a violação aos arts. 3º da CLT e 1º da Lei nº 5.859/72, bem como a pretendida divergência jurisprudencial, pois os arestos trazidos à colação só são inteligíveis dentro do contexto probatório de que emanaram. De resto, não é preciso desusada perspicácia para se inferir ter o Regional se orientado pelo princípio da persuasão racional do art. 131 do CPC, em função do qual a decisão de origem é sabidamente soberana. Registre-se que os paradigmas transcritos são inservíveis, nos termos ora das Súmulas ns. 296 e 337 do TST, ora da alínea *a* do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido. EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS EM DOBRO E PROPORCIONAIS. CABIMENTO. I. A categoria profissional dos empregados domésticos qualifica-se como categoria singular, em razão de o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal ter enumerado expressamente os direitos trabalhistas que lhes foram assegurados, pelo que não é invocável quer a analogia quer o princípio da isonomia para ampliação daqueles direitos. II. Não obstante a norma constitucional se limitasse a consagrar o direito ao recesso anual, dele se extrai o intuito do constituinte de melhor amparar o empregado doméstico, pelo que é forçoso priorizar a aplicação da CLT em detrimento da Lei nº 5.859/72, na esteira do princípio inerente ao Direito do Trabalho, da primazia da lei mais benéfica. III. Sendo assim, é de se assegurar o direito à dobra pela não concessão das férias no período de gozo, a teor do art. 137 da CLT, tanto quanto o direito às férias proporcionais, proveniente da rescisão contratual. Recurso desprovido.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

(TST-RR-248/2003-906-06-00.0, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 11.11.2005)

Verifica-se, portanto, o quão controversa é a questão no âmbito desta Eg. Corte. Assim, cumpre a esta C. SBDI-1 proceder à uniformização do entendimento a respeito do tema.

A Constituição da República, em seu art. 7º, parágrafo único, restringe os direitos constitucionais trabalhistas dos empregados domésticos aos seguintes: salário mínimo, irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, *férias*, licença à gestante, licença-paternidade, aviso prévio, aposentadoria e integração à previdência social.

O art. 7º, *a*, da CLT, por sua vez, estatui que os seus preceitos não se aplicam aos empregados domésticos, salvo quando for expressamente determinado em contrário.

Assim, em princípio, o direito à indenização prevista no art. 137 da CLT não se aplicaria ao empregado doméstico, por ausência de previsão legal. Com efeito, a legislação de regência do trabalho doméstico (Lei nº 5.859/1972) é silente a respeito da extensão desse direito aos trabalhadores domésticos.

A interpretação das normas jurídicas, contudo, deve atender ao postulado da integridade do direito. É necessário que o intérprete busque, na atividade hermenêutica, a coerência entre a história institucional, firmada na jurisprudência e na legislação, e os princípios constitucionais. Assim, o julgador deve, no exame do caso concreto, buscar a interpretação que melhor se acomode tanto à história institucional quanto aos princípios aplicáveis à hipótese.

Ressalte-se que, conforme as modernas teorias reconstrutivistas do direito, de que são representantes autores como John Rawls, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, por coerência não se deve entender a simples repetição de decisões passadas, mas sim a justificação ou a rejeição daquelas decisões a partir de um sistema de princípios único e coerente. É preciso verificar se as decisões passadas são justificáveis à luz da melhor leitura possível do sistema jurídico ou se esta leitura leva o intérprete a modificar seu entendimento. É o que ensina Ronald Dworkin, na seguinte passagem:

“Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 264)

Assim, é necessário encontrar uma coerência sistêmica que leve em consideração tanto os princípios mais fundamentais aplicáveis ao caso quanto a história institucional, refletida tanto na jurisprudência quanto na legislação.

A partir desses pressupostos, entendo que o direito à dobra legal previsto no art. 137 da CLT é extensivo aos trabalhadores domésticos, em razão do princípio da isonomia.

A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com *status* constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Nota-se, assim, o intuito do poder constituinte originário de melhor amparar os trabalhadores domésticos.

Ressalte-se ainda que recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais equitativos os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados.

Com efeito, a Lei nº 11.324/2006 alterou o art. 3º da Lei nº 5.859/72, ampliando o período de férias dos empregados domésticos para 30 dias, em paridade com os demais trabalhadores. A mesma lei estendeu às empregadas domésticas gestantes o direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Lei nº 10.208/2001, por sua vez, acrescentou o art. 3º-A à Lei de Regência do Emprego Doméstico, para autorizar a inclusão facultativa do empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Essas alterações legislativas, lidas à luz do princípio da igualdade, autorizam a concluir que, cada vez mais, tem se tornado insustentável a manutenção da desigualdade de direitos entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores.

Ressalte-se que, confirmando o acima disposto, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias – entre as quais se inclui a indenização por sua não concessão –, as disposições da CLT são aplicáveis também ao empregado doméstico.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, é mera decorrência do princípio do igual tratamento o reconhecimento de que os empregados domésticos têm o direito à dobra legal pela concessão das férias após o prazo.

Nesses termos, nego provimento ao recurso de revista da reclamada.

II – FÉRIAS NÃO CONCEDIDAS – PAGAMENTO EM DOBRO

a) Conhecimento

A Eg. Turma negou provimento ao recurso de revista da reclamada, no tópico “férias pagas e não gozadas – pagamento dobrado”, nos seguintes termos:

“Férias pagas e não gozadas – Pagamento dobrado

O Tribunal Regional assinalou que os documentos de fls. 40/41 não comprovam o pagamento das férias além do salário mensal. Portanto, reconheço que das férias foi remunerado apenas o terço constitucional, ante o contido nos recibos mencionados (fls. 92).

Percebe-se, portanto, que o pagamento da remuneração mensal acrescida do terço constitucional sem a fruição das férias equivale à retribuição do trabalho prestado no período, em que o terço constitucional deve ser compensado quando da paga efetiva das férias.

Explica-se que o art. 134 da CLT impõe a concessão das férias em um só período, nos doze meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. Isso porque na gênese desse instituto, encontram-se fundamentos relacionados às demais formas de limitação do tempo de trabalho: de natureza biológica (combate aos problemas psicofisiológicos provenientes da fadiga e da excessiva racionalização do serviço); de caráter social (possibilita maior convívio familiar/social, práticas de atividades recreativas, culturais e físicas, essenciais à saúde física e mental do indivíduo); e de natureza econômica (o combate à fadiga resulta em maior quantidade e melhor qualidade de serviço, valendo salientar que o trabalhador estressado tem seu rendimento comprometido, por razões biológicas, uma vez que o ser humano não suporta carga superior à sua natureza, como destacado, incluindo-se, nesse item, maior número de empregos).

Enfim, são inúmeros os indicadores jurídicos, com respaldo em estudos médicos e psicológicos, a apontarem o desgaste do trabalhador após um ano contínuo de trabalho, o que propicia a ocorrência de diversos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

fenômenos psíquicos e físicos em virtude do cotidiano trabalho (mesmo ambiente de trabalho e repetição de tarefas, normalmente sob o fator estressante da cobrança de produtividade), sobretudo quando se trata de serviço em que predomine o emprego das funções cerebrais.

Na redação do dispositivo em comento, sobressai a preocupação do legislador em evitar que esse objetivo se desvirtue, tanto pelo interesse do empregador quanto pelo do empregado, que por vezes procura negociar esse direito por um pseudo-benefício econômico incapaz de compensar o prejuízo causado, mesmo que a médio ou longo prazo, pela ausência do gozo regular das férias ou de outras formas de repouso previstas na legislação. Essa a razão do teor cogente da norma relativa à concessão do período de férias, após um ano de atividade laboral, cuja inobservância atrai a aplicação do art. 129 c/c o art. 137, ambos da CLT, em que a sanção ali consubstanciada no pagamento em dobro das férias não gozadas no período de fruição, sem prejuízo da remuneração, objetiva desencorajar a prática desse ilícito trabalhista, sem que se cogite de pagamento em triplo das férias, já que a paga efetuada se vinculava à contraprestação do trabalho prestado no período.

Assim, mesmo que tenha havido o pagamento do salário mensal acrescido do terço constitucional, constatada a não concessão das férias no prazo legal, impõe-se o pagamento em dobro, sem prejuízo da remuneração, pois acima de tudo trata-se de direito decorrente de norma cogente, de finalidade protetiva do trabalhador, visando a sua higidez física e mental, em que apenas o acréscimo de 1/3 deve ser pago de forma simples, como determinado pelo Regional, pois já efetuado o seu pagamento por ocasião das férias pretensamente concedidas.

Cite-se, aqui, a título analógico, a Súmula nº 146 do TST, em que se firmara a tese de que o trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal. Isso porque o repouso semanal remunerado, tanto quanto as férias, possui os mesmos indicadores de caráter biológico, social e econômico para a limitação do tempo de trabalho.

Do exposto, nego provimento ao recurso.” (fls. 168/169)

A embargante alega que a condenação deve ser restrita ao pagamento da indenização, já que, segundo afirma, as férias já teriam sido adimplidas e, assim, a manutenção da condenação implicaria o pagamento em triplo. Aponta ofensa aos arts. 137 e 896 da CLT. Colaciona arestos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

De início, registre-se que o Tribunal Regional consignou que o pagamento efetuado quitou apenas o trabalho prestado nos dias destinados às férias. Entender diversamente exigiria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula nº 126/TST.

Por outro lado, o direito às férias tem natureza constitucional (art. 7º, inciso XVII). Trata-se de instituto destinado a proteger a saúde do trabalhador, sendo, por esse motivo, irrenunciável.

O art. 137 da CLT preceitua que, concedidas as férias após o prazo previsto no art. 134, incumbe ao empregador o pagamento em dobro da respectiva remuneração.

Assim, na hipótese de o trabalhador prestar serviços no período destinado às férias, tem direito ao pagamento dobrado, como afirmado pelas decisões recorridas.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes desta Corte:

“FÉRIAS. PAGAMENTO EM DOBRO. O direito às férias é consagrado em todas as legislações por razões médicas, familiares e sociais, e no Brasil, é assegurado constitucionalmente – art. 7º, inciso XVII, estando disciplinado nos arts. 129 e seguintes da CLT. O art. 137 da CLT dispõe que: ‘Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração’. Ora, o direito às férias é irrenunciável pelo empregado, e se forem pagas em dinheiro e não gozadas, o empregador sujeita-se ao pagamento da dobra prevista no art. 137 da CLT, não somente como forma de compensar a ausência da dação do necessário descanso anual, mas também como sanção e desestímulo à prática ilegal. Recurso de revista conhecido e provido para acrescer à condenação o pagamento da dobra das férias dos períodos aquisitivos não prescritos conforme descrito no item 7 da exordial.” (RR-657.268/2000, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 22.04.2005)

“FÉRIAS PAGAS E NÃO USUFRUÍDAS. PAGAMENTO EM DOBRO. O legislador, ao instituir no art. 137 da CLT o pagamento em dobro das férias não gozadas, deixou clara a finalidade da lei, qual seja a de incentivar o descanso remunerado do empregado, com a reposição da vitalidade física e mental para uma nova jornada de trabalho, não prevendo exceções. Assim, tem-se que a prestação de trabalho durante as férias equivale à não-concessão de férias, na medida em que não atingido o intuito precípua assegurado pela lei, dando ensejo ao

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pagamento em dobro.” (RR-1.156/2000-005-15-00, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 19.08.2005)

“FÉRIAS PAGAS MAS NÃO USUFRUÍDAS. PAGAMENTO EM DOBRO. O art. 137 da CLT é expresso ao prever o pagamento em dobro das férias não gozadas durante o período concessivo. Assim, devidas em dobro. Recurso parcialmente conhecido e provido.” (RR-588.266/1999, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, 25.02.2005)

Assim, obsta ao conhecimento do recurso a Súmula nº 333/TST.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho: I) Por unanimidade, conhecer dos embargos, no tópico “Empregado Doméstico – Férias – Dobra Legal – Aplicabilidade – Princípio da Igualdade”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, vencidos os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Vantuil Abdala; II) Por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto ao tema “Férias não concedidas – Pagamento em Dobro”.

Brasília, 19 de novembro de 2007. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

EXECUÇÃO. PENHORA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DE SALÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO. ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Configurada a hipótese prevista no art. 896, § 2º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para processamento do recurso de revista.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PENHORA DE SALÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO. ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Viola o princípio constitucional da proteção do salário (art. 7º, X) o acórdão do Tribunal Regional que determina a penhora do salário do devedor na execução trabalhista. Transgredir um princípio constitucional é mais grave que violar uma regra. O inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil, que estabelece a impenhorabilidade absoluta dos salários, apenas cumpre a determinação do legislador constitucional de regulamentar a matéria. Entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da nulidade da ordem de penhora de valores existentes na conta de salário do devedor trabalhista já pacificado na Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-941/1998-018-10-40 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-941/1998-018-10-40.4 (agravo de instrumento convertido de mesmo número), em que são Recorrentes Aldo Aviani Filho e Outro e Recorridos Evaldo Fontineles Ramos e Embracon S/A Empresa Brasiliense.

Contra a decisão da Presidência do TRT da 10ª Região que negou seguimento ao recurso de revista (fls. 63-64), os co-executados interpõem agravo de instrumento, conforme as razões às fls. 02-05, pretendendo o processamento do apelo cujo seguimento restou obstado.

Decorreu o prazo legal sem oferecimento de contraminuta e contrarrazões (certidão à fl. 69).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por não estar caracterizada hipótese prevista no art. 83, § 2º, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade, *conheço* do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

EXECUÇÃO – PENHORA DE SALÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO – ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Juízo *a quo* negou seguimento ao recurso de revista interposto pelos co-executados, sócios da empresa devedora principal, por não constatar violação dos arts. 1º, III, e 7º, IV, VI e X, da Constituição da República, a teor do art. 896, § 2º, da CLT.

Os sócios da empresa executada, ora agravantes, insistem no processamento do recurso de revista, ao argumento de ilegalidade da penhora de 30% do valor dos salários do primeiro executado, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC, bem como por se tratar, o primeiro agravante, de pessoa com mais de 73 anos de idade e acometida de doença grave (neoplasia maligna). Nesse sentido, apontam a violação dos arts. 1º, III, e 7º, IV, VI e X, da Constituição da República.

Com efeito, em face da natureza da matéria controvertida e das singularidades do caso concreto e considerando, ainda, o entendimento fixado pela SBDI-2 do TST na Orientação Jurisprudencial nº 153, entendo ser prudente mandar processar o recurso de revista, a fim de prevenir a violação do art. 7º, X, da Carta Magna.

Ante o exposto, configurada a hipótese prevista no art. 896, § 2º, da CLT, dou provimento ao agravo de instrumento e determino o julgamento do recurso de revista, observada a sistemática prevista na Resolução Administrativa nº 928/2003 do Tribunal Superior do Trabalho.

II – RECURSO DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, analiso os específicos do recurso de revista, que está sendo processado em virtude do provimento do agravo de instrumento.

EXECUÇÃO – PENHORA DE SALÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO – ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o acórdão às fls. 46-51 e decisão complementar às fls. 52-56, negou provimento ao agravo

de petição interposto pelos executados, sócios da empresa devedora na execução trabalhista, conforme o fundamento sintetizado na ementa, *verbis*:

“PENHORA SOBRE SALÁRIO. POSSIBILIDADE. A impenhorabilidade absoluta dos salários prescrita no art. 649, IV, do CPC encontra exceção exclusivamente nas prestações alimentícias. Sendo incontestável o caráter alimentício do crédito do exequente, correto o enquadramento desse na exceção prevista na citada norma.”

Nas razões do recurso de revista, os executados sustentam a ilegalidade da penhora de 30% do valor dos salários do primeiro executado, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC, bem como por se tratar de pessoa com mais de 73 anos de idade e acometida de doença grave (neoplasia maligna), razão por que a decisão regional violou os arts. 1º, III, e 7º, IV, VI e X, da Constituição Federal.

À análise.

A teor do art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula nº 266 do Tribunal Superior do Trabalho: “a admissibilidade do recurso de revista interposto de acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal”.

No recurso de revista houve indicação de violação da Constituição da República.

Assim, cabe perquirir quanto ao cumprimento do requisito do pressuposto dos temas constitucionais suscitados, conforme preconizado na Súmula nº 297 do Tribunal Superior do Trabalho, e se a violação fora literal e direta ou indireta e reflexa, uma vez que a regra da impenhorabilidade dos salários encontra previsão em norma infraconstitucional (art. 649, IV, do CPC).

No agravo de petição interposto perante a Corte Regional, os recorrentes apenas lograram apontar violação do art. 7º, X, da Constituição Federal/88, acerca do qual houve debate e decisão prévios na instância ordinária, de modo que os demais preceitos constitucionais invocados, a par de constituírem inovação recursal, não foram objeto de prequestionamento.

Resta, portanto, analisar o cabimento do recurso de revista em execução de sentença à luz da indicada violação ao art. 7º, X, da Constituição Federal, que dispõe, *verbis*:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.”

O princípio da proteção do salário que, antes de 05.10.1988, era consagrado apenas no texto de normas inferiores (art. 462 da CLT e art. 649, IV, do CPC), passou a constar explicitamente da Constituição da República (art. 7º, IV, VI e X).

A lei conferia proteção ao salário de vários modos: contra o empregador, contra os credores do empregador, contra o empregado e contra os credores do empregado.

Por conta dessa proteção é que, além de irredutíveis, os salários são impenhoráveis, irrenunciáveis e constituem créditos privilegiados na falência e na recuperação judicial da empresa, além de constituir crime a retenção dolosa do salário (apropriação indébita).

A regra normativa da impenhorabilidade absoluta dos salários tem previsão no art. 649, IV, do CPC, *verbis*:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”

No projeto de lei que foi convertido na Lei nº 11.382, de 2006, incluiu-se o § 3º do art. 649 do CPC, considerando penhorável até 40% do total recebido mensalmente a título de salários acima de 20 salários mínimos, após os descontos legais.

Entretanto, o citado dispositivo recebeu veto presidencial, fundado no fato de que “o projeto de lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar (...)”, em ordem a proteger o salário na forma do disposto no art. 7º, X, da Constituição Federal.

Logo, viola o princípio constitucional da proteção do salário (art. 7º, X) o acórdão do Tribunal Regional que determina a penhora do salário do devedor na execução trabalhista. Transgredir um princípio constitucional é mais grave que violar uma regra.

O inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil, que estabelece a impenhorabilidade absoluta dos salários, apenas cumpre a determinação do

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

legislador constitucional de regulamentar a matéria, daí porque não se trata de violação indireta ou reflexa da Constituição da República.

O reconhecimento da invalidade da penhora da conta de salário, em face de impenhorabilidade absoluta, já se encontra pacificado no âmbito desta Corte Superior pela Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2, *verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie, e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.” (DJE divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)

A aplicação da jurisprudência iterativa, notória e atual da SBDI-2 do TST é plenamente cabível como fundamento do mérito do recurso de revista em execução, nos termos do art. 896, § 2º, da CLT, quando se verificar violação direta e literal da Constituição da República.

A ser admitida a discussão do tema somente em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, estar-se-ia privilegiando a indevida utilização da ação mandamental, com rito procedimental especial e seus desdobramentos, para impugnar decisão na execução trabalhista, em substituição aos recursos cabíveis: agravo de petição e recurso de revista, em prejuízo do princípio da razoável duração do processo e da celeridade em sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Do exposto, *conheço* do recurso de revista por violação do art. 7º, X, da Constituição da República.

2. MÉRITO

EXECUÇÃO – PENHORA DE SALÁRIO – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO DO SALÁRIO – ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No mérito, conhecido o recurso de revista por violação do art. 7º, X, da Constituição da República, *dou-lhe provimento* para, reformando o acórdão

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

recorrido, decretar a nulidade da ordem judicial e determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre a conta de salários dos recorrentes, cujos valores apreendidos devem ser devolvidos aos seus titulares.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) Conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para determinar o julgamento do recurso de revista; II) Conhecer do recurso de revista, por violação do art. 7º, X, da Constituição da República, e no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, decretar a nulidade da ordem judicial e determinar o levantamento da penhora que recaiu sobre a conta de salários dos recorrentes, cujos valores apreendidos devem ser devolvidos aos seus titulares.

Brasília, 18 de março de 2009. *Walmir Oliveira da Costa*, relator.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. HIPÓTESES DE CABIMENTO

1. PROCESSO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – RECURSO DE REVISTA – HIPÓTESES DE CABIMENTO

Sob o rigor do § 2º do art. 896 da CLT c/c a Súmula nº 266 do TST, o recurso de revista em sede de execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, apenas é admitido em caso de ofensa direta e literal a preceito da Constituição Federal. Nas execuções de títulos executivos extrajudiciais perante a Justiça do Trabalho – termos de ajustamento de conduta firmados em Inquéritos Civis Públicos e termos de transação celebrada perante Comissão de Conciliação Prévia (CLT, art. 876) e certidões de inscrição em dívida ativa resultantes de multas impostas pela fiscalização do trabalho (Constituição Federal, art. 114, VII) –, todavia, as ações autônomas ou incidentais de defesa instauram atividade judicial de índole cognitiva. De fato, enquanto a execução de título judicial tem por pressuposto o processo (atualmente fase) de conhecimento, em que os litigantes discutem amplamente os aspectos de fato e de direito reputados relevantes, inclusive manipulando os recursos que entenderem convenientes, na execução de título extrajudicial não há etapa judicial antecedente que viabilize o regular exercício do direito constitucional de ampla defesa (Constituição Federal, art. 5º, LIV). Daí porque,

enquanto na execução fundada em título judicial são restritas as matérias de defesa (CLT, art. 884, § 1º; art. 475-L do CPC), na execução de título extrajudicial não há – de lege lata – nenhuma espécie de limite (CPC, art. 745, I a V, c/c o art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80). Nesse cenário, se a jurisdição ordinária exercitada nas ações de impugnação aforadas em execução de título extrajudicial encerra atividade cognitiva ampla, sem os limites próprios às execuções de títulos judiciais (CPC, arts. 467 a 474), é evidente que poderão ocorrer situações de risco à unidade e à integridade do direito federal, o que justifica não apenas o cabimento, mas a própria conveniência da atuação da jurisdição extraordinária, embora nos exatos limites previstos nas alíneas a a c do art. 896 da CLT. Sendo assim, por imperativo constitucional (CF, art. 5º, LIV), o cabimento de recurso de revista contra decisão regional proferida em sede de execução de título extrajudicial há de ser analisado não sob o prisma do § 2º do art. 896 da CLT, mas das alíneas a a c do referido preceito consolidado.

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESISTÊNCIA DE AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CONDIÇÃO LEGAL PARA PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE DÉBITO FISCAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO – VIOLAÇÃO AO ART. 269, V, DO CPC – NÃO CONFIGURAÇÃO

Hipótese em que a parte manifesta desistência da ação incidental de embargos à execução fiscal, com o objetivo de beneficiar-se do parcelamento da dívida objeto da cobrança judicial, nos moldes do art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03. Pretensão recursal fundada na retificação do pronunciamento judicial editado com suporte no art. 267, VIII, do CPC, de sorte que, reconhecida a renúncia do direito de resistência judicial à cobrança do referido débito (art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03), seja o processo extinto com exame do mérito (CPC, art. 269, V). Declaração de desistência da ação adequadamente interpretada pelo órgão jurisdicional (CPC, art. 267, VIII), notadamente em razão da natureza administrativa do procedimento disciplinado pela Lei nº 10.684/03, ao qual incide o ato de renúncia manifestado pela parte devedora, passível, se o caso, de invocação pela Fazenda Pública em eventual ação judicial futura manipulada pelo devedor. Violação ao art. 269, V, do CPC não configurada.

Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(Processo nº TST-AIRR-2.500/2005-067-15-40 – Ac. 3ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2500/2005-067-15-40.0, em que é agravante União (PGFN) e agravado Botafogo Futebol Clube.

O Vice-Presidente do Tribunal Regional da 15ª Região negou seguimento ao recurso de revista interposto pela União, com fundamento no art. 896, § 2º, CLT e na Súmula nº 266 do TST (fl. 125).

Inconformada, a União interpõe agravo de instrumento, sustentando que a revista merece processamento, com base na alínea *c* do art. 896 da CLT (fls. 2/6).

Não foram apresentadas contraminuta ao agravo ou contrarrazões à revista. (fl. 128)

O Ministério Público do Trabalho opina pelo não provimento do agravo (fls. 131/133).

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, *conheço* do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

Eis o teor da decisão que negou seguimento ao recurso de revista:

“EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

A agravante deixou de fundamentar seu apelo, uma vez que não apontou ofensa direta à Constituição Federal, como exigem o art. 86, § 2º, da CLT e a Súmula nº 266 do c. TST.

Por outro lado, não ensejam o cabimento do presente apelo, nesta fase executória, as hipóteses de divergência jurisprudencial, bem como de violação de preceito de lei originária, por falta de amparo legal.

CONCLUSÃO

Denego seguimento ao recurso de revista.” (fls. 125)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assevera a agravante tratar-se de hipótese de execução fiscal promovida pela União para a cobrança de crédito inscrito em dívida ativa, e não de execução de sentença como prevê o § 2º do art. 896 da CLT, que sustenta merecer interpretação restritiva.

Afirma que, em se tratando de recurso interposto em sede de ação de embargos à execução fiscal, incide a alínea *c* do art. 896, e não a regra excepcional do § 2º do dispositivo.

Com razão.

Dispõe o § 2º do art. 896 da CLT:

“Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, *em execução de sentença*, inclusive *em processo incidente de embargos de terceiro*, não caberá recurso de revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.” (destaquei)

Depreende-se da leitura do dispositivo legal supratranscrito que não se admite interposição de recurso de revista contra julgamentos proferidos pelas Cortes Regionais “em execução de sentença” e em “incidente de embargos de terceiro”.

O referido preceito legal impõe restrição à utilização do recurso de revista no processo executivo, prática introduzida pelo legislador nos meados do século passado, com a edição da Lei nº 2.244/54.

A norma restritiva de acesso à instância extraordinária sofreu pequena alteração com a Lei nº 5.442/68. E a Lei nº 7.701/88 conferiu redação semelhante a atual, colocando-a no § 4º do art. 896.

Posteriormente, a Lei nº 9.756/98 introduziu outras pequenas alterações, realinhando a norma no § 2º do art. 896 da CLT, atualmente em vigor.

Não é difícil perceber, à luz da *mens legis* da multicitada norma, que a limitação imposta na lei pressupõe a existência de um provimento jurisdicional proferido no processo – agora fase – de conhecimento.

De fato, quando o dispositivo legal examinado refere-se à “execução de sentença” (em sentido lato, alcançando também os acórdãos), reporta-se indubitavelmente à necessidade de prévio equacionamento da controvérsia na etapa cognitiva, situação em que o contraditório é amplamente posto à disposição das partes.

Isso sucede, semelhantemente, quando a regra alude ao “processo incidente de embargos de terceiro”, cuja oposição condiciona-se à ocorrência

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de turbação ou esbulho dos bens de posse de terceiro num processo em que este não é parte (art. 1.046 e seguintes do CPC).

No entanto, o espírito da lei em destaque – e mesmo a vontade do legislador (*mens legislatoris*) – jamais levou em consideração a possibilidade de execução de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho.

Realmente, a norma jurídica restritiva de acesso à via extraordinária em sede de execução foi editada num cenário de ausência de título executivo extrajudicial no processo trabalhista.

Tal contexto foi transformado a partir da admissão da execução autônoma dos termos de conciliação entabulados frente às comissões de conciliação prévia e de ajustamento de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho (art. 876 da CLT, com a redação da Lei nº 9.958/00), bem assim, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04 e das certidões de inscrição na dívida ativa da União relativas às penalidades aplicadas pela fiscalização do trabalho.

Logo, o § 2º do art. 896 consolidado não se revela compatível com as hipóteses de execução de títulos extrajudiciais.

Cumprir ter presente, ainda, que a regra inscrita no § 2º do art. 896 da CLT estabelece exceção ao direito de interpor o recurso de revista, sendo certo que, conforme reza conhecida regra de hermenêutica, as situações excepcionais não comportam interpretação ampliativa.

Consoante a linha de raciocínio ora desenvolvida, os recursos de revista aviados nas execuções de títulos extrajudiciais devem ser regulados pelas normas das alíneas *a*, *b* e *c* do art. 896 da CLT, sob pena de maltrato aos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório.

Note-se que a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional efetiva e a faculdade de exercício do contraditório ostentam a condição de direitos fundamentais, inscritos no catálogo constante do art. 5º da Carta Magna.

Deve-se ter em mente que a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais funciona como princípio informador da ordem jurídica, exercendo influência sobre todo o ordenamento, inclusive com o fornecimento de diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários (Ingo Wolfgang Sarlet).

É sob esses paradigmas, de magnitude constitucional (art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição Federal), que o cabimento do recurso de revista na execução de títulos extrajudiciais deve ser admitido, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT, de modo a permitir que o TST exerça com amplitude a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

importante missão de uniformizar a interpretação da legislação no âmbito da Justiça do Trabalho.

Feitas essas considerações acerca da possibilidade de interposição de recurso de revista das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em execução de títulos extrajudiciais, assinalo que o recurso de revista da União, embora por fundamentos distintos dos adotados na decisão denegatória de admissibilidade, não se viabiliza por ofensa ao art. 269, V, do CPC, na forma do art. 896, c, da CLT.

Assim decidiu o Tribunal *a quo* no acórdão impugnado:

“Conheço do agravo interposto, haja vista a satisfação dos pressupostos necessários à sua admissibilidade.

Trata-se de embargos à execução fiscal, os quais foram julgados extintos sem resolução do mérito, ante a desistência do embargante (fl. 55). A embargada-agravante interpôs agravo de petição (fls. 58/61), aduzindo, em síntese, que o feito deve ser julgado extinto ‘com resolução’ do mérito, ante a adesão do embargante ao parcelamento do crédito exequendo, nos termos da Lei nº 10.684/2003.

A r. sentença de origem, no aspecto, admitiu a anuência tácita da embargada, tendo em vista o teor da manifestação de fls. 39/49 (fl. 55).

Primeiramente, ressalte-se que nos termos do art. 515, § 3º, do CPC (aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho – art. 769 da CLT), nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. É o que ocorre no caso em tela.

Assim, é despicienda, no aspecto, a remessa dos autos à Vara de origem para a apreciação das questões.

Veja-se que o embargante-agravado, na manifestação de fls. 52/53, ao admitir a sua adesão ao parcelamento do débito (em conformidade com as alegações contidas na impugnação da embargada de fls. 39/49), na forma da Lei nº 10.684/03, requereu a desistência da ação.

Nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03, o parcelamento previsto no art. 1º somente será admitido no caso de o sujeito passivo desistir de eventual recurso e/ou da ação judicial proposta.

Nessa esteira, considerado o teor da impugnação de fls. 39/49 – que admitiu a existência da adesão do embargante ao parcelamento

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

previsto na citada lei –, irretocável a conclusão do Juízo *a quo* ao julgar extinto o feito sem exame do mérito, na forma do art. 267, VIII, do CPC.

Posto isso, decide-se: conhecer e negar provimento ao apelo interposto, mantendo inalterada a r. sentença de origem, nos termos da fundamentação.”

A agravante afirma, em seu pedido de revista, que o agravado desistiu da ação de embargos à execução fiscal, na forma do art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03, em face da adesão ao parcelamento previsto no aludido diploma legal.

Afirma que a desistência a que se refere o art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03 encerra verdadeira renúncia, fato que implica a extinção do processo com resolução meritória (art. 269, V, do CPC), e não sem julgamento do mérito como decidido na origem.

O art. 4º, II, da Lei nº 10.684/03 estabelece:

“Art. 4º O parcelamento a que se refere o art. 1º:

(...)

II – somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no caso de o sujeito passivo *desistir* expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou *da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais*, relativamente à matéria cujo respectivo débito queira parcelar.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, o valor da verba de sucumbência será de um por cento do valor do débito consolidado decorrente da *desistência da respectiva ação judicial.*” (grifei)

O legislador, como se vê, não foi muito feliz na redação do inciso II do artigo acima reproduzido, ora mencionando a necessidade de desistência da ação, ora afirmando a imprescindibilidade de renúncia às alegações de direito.

Contudo, a par de o parágrafo único referir-se novamente à desistência da ação judicial, deve-se levar em conta que o agravado, na peça às fls. 52/53, efetivamente desistiu da ação, não tendo formulado pleito de homologação de renúncia.

Ademais, se a parte agravada pretendeu beneficiar-se do regime da Lei nº 10.684/03, a qual estabelece, como visto, a condição *sine qua non* invocada

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pela agravante para o parcelamento do débito, é evidente que a eventual renúncia às “alegações de direito sobre as quais se fundam (...) ações judiciais” produz efeitos diretamente entre os litigantes, podendo, quando muito e se necessário, ser suscitada pela agravante em eventual ação judicial proposta pelo contribuinte.

Deve ser realçado que o parcelamento do débito fiscal é realizado na esfera administrativa, à margem, pois, da senda jurisdicional, sendo esta a razão pela qual a parte que se pretenda dele beneficiar deva “desistir” da ação judicial proposta.

Nesse cenário, a adesão da parte ao referido procedimento não implica, necessária e objetivamente, o reconhecimento judicial de renúncia a teses jurídicas oponíveis ao Fisco. Independentemente da confissão da dívida, de forma irretroatável e irrevogável, perante o Fisco, que pode ser considerada em eventual futura discussão judicial, insista-se, o desfecho do presente processo não escapa da aplicação do art. 267, VIII, do CPC, não havendo de se falar em ofensa ao art. 269, V, do mesmo diploma legal.

Por essas razões, *nego provimento* ao agravo de instrumento, embora por fundamentos distintos daqueles inscritos na decisão agravada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 12 de agosto de 2009. *Douglas Alencar Rodrigues*, juiz convocado relator.

LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE DISPENSA

RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA DA PARTE ADVERSA CONHECIDO E PROVIDO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR. LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE DISPENSA. LIBERDADE DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE CÁTEDRA. ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT IDENTIFICADA. A interpretação e alcance de norma regimental que regula e disciplina a organização do reclamado, instituição de ensino

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

superior; no que concerne à dispensa do empregado professor, em clara limitação do ato potestativo de rescindir o contrato por denúncia vazia, quando se reporta à justa causa, não impede o exercício desse ato potestativo de dispensa, apenas o subordina a um prévio inquérito, para a constatação efetiva de justa causa para o despedimento, a fim de se evitar o caráter de retaliação que possa daí exsurgir; ou mesmo coibir possível contaminação da liberdade do exercício regular do direito de cátedra. De modo que, sendo esse o espírito da regra inserta no regimento interno do reclamado, o seu conteúdo, longe de ser taxativo, reveste-se de uma natureza eminentemente interpretativa, incapaz de viabilizar violação literal do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, cuja regra jamais teve o condão de impedir outras formas capazes de assegurar, em face das melhorias das condições sociais do empregado, garantias de emprego. Assim, pelo fato se tratar de questão interpretativa, a c. Turma, ao conhecer do recurso de revista do reclamado por violação do art. 7º, inciso I, da Constituição da República, acabou por lhe conferir má aplicação, motivo por que vulnerou a disposição contida no art. 896 da CLT.

Recurso de embargos conhecido e provido para restabelecer o v. acórdão regional.

(Processo nº TST-E-ED-RR-1.645/1991-006-10-42 – Ac. SBDI I)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-1645/1991-006-10-42.0, em que são Embargantes Centro de Ensino Unificado de Brasília – CEUB e Maria Izabel Brunacci Ferreira dos Santos e outros e são Embargados os mesmos.

A c. Terceira Turma, mediante o v. acórdão de fls. 662-687, da lavra da Exma. Sra. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamado, por violação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, ante a restrição ao poder potestativo de extinção do contrato de trabalho por denúncia vazia, dando-lhe, no mérito, parcial provimento para, superado o fundamento adotado no v. acórdão regional, determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal Regional de origem, a fim de que prossiga no exame daqueles remanescentes, como entender de direito.

O reclamado opôs embargos de declaração às fls. 689-693 e os reclamantes às fls. 694-701, que foram ambos rejeitados, *ex vi* do v. acórdão de fls. 704-710.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Inconformados, os reclamantes interpõem este recurso de embargos, às fls. 712-730, com fulcro no art. 894, letra *b*, da CLT. Alegam violação do art. 896, alínea *b*, da CLT, ao argumento de que o fato de a matéria envolver discussão a respeito de norma regulamentar não poderia exceder o âmbito de jurisdição do Tribunal prolator da decisão recorrida, e por isso, inviabilizado o reconhecimento de afronta ao art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, que, se houvesse, seria reflexa. Sustentam que o conhecimento do recurso de revista do reclamado, ante a conclusão de inexistência do caráter punitivo da dispensa, da não subsunção do caso à norma regulamentar, importou em contrariedade à Súmula nº 126 deste c. Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que a c. Turma, ao assim concluir, procedeu ao reexame de fatos e provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, e por isso, também houve violação do art. 896 da CLT. Aduzem a consonância da r. decisão regional com a Súmula nº 77 do c. Tribunal Superior do Trabalho, motivo por que o conhecimento do recurso de revista do reclamado implicou contrariedade à Súmula nº 333 também desta Corte e violação do § 5º do art. 896 da CLT. Aludem à má aplicação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, em face de interpretação conferida pela c. Turma em detrimento de direito fundamental assegurado nesse preceito ao trabalhador de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária. Trazem arestos para a demonstração de divergência jurisprudencial.

O reclamado também interpôs embargos às fls. 732-744, com apoio no art. 894 da CLT. Suscita a nulidade do v. acórdão proferido pela c. Turma, por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de não ter havido pronunciamento sobre questões relevantes ao deslinde da controvérsia postas em embargos de declaração relacionadas à determinação de retorno dos autos ao eg. Tribunal Regional, indicando violação dos arts. 832 da CLT e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Insurge-se contra a determinação de devolução dos autos ao eg. Tribunal de origem para o prosseguimento do julgamento, apontando violação dos arts. 515, § 2º, 499, 473, 460 e 512 do CPC; 5º, incisos XXXVI e LIV, da Constituição da República; além de contrariedade às Orientações Jurisprudenciais ns. 62 e 256 da SDI-1 e Súmula nº 393 do c. Tribunal Superior do Trabalho

Impugnação foi apresentada pelo reclamado e pelos reclamantes às fls. 750-764 e 767-777, respectivamente.

Não houve manifestação da douta Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

VOTO

VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. RECURSO DE REVISTA DA PARTE ADVERSA CONHECIDO E PROVIDO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR. LIMITAÇÃO AO DIREITO POTESTATIVO DE DISPENSA. ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

1. CONHECIMENTO

A c. Turma conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamado, por violação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, ante a restrição ao poder potestativo de extinção do contrato de trabalho por denúncia vazia perpetrada pelo eg. Tribunal Regional, ao determinar a reintegração dos reclamantes ao emprego pela inobservância de norma regulamentar, que dispunha sobre prévio inquérito para a dispensa. No mérito, foi dado parcial provimento para, superado o fundamento adotado no v. acórdão regional quanto à necessidade de a dispensa ser precedida por inquérito, determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal Regional de origem a fim de que prossiga no exame daqueles remanescentes, como entender de direito.

A tal propósito consignou a c. Turma, ao fazer remissão, de início, à conclusão alcançada pelo eg. Tribunal Regional do Trabalho:

“Às fls. 157/161 (a fls. 412/416 dos autos originais), o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região negou provimento ao recurso ordinário do reclamado. Eis os fundamentos do acórdão:

‘A sentença determinou a reintegração dos reclamantes, tendo em vista que o reclamado não poderia demitir seus empregados, sem justa causa, de acordo com o Regimento Interno.

Não se conforma a empresa, sob o argumento de que o art. 143 do seu Regimento Interno refere-se apenas à demissão aplicada como sanção, e não ao caso dos autos, em que apenas utilizou de seu poder diretivo de resilir os contratos de trabalho, pagando todas as indenizações legais.

Toda empresa possui o poder de resilir os contratos de trabalho, desde que seus empregados não sejam portadores de estabilidade. Tal prerrogativa se justifica no fato de que, ocorrendo a demissão imotivada, o empregado fará jus à indenização e pagamento de verbas rescisórias.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso dos autos, é verdade que o Regimento Interno do reclamado, ao prever a realização de inquérito administrativo para apuração de falta grave, o fez referindo-se a sanções disciplinares, ou seja, contrariamente ao decidido na sentença, o Regimento Interno não criou qualquer tipo de estabilidade aos empregados do reclamado, mantendo-se o seu poder diretivo de resilir os contratos de trabalho.

É fato que os reclamantes foram demitidos sem justa causa, ou seja, não lhes foi atribuída a prática de quaisquer das faltas previstas no art. 143 do Regimento Interno. O argumento do recorrente é de que, tendo a rescisão ocorrido, sem justa causa, e tendo sido pagas todas as verbas rescisórias, nenhum direito restaria assegurado aos reclamantes.

Entretanto, o simples fato de a rescisão contratual ter ocorrido sem justa causa não é suficiente para provar que não houve qualquer punição aos reclamantes, concentrando-se aí o cerne da questão.

Antes do ajuizamento da presente reclamação trabalhista, os reclamantes propuseram ação cautelar, com o objetivo de impedir as rescisões contratuais. Na peça de defesa da referida ação cautelar o ora recorrente traz argumentos interessantes para o deslinde da presente controvérsia, quais sejam: 1) ‘não se nega que as atitudes de pura indisciplina de alguns deles – professores demitidos/reclamantes – foram e continuarão a ser inaceitas e repelidas pela administração Ceubense’ (a fls. 266, *in fine*); 2) o que não pode o requerente (CEUB) é deixar de reagir à indisciplina e ao desrespeito, mormente se este decai para a ofensa em nível de pessoa para pessoa’ (a fls. 269, § 1º). Além destes excertos extraídos da defesa na cautelar, a fls. 230 consta uma carta enviada pelo presidente do Recorrente que expressamente diz:

‘1. Considerando que determinados professores, no decorrer do semestre passado, ao mesmo tempo em que desenvolviam no CEUB atividades estranhas ao ensino e provocavam quebra de acordo já firmado, outros ultrapassavam os limites de boa educação, referindo-se de forma ofensiva aos dirigentes do CEUB e à própria Instituição, restou caracterizada falta grave;

2. A Diretoria do CEUB, depois de proceder a detido exame da atitude desses professores, exame esse feito com a isenção de qualquer aspecto que não os da legislação do trabalho, concluiu pela demissão dos referidos professores, pretendendo, inclusive, sustentar em qualquer ação judicial proposta contra o CEUB, a justificativa dessas demissões.’

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Como se não bastassem tais provas, o recorrente, na própria peça recursal em que defende a inexistência de motivação para o rompimento do vínculo laboral, diz que ‘ao curso dos insultos e das acusações, a Diretoria, não mais os suportando, rompeu, de forma definitiva, com os manifestantes recorridos, autores, naquela época, da dita cautelar.’ (a fls. 354)

Com a devida vênia dos argumentos expendidos no recurso, resta plenamente comprovado que o reclamado resiliu os contratos de trabalho dos professores recorridos em punição às suas atitudes durante as negociações salariais e a deflagração do movimento paredista. *O simples fato de as rescisões contratuais terem sido formalizadas como sem justa causa* não é suficiente para desconsiderarmos os motivos que confessadamente levaram o reclamado a demitir os reclamantes.

Restou comprovado que as resilições contratuais foram punitivas, em razão do procedimento adotado pelos reclamantes, que não agradou o reclamado. Sem adentrarmos na questão relativa à existência ou não de justa causa, pois estranha ao caso dos autos, o importante é que os reclamantes não poderiam ter sido demitidos sem a realização de inquérito administrativo, como previsto no parágrafo único do art. 143 do Regimento Interno do recorrente.

Assim sendo, mantenho a sentença, que determinou a reintegração dos reclamantes aos seus empregos no reclamado, com o recebimento de todas as vantagens legais referidas no *decisum* primário.’ (a fls. 158/161 – grifei)

Opostos embargos de declaração pelo reclamado e pelos reclamantes, foram acolhidos para prestar esclarecimentos.

Interposto recurso de revista, esta C. Turma, no acórdão a fls. 251/254, deu provimento ao apelo para declarar nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Em face da decisão proferida pelo TST, o TRT proferiu nova decisão, a fls. 426/438, a fim de julgar os embargos de declaração opostos pelas partes. Eis o teor do acórdão:

‘2 – Mérito

2.1. DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS APRESENTADOS PELO RECLAMADO

Diz o reclamado que o recurso ordinário que interpôs visou apenas insistir em sua tese no sentido de que o regulamento interno não exigia

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

inquérito para os casos de dispensa sem justa causa, já que utilizado o termo ‘demissão’, que tem conotação de punição e, portanto, só pode corresponder à dispensa com justa causa.

Aponta contradição no acórdão, pois em dado momento ‘o regulamento foi dito estranho à hipótese, para depois ser aplicado’ – fls. 421.

Por outro lado, outra contradição configurou-se quando a sentença foi mantida, mas o acórdão adotou fundamento diverso (existência de motivação).

Requer a acolhida dos embargos ‘para que esclareça o v. acórdão que a base de sua decisão foi a existência de motivação para a dispensa, e não o regulamento, pois o mesmo não se aplica à hipótese, como afirmado pelo mesmo julgado’ (a fls. 422).

Insiste em que seria inócua a utilização de inquérito administrativo para a dispensa sem justa causa.

Aponta também omissão do julgado, pretendendo resposta à seguinte questão: ‘Qual a lei que veda a empresa optar pela dispensa sem justa causa, ao invés da justa causa?’ – fls. 423.

Caso esta Eg. Turma insista em adotar o regulamento como fundamento, requer a resposta outra indagação: ‘Se o mesmo fala, nos artigos apreciados, em algum momento, em *dispensa sem justa causa como punição, e se o instituto demissão está no item das punições?*’, ‘Por derradeiro, é preciso que a Eg. Turma, atendendo ao comando do Enunciado nº 297/TST, ao qual está vinculado futuramente o embargante, emita tese acerca do dito violado art. 7º, I, CF, expressamente tratado nas razões de RO’.

Pois bem.

Os julgamentos antes prolatados para resolver os embargos declaratórios foram anulados – uma vez, por negativa de prestação jurisdicional no que toca à contradição apontada e, nos termos da decisão a fls. 520/523, realmente existente; outra vez, porque acolhidos e emprestado efeito modificativo para julgar improcedente a ação sem a oitiva da parte contrária, em afronta ao entendimento cristalizado através da OJ 142/SDI-1 do col. TST.

Sendo assim, passo a analisar todas as alegações contidas nos embargos declaratórios do reclamado, por partes.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

a) Contradição: ‘O regulamento foi dito estranho à hipótese, para depois ser aplicado’ – fls. 421.

Decidiu esta Eg. 2ª Turma, pelo conhecimento e não provimento do recurso do reclamado e, quando da fundamentação, iniciou-se por fixar algumas premissas:

‘Toda empresa possui o poder de resilir os contratos de trabalho, desde que seus empregados não sejam portadores de estabilidade. Tal prerrogativa se justifica no fato de que, ocorrendo a demissão imotivada, o empregado fará jus à indenização e pagamento de verbas rescisórias.

No caso dos autos, é verdade que o regimento interno do reclamado, ao prever a realização do inquérito administrativo para apuração de falta grave, o fez referindo-se a sanções disciplinares, ou seja, contrariamente ao decidido na sentença, o Regimento Interno não criou qualquer tipo de estabilidade aos empregados do reclamado, mantendo-se o seu poder diretivo de resilir os contratos de trabalho.

É fato que os reclamantes foram demitidos sem justa causa, ou seja, não lhes foi atribuída a prática de quaisquer das faltas previstas no art. 143 do Regimento Interno. O argumento do recorrente é de que, tendo a rescisão ocorrido, sem justa causa, e tendo sido pagas todas as verbas rescisórias, nenhum direito restaria assegurado aos reclamantes.’ (a fls. 414)

Criou-se uma enorme celeuma diante do que constou nesses parágrafos, porque contraditórios com a conclusão de que:

‘Com a devida vênia dos argumentos expendidos no recurso, resta plenamente comprovado que o reclamado resiliu os contratos de trabalho dos professores recorridos em punição às suas atitudes durante as negociações salariais e a deflagração do movimento paredista. O simples fato de as rescisões contratuais terem sido formalizadas como sem justa causa não é suficiente para desconsiderarmos os motivos que confessadamente levaram o reclamado a demitir os reclamantes.

Restou comprovado que as resilições contratuais foram punitivas, em razão do procedimento adotado pelos reclamantes, que não agradou o reclamado. Sem adentrarmos na questão relativa à existência ou não de justa causa, pois estranha ao caso dos autos, o importante é que os reclamantes não poderiam ter sido demitidos sem a realização de inquérito administrativo, como previsto no parágrafo único do art.143 do Regimento Interno do recorrente.’ (a fls. 415/416)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em respeito ao entendimento externado através da decisão a fls. 520/523, não cabe pronunciamento a respeito da existência ou não do alegado vício. Passo a sanar a contradição já declarada como existente no acórdão embargando.

Todavia, *data venia* do entendimento manifestado por esta Egr. Turma no acórdão a fls. 579/581, não vislumbro na aplicação de efeito modificativo ao julgado a solução adequada para sanar a contradição.

A leitura que tenho daquelas premissas, colocadas no início da fundamentação quando da prolação do acórdão embargando, é que foi realizada uma interpretação literal do art. 143 do Regimento Interno do reclamado, *em tese*, concluindo-se pela previsão de necessidade de apuração mediante inquérito administrativo como procedimento prévio apenas das demissões em razão da prática de falta grave, e não para todas as modalidades de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados do CEUB, como entendeu o juiz de primeiro grau.

Isso é o que está redigido nos três primeiros parágrafos a fls. 414, aqui transcritos anteriormente.

Posteriormente, passou-se a narrar a tese que o recorrente expôs em seu Recurso Ordinário – é o que está no parágrafo que se inicia com a oração: ‘É fato que os reclamantes foram demitidos sem justa causa’.

Em seguida, esta Eg. Turma constatou que: ‘o simples fato de a rescisão contratual ter ocorrido sem justa causa não é suficiente para provar que não houve qualquer punição aos reclamantes, concentrando-se aí o cerne da questão’ (a fls. 414).

E, a partir daí, a fundamentação norteou-se, diante dos vários elementos de prova nos autos, pela constatação de que o contexto formal criado pelo reclamado, ou seja, a despedida sem justa causa do reclamante, estava a acobertar os verdadeiros fatos: o reclamado demitiu os reclamantes em resposta à postura deles durante as negociações salariais e a deflagração do movimento paredista. Entendeu o empregador que houve ‘atitudes de pura indisciplina’, ‘desrespeito’, ‘ofensa em nível de pessoa para pessoa’, ‘insultos’, ‘acusações’ etc. (a fls. 230, 266, 269 e 354).

Diante desse contexto e visando sanar a contradição apontada, tenho que os §§ 4º e 5º a fls. 414 devem ser reescritos, invertendo-se a ordem das orações naquele primeiro (§ 4º) e modificando a expressão ‘rescisão contratual ter ocorrido sem justa causa’, de modo a esclarecer,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ainda mais, o sentido do raciocínio construído naquele julgado, sempre tendo como norte que o objetivo da decisão nos embargos declaratório é reexpressar o julgado, e não julgar novamente.

Leia-se nos §§ 4º e 5º a fls. 414:

O argumento do recorrente é de que, tendo a rescisão ocorrido sem justa causa, e tendo sido pagas todas as verbas rescisórias, nenhum direito restaria assegurado aos reclamantes, vez que foram demitidos sem justa causa, ou seja, não lhes foi atribuída a prática de quaisquer das faltas previstas no art. 143 do Regimento Interno.

Entretanto, o simples fato de a rescisão contratual ter sido formalizada como ocorrida sem justa causa não é suficiente para provar que não houve qualquer punição aos reclamantes, concentrando-se aí o cerne da questão.

b) Segunda contradição apontada: ‘a sentença foi mantida, mas o acórdão adotou fundamento diverso’.

Neste particular, não há contradição (art. 535, inciso I, do CPC) que é o vício que ocorre quando o voto apresenta conclusões inconciliáveis, diz respeito a proposições logicamente antagônicas contidas no corpo do próprio acórdão embargado, ou seja, aquela detectada entre os fundamentos ou entre estes e o dispositivo.

Não pode ser resolvida em embargos declaratórios contradição entre o fundamento acolhido no acórdão e aqueles adotados na decisão que buscou revisar.

De qualquer sorte, a amplitude do efeito devolutivo dos recursos, segundo o § 1º do art. 515 do CPC, o qual dispõe que serão objeto de apreciação no tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

O § 2º dispõe expressamente que: ‘quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais’.

Assim, ‘quando a pretensão é deduzida com dois ou mais fundamentos, ou, ainda, a defesa é realizada também com base em mais de um fundamento, ainda que o juiz tenha acolhido ou examinado apenas um deles, os demais fundamentos podem ser apreciados pelo tribunal, no julgamento da apelação. Por exemplo: o réu alega pagamento e prescrição da dívida, ou seja, duas causas de extinção da obrigação; o

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

juiz entende ter havido prescrição e nem examina a questão do pagamento; havendo apelação o tribunal pode decidir sobre a existência ou não do pagamento.’ (NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 997)

Na seara trabalhista, com muito mais razão a amplitude da devolução do recurso deve ser aplicada.

Enfatizando tal vertente, a recente OJ 340 da SDI-1 do col. TST, que se refere especificamente ao § 1º do art. 515 do CPC, mas sua inteligência ressalta a amplitude do recurso:

‘340. EFEITO DEVOLUTIVO. PROFUNDIDADE. RECURSO ORDINÁRIO. ART. 515, § 1º, DO CPC. APLICAÇÃO. O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.’

c) ‘Para que esclareça o v. acórdão que a base de sua decisão foi a existência de motivação para a dispensa, e não o regulamento, pois o mesmo não se aplica à hipótese, como afirmado pelo mesmo julgado.’ (a fls. 422)

Justamente por entender que a demissão foi motivada, pois que foi levada a efeito em resposta às atitudes dos reclamantes, é que o acórdão fixou que deveria ser precedida de apuração por meio de inquérito administrativo.

d) ‘Qual a lei que veda a empresa optar pela dispensa sem justa causa, ao invés da justa causa?’ (fls. 423)

Primeiro, cumpre ressaltar que os embargos declaratórios não se prestam a responder questionário da parte, mas apenas para prestar esclarecimentos. Ressalto que, embora não expressamente consignado, o Relator daquele acórdão, lavrado quando ainda não muito em voga o instituto do abuso de direito, aplicou sua inteligência brilhantemente.

A prestação jurisdicional primou pela observância do contexto que surgiu dos fatos em detrimento da documentação providenciada – aplicação do Princípio da Primazia da Realidade.

O Direito do Trabalho norteia-se pelo Princípio da Primazia da Realidade, segundo o qual ‘em caso de discordância entre o que ocorre

na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve dar-se preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos’ (Américo Plá Rodriguez. In: *Princípios do Direito do Trabalho*, LTr, 3. ed., p. 217).

Além disso, não se questiona da titularidade, pelo empregador, do direito potestativo de rescisão dos contratos que celebrou, dispensando empregados sem justa causa. O que é vedado por lei é o abuso desse direito, de modo a violar as regras protecionistas do Ordenamento Laboral – nulos são quaisquer atos praticados com o intuito de desvirtuá-las. Inteligência do art. 9º da CLT.

e) Outra indagação: se o mesmo fala, nos artigos apreciados, em algum momento, *em dispensa sem justa causa como punição, e se o instituto demissão está no item das punições?*

Não há omissão neste particular. Como já dito em item anterior, a primeira premissa fixada no acórdão embargando foi o alcance da previsão contida no Regulamento do CEUB a respeito do inquérito administrativo:

‘Toda empresa possui o poder de rescindir os contratos de trabalho, desde que seus empregados não sejam portadores de estabilidade. Tal prerrogativa se justifica no fato de que, ocorrendo a demissão imotivada, o empregado fará jus à indenização e pagamento de verbas rescisórias.’

No caso dos autos, é verdade que o regimento interno do reclamado, ao prever a realização do inquérito administrativo para apuração de falta grave, o fez referindo-se a sanções disciplinares, ou seja, contrariamente ao decidido na sentença, o Regimento Interno não criou qualquer tipo de estabilidade aos empregados do reclamado, mantendo-se o seu poder diretivo de rescindir os contratos de trabalho (a fls. 414).

f) Omissão: tese acerca do dito violado art. 7º, I, CF, expressamente tratado nas razões de RO.

Pretende o reclamado, ora embargante, ‘que a Eg. Turma, atendendo ao comando do Enunciado nº 297 TST, ao qual está vinculado futuramente o embargante, emita tese acerca do dito violado art. 7º, I, CF, expressamente tratado nas razões de RO’ (a fls. 423).

Não há omissão no julgado, porque deixou de dizer da violação ou não a dispositivo de lei ou da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Enunciado nº 297 do col. TST disciplina que

‘RECURSO. PREQUESTIONAMENTO. Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe à parte interessada interpor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.’

Ainda no mesmo sentido, a inteligência da OJ 72 da SDI-2 do col. TST: ‘o prequestionamento diz respeito à matéria e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado’.

2.2. DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS APRESENTADOS PELOS RECLAMANTES (a fls. 425/434)

Alegam os autores que o acórdão, a despeito de acolher o pedido, deixou de analisar outras teses trazidas com a exordial e renovadas em contra-razões (existência de motivação política a justificar a demissão dos reclamantes; estabilidade garantida em norma coletiva; alguns dos reclamantes são dirigentes de associação profissional). Salientou a importância da discussão a respeito porque caso o reclamado interponha recurso de revista, entendem eles que terão fragilizada sua defesa por apenas o fundamento fixado no acórdão embargando poderá ser questionado.

Falece razão aos embargantes.

O acórdão substitui a sentença e, quando do julgamento, esta Eg. 2ª Turma decidiu manter o deferimento do pedido dos reclamantes e a decisão está fundamentada.

A fundamentação é requisito de validade das decisões jurisdicionais (CF, art. 93, inciso IX).

É também o elemento que dá legitimidade da função estatal exercida pelo Judiciário, justamente porque é na fundamentação que reside a possibilidade de pacificação do conflito e também discussão e rediscussão tanto no âmbito social como por outros órgãos judiciais.

Mas o juiz não está obrigado a analisar ou, como pretendem os reclamantes, acolher todas as teses propostas pelas partes, sendo exposta fundamentação suficiente à acolhida ou rejeição do pedido está cumprido o mandamento constitucional.

Por outro lado, o prequestionamento, como já dito em item anterior, diz respeito a discussão anterior da matéria, e não de todas as

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

causas de pedir apresentadas pela parte. A matéria, o tema estabilidade, foi exatamente o cerne da controvérsia resolvida no acórdão embargando, suficientemente fundamentado.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, conheço dos embargos e, no mérito, nego provimento àqueles apresentados pelos reclamantes e dou provimento parcial aos embargos do reclamado para conferir esclarecimentos às partes e, emitindo nova redação aos §§ 4º e 5º da fls. 414, sanar a contradição apontada (a fls. 428/437).’

Às fls. 443/447, o reclamado opôs embargos de declaração, apontando omissão quanto à disciplina do art. 143 do Regimento Interno, ao pagamento de verbas rescisórias e à inexistência de provas acerca do fato de que as demissões decorreram do movimento grevista.

No julgamento dos Embargos de Declaração, assim consignou o Tribunal Regional:

‘2.2. Rescisão contratual. Regimento interno do Reclamado.

Requer a embargante que conste registrado no acórdão a disciplina do art. 143 do seu Regulamento Interno, bem como que se expresse que o comando do aludido artigo ‘tem como única e exclusiva destinação a demissão por falta grave de que trata o art. 482 da CLT’ (a fls. 724).

Assevera, também, que a nova redação dada pelo acórdão embargado aos §§ 4º e 5º da fls. 414 resultou em omissão, pois passou a constar que o argumento recursal é de que a rescisão foi formalizada sem justa causa, com o pagamento de todas as verbas rescisórias decorrentes. Aduz, todavia, que os aludidos dados sejam consignados pelo órgão julgador, já que o col. TST apenas parte de premissas materializadas no acórdão regional, e não na nas alegações das partes.

Sem razão a embargante.

À simples leitura do acórdão embargado (a fls.704/716) verifica-se que as questões relevantes ao deslinde da controvérsia articuladas pelas partes foram analisadas e resolvidas.

Assim, conquanto inexista no julgado embargado qualquer omissão, para uma completa prestação jurisdicional, transcrevo o teor do art. 143 do Regimento Interno da Reclamada (a fls. 103):

‘Art. 143. A demissão ocorrerá nos seguintes casos:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

I – reincidência em falta punida com suspensão;

II – desrespeito à proibição legal de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social ou de defesa de preconceitos de raça ou de classe;

III – nas hipóteses do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que este Regimento não comine para o fato pena menos grave.

Parágrafo único. A demissão será aplicada por escrito, com base em inquérito determinado pelo Diretor da faculdade a que pertença o professor.’

Logo, esclareço que a contradição apontada nas razões dos embargos declaratórios anteriores no sentido de que ‘o regulamento foi dito estranho à hipótese, para depois ser aplicado’ foi devidamente sanada, restando clara a questão relativa à aplicação do regimento interno à rescisão contratual dos autores (a fls. 707/710).

Como já dito na decisão embargada, o que emerge dos elementos probatórios dos autos é que a dispensa sem justa causa formalizada pelo reclamado, estava encobrindo os verdadeiros fatos, quais sejam, que o reclamado rescindiu os contratos de trabalho dos autores em resposta à postura dos mesmos durante as negociações salariais e a deflagração do movimento paredista. Portanto, esposou-se o entendimento de que as demissões foram motivadas, com natureza punitiva, em face do comportamento dos autores e, por tal motivo, deveriam ser precedidas de apuração por inquérito administrativo, conforme previsto no Regimento Interno.

Assim, não obstante inexistir no julgado omissão a ensejar a posição de embargos declaratórios, dou provimento a esses para prestar os esclarecimentos acima (a fls. 457/459).’

(...)

A discussão cinge-se à extensão a ser conferida à interpretação dada pelo Eg. Tribunal Regional ao Regimento Interno do Reclamado.

Fez-se consignar no acórdão regional que a norma regulamentar, ao contrário do que assinalado na sentença, não conferiu garantia de emprego aos seus trabalhadores, mas tão-só previu a ‘realização de inquérito administrativo para apuração de falta grave’, mantendo-se inalterado o seu ‘poder diretivo de rescindir os contratos de trabalho’ (a fls.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

158). Importante sublinhar que, a fls. 457, ao julgar Embargos de Declaração opostos pelo Reclamado, o Eg. Tribunal Regional transcreveu em sua literalidade o dispositivo em debate, onde se vê que, como bem assinalado, foi assegurada a realização de prévio inquérito administrativo apenas para as hipóteses que indica, quais sejam:

‘I – reincidência em falta punida com suspensão;

II – desrespeito à proibição legal de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social ou de defesa de preconceitos de raça ou de classe;

III – nas hipóteses do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que este Regimento não comine para o fato pena menos grave (a fls. 458).’

Conclui-se, pois, que a finalidade da disposição contratual era garantir exclusivamente ao empregado que fosse demitido mediante a imputação de comportamento faltoso – com consequências nas verbas rescisórias a que teria *jus* – um procedimento interno no qual teria oportunidade de se defender.

Pois bem. Embora tenha sido essa a delimitação conferida à interpretação do dispositivo regulamentar, o Eg. Tribunal Regional, ao aplicar a norma ao caso concreto, entendeu que a despedida sem justa causa dos Reclamantes exigiria a prévia realização de inquérito administrativo. Para tanto, afirmou que, em verdade, ela se deu em virtude de juízo punitivo, não obstante tenham sido asseguradas na rescisão todas as verbas devidas.

No ordenamento jurídico pátrio, como se sabe, vige a concepção de que a garantia de emprego ampla e abstrata conferida pelo direito é de ordem apenas econômica. A conclusão advém da leitura do inciso I do art. 7º da Constituição da República, que ao mencionar a referida garantia, assegura, ao menos por enquanto, apenas o direito mencionado no art. 10, inciso I, do ADCT. Vige, portanto, o chamado poder potestativo de terminação do contrato de trabalho.

Ao lado do direito à extinção do contrato por dispensa sem justa causa – que se materializa pela rescisão por iniciativa do empregador, por denúncia vazia – foi positivado entre nós o princípio da norma mais favorável – *caput* do art. 7º da Constituição. Segundo ele, além das normas jurídicas aplicadas ao contrato de trabalho, é possível que o empregador, utilizando-se de seu poder regulamentar, fixe outros direitos,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que se incorporarão ao patrimônio jurídico dos trabalhadores – art. 468 da CLT.

Essas, as duas normas jurídicas que demandam aplicação na hipótese, as quais, se tomadas em seus estritos âmbitos de projeção, apontam para a melhor solução da controvérsia.

Em primeiro lugar é preciso lembrar da autorização legal à dispensa sem justa causa: o empregador, desde que não atue i) contra o direito – hipóteses legais de estabilidade; ii) contra disposições coletivas – hipóteses convencionais de estabilidade; iii) contra normas regulamentares e contratuais – hipóteses avençadas de estabilidade; ou iv) em abuso de direito, está autorizado a despedir seu empregado por denúncia vazia, ou seja, sem indicação de fundamentos fáticos ou jurídicos.

O Eg. Tribunal Regional, como demonstrado, declarou nula a despedida pelo exclusivo fundamento indicado no item iii acima, não obstante tenham os Reclamantes apontado outros fundamentos, o que será oportunamente apreciado.

Contudo, como verificado, o próprio Eg. Tribunal Regional, ao interpretar a extensão da proteção regulamentar, consignou que foi pactuada a obrigação de realização de prévio inquérito administrativo como condição de dispensa para as *hipóteses que indicou*. Ainda no tocante aos fatos, consignou que os Reclamantes foram dispensados sem justa causa, com a estrita observância da garantia de emprego econômica vigente em nosso ordenamento (art. 10, inciso I, do ADCT).

Não obstante o panorama fático delineado, entendeu que a despedida sem justa causa representaria um juízo punitivo, decorrente do comportamento dos Reclamantes, o que tornaria exigível o inquérito administrativo prévio prescrito na norma regulamentar.

Ao decidir dessa forma, distanciou-se da interpretação por ele mesmo conferida à norma regulamentar, que se destinaria às hipóteses de demissão dos empregados acusados do cometimento de uma das faltas mencionadas no referido dispositivo contratual.

Ou bem o Eg. Tribunal Regional poderia assumir a existência de abuso de direito no exercício do poder potestativo de terminação do contrato – se concebesse ilicitude no suposto juízo punitivo que referiu –, ou poderia indicar que a melhor interpretação da norma regulamentar seria no sentido de que o inquérito administrativo era compulsório para todas as formas de dispensa.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

É preciso sublinhar a questão. A dispensa sem justa causa, por se tratar de denúncia vazia em sede constitucional, pode decorrer de qualquer razão lícita, podendo guardar inclusive conteúdo punitivo. Abstratamente, basta imaginar uma das hipóteses previstas no art. 482 da CLT que, apesar da previsão legal, não guardasse no caso concreto a gravidade necessária, como um dia de falta injustificada. Embora tal fato dificilmente justificaria a resolução do contrato por justa causa, nada impede que o empregador, exercendo direito regularmente previsto, ponha fim à relação jurídica, desde que observe as consequências econômicas pertinentes, mesmo se tratando de dispensa por juízo punitivo.

Dessa forma, reconhecido que a previsão regulamentar se dirige apenas à hipótese de imputação de comportamento condenável a empregado, facultando-lhe, assim, o direito de defesa em relação à imputação, não é possível estender seus efeitos para o caso concreto em virtude da natureza da motivação do ato.

Conclui-se, por todo o exposto, que o Eg. Tribunal Regional, ao restringir o poder potestativo de extinção do contrato de trabalho por denúncia vazia sem invocar validamente qualquer das limitações possíveis a esse direito, negou vigência ao art. 7º, inciso I, da Constituição da República.

A negativa de vigência ao referido dispositivo acarreta, indubitavelmente, sua direta violação. Como mencionado, a discussão não gira em torno da ofensa ao disposto no Regimento Interno do Reclamado. É que o Eg. Tribunal Regional, ao interpretar a norma regulamentar, delimitou o círculo de sua projeção, sob o qual não se agasalha a situação concreta discutida. Não obstante, entendeu que uma certa característica do caso concreto – que, repita-se, apresenta-se alheia à eficácia obrigacional da norma regulamentar – limitaria o poder potestativo da resilição.” (fls. 675-686)

Quando da apreciação dos embargos de declaração opostos pelos reclamantes, a c. Turma reforçou seu entendimento de ter havido restrição ao poder potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho, ao concluir que:

“Como demonstrado, esta C. Turma, em acórdão a fls. 662/687, deu provimento ao Recurso de Revista do Reclamado para, superando o fundamento adotado no acórdão recorrido para justificar a nulidade da dispensa dos Reclamantes, determinar o retorno dos autos ao Eg. Tribunal

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Regional, para que prossiga no julgamento da matéria, como entender de direito.

Os Reclamantes opõem Embargos de Declaração a fls. 694/701. Sustentam a ocorrência de cinco omissões no julgado, a saber: i) afirmação inequívoca do Eg. Tribunal Regional quanto ao descumprimento, pelo Reclamado, das normas regulamentares, não havendo se falar em contradição; ii) óbice da alínea *b* do art. 896 da CLT, aplicável à hipótese; iii) óbice da Súmula nº 77/TST ao conhecimento do apelo; iv) fundamentação do Eg. Tribunal Regional de ocorrência de abuso de direito na dispensa; v) óbice da Súmula nº 126/TST ao conhecimento do apelo.

No tocante ao primeiro fundamento, não se cogita de omissão. Restou expressamente consignado no julgamento do Recurso de Revista que o Eg. Tribunal Regional, embora tenha reconhecido a nulidade da dispensa invocando o regulamento do empregador, em verdade, exarou juízo de valor a partir da natureza punitiva da dispensa, o que, segundo entendeu, atrairia a exigência do prévio inquérito administrativo. Esta C. Turma, contudo, entendeu de forma diversa, afirmando que do teor do regulamento – conforme delineado no acórdão regional, registre-se – não emanava semelhante obrigação:

‘O Eg. Tribunal Regional, como demonstrado, declarou nula a despedida pelo exclusivo fundamento indicado no item ‘iii’ acima, não obstante tenham os Reclamantes apontado outros fundamentos, o que será oportunamente apreciado.

Contudo, como verificado, o próprio Eg. Tribunal Regional, ao interpretar a extensão da proteção regulamentar, consignou que foi pactuada a obrigação de realização de prévio inquérito administrativo como condição de dispensa para as *hipóteses que indicou*. Ainda no tocante aos fatos, consignou que os Reclamantes foram dispensados sem justa causa, com a estrita observância da garantia de emprego econômica vigente em nosso ordenamento (art. 10, inciso I, do ADCT).

Não obstante o panorama fático delineado, entendeu que a despedida sem justa causa representaria um juízo punitivo, decorrente do comportamento dos Reclamantes, o que tornaria exigível o inquérito administrativo prévio prescrito na norma regulamentar.

Ao decidir dessa forma, distanciou-se da interpretação por ele mesmo conferida à norma regulamentar, que se destinaria às hipóteses

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de demissão dos empregados acusados do cometimento de uma das faltas mencionadas no referido dispositivo contratual (a fls. 685).’

Dessa forma, entendeu esta C. Turma que, não obstante haver afirmado o Eg. Tribunal Regional que o caso concreto atrairia a incidência da exigência regulamentar de realização de prévio inquérito administrativo, dos termos emanados do regulamento – transcritos no acórdão regional – não se justifica a vinculação. Não há falar, portanto, de omissão, no particular.

Pelo mesmo fundamento, não se verifica a ‘terceira’ omissão arguida pelos Reclamantes. Assentado que o Regulamento da Empresa não conferia o direito à instauração de prévio inquérito administrativo para as hipóteses de dispensa sem justa causa, não há falar em aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula nº 77/TST.

Não é pertinente à hipótese o permissivo da alínea *b* do art. 896 da CLT. Consignado no acórdão regional todos os fatos necessários à análise da controvérsia – aí se incluindo o teor das disposições regulamentares acerca da demissão de empregados – a divergência jurisprudencial não se apresenta como único meio para o conhecimento do apelo. Assim, presentes as condições de conhecimento do apelo pelo permissivo da alínea *c* do art. 896 da CLT, não se há falar em omissões no julgamento do Recurso de Revista. Pelo mesmo motivo, não há falar em pertinência do óbice da Súmula nº 126/TST. Ficam afastadas, pois, as ‘segunda’ e ‘quinta’ omissões.

Não se verifica, por fim, a ‘quarta’ omissão indicada. É que o Eg. Tribunal Regional, ao afirmar ‘abusiva a dispensa’, o fez por entender ter ela sido processada em desacordo com as normas regulamentares, como se lê a fls. 685:

‘Não obstante o panorama fático delineado, entendeu que a despedida sem justa causa representaria um juízo punitivo, decorrente do comportamento dos Reclamantes, o que tornaria exigível o inquérito administrativo prévio prescrito na norma regulamentar.’

Não se verifica, pois, nenhuma das omissões apontadas, impondo-se a rejeição dos Embargos de Declaração.” (fls. 708-710)

Nas razões de recurso de embargos, os reclamantes sustentam que o recurso de revista do reclamado não merecia ter sido conhecido, porque a matéria envolve discussão a respeito de norma regulamentar que não excede o âmbito de jurisdição do Tribunal prolator da decisão recorrida a inviabilizar,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

por isso, o reconhecimento de afronta ao art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, que, se houvesse, seria reflexa. Alegam que a conclusão de inexistência do caráter punitivo da dispensa, da não subsunção do caso à norma regulamentar, importou em contrariedade à Súmula nº 126 deste c. Tribunal Superior do Trabalho. Aludem à má aplicação do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, em face de interpretação conferida pela c. Turma em detrimento de direito fundamental assegurado nesse preceito ao trabalhador de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária. Trazem arestos para a demonstração de divergência jurisprudencial. Indicam violação do art. 896 da CLT.

Infere-se do v. acórdão embargado que a matéria recai no alcance e aplicação da regra contida em norma regulamentar atinente à demissão do empregado professor.

O art. 7º, inciso I, da Constituição Federal assim dispõe:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Verifica-se, assim, se tratar de questão interpretativa, de modo que a c. Turma, ao conhecer do recurso de revista do reclamado por violação literal do art. 7º, inciso I, da Constituição da República, acabou por lhe conferir má aplicação, motivo por que vulnerou a disposição contida no art. 896 da CLT.

Com esses fundamentos, conheço dos embargos por violação do art. 896 da CLT, por contrariedade à Súmula nº 126 e má-aplicação do art. 7º, inciso I, da Constituição da República.

2 – MÉRITO

Cinge-se a controvérsia a respeito do caráter enunciativo ou taxativo de norma constante de regulamento da empresa referente à necessidade de prévio inquérito administrativo para o ato de dispensar.

Já tive oportunidade de alhures examinar essa questão quando ainda atuando como magistrado de primeiro grau.

A princípio a questão não comportaria maior reflexão diante da instabilidade no emprego vigente no atual texto constitucional.

Em suma, ao empregador é possível, de regra, despedir seu empregado por simples denúncia vazia do contrato de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Até aí, qualquer ato de iniciativa do empregador que tenha por finalidade romper imotivadamente o contrato de trabalho dos seus empregados encontraria somente o óbice da indenização prevista no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O ato potestativo do empregador, de regra geral, exercitável toda vez que não mais quiser dar continuidade à relação de emprego, irá encontrar, por outro lado, limites legais e/ou contratuais ao seu exercício, tornando legítima continuidade do contrato de trabalho que, para extinguir-se dependerá do cumprimento dos requisitos na lei e/ou na convenção contidos.

Assim é que a norma legal estabelece a impossibilidade do exercício do poder de dispensa dos empregados, contratual e legalmente estáveis, restringindo, por outro lado, a dispensa imotivada quando não cumpridas formalidades *ad solenitatem*, exigidas para o ato.

Questão relevante, contudo, e de extrema preocupação, com relação ao regulamento das sociedades de ensino superior ou das universidades, é a inibição do ato potestativo de dispensa por convenção. E não é esta uma cláusula recente, mas antiga, que tinha uma característica: garantir a liberdade do exercício do direito de cátedra exatamente para que o professor universitário não pudesse ser dispensado por posicionamentos ou manifestações livres de pensamento em seu mister.

Notadamente, em épocas em que havia pouca liberdade de expressão e, acima de tudo, um rumo ideológico que se impunha às universidades particulares, para que pudessem obter até a própria titulação e continuidade na sua atuação, essa cláusula de liberdade de exercício do direito de cátedra, que visava exatamente a consagrar essa liberdade, impedia ou criava um ato potestativo de inibição da dispensa sem justa causa ou arbitrária.

A liberdade do exercício do direito de cátedra deve permear o processo de ensino e aprendizagem, a fim de assegurar a autonomia intelectual e o pensamento crítico imprescindíveis ao magistério superior.

Notável é a lição de Charles de Secondat, Senhor de La Brède e Barão de Montesquieu, político, filósofo e escritor francês, autor da consagrada Teoria da Separação dos Poderes, para quem “la liberté signifie le droit non pas de tout faire mais de faire tout ce que les lois permettent”, em sua não menos famosa obra “O Espírito das Leis”, doutrina básica da ciência política, no livro décimo primeiro dedicado à liberdade política quando assinala que:

“A liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer.” (In: *L'esprit des lois*, XI, 3)

A matéria ora em debate, portanto, está jungida ao âmbito de aplicação do inciso XIII do art. 5º, que assegura o livre exercício profissional, e do inciso I do art. 7º, que veda a dispensa arbitrária do trabalhador, ambos da Constituição da República inseridos no capítulo destinado aos direitos fundamentais.

Elucidativo é o que preconiza o eminente Ministro Gilmar Mendes, quando dispõe sobre a teoria do dever de proteção relativa aos direitos fundamentais:

“A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

(...)

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

(...)

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*) expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbote*).” (In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 217-218)

Sem adentrar no âmbito da discussão da conceituação da vedação de dispensa imotivada ou sem justa causa como direito fundamental, o que demandaria uma extensa incursão nos princípios que regem a matéria, além da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

questão constitucional inserida em seu contexto, limita-se a controvérsia na interpretação e alcance da norma regimental que regula e disciplina a organização do Ceub, no que concerne à dispensa do empregado professor.

A norma em comento foi inteiramente reproduzida no v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional, como se pode observar do excerto acima referido pela c. Turma no r. julgado ora embargado. Trata-se do art. 143 do Regimento Interno do CEUB, cujo teor assim estabelece:

“Art. 143. A demissão ocorrerá nos seguintes casos:

I – reincidência em falta punida com suspensão;

II – desrespeito à proibição legal de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social ou de defesa de preconceitos de raça ou de classe;

III – nas hipóteses do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que este Regimento não comine para o fato pena menos grave;

Parágrafo único. A demissão será aplicada por escrito, com base em inquérito determinado pelo Diretor da faculdade a que pertença o professor.”

À primeira vista não teria maior esforço de interpretação.

Literalmente a pena de dispensa só existirá como sanção.

A dispensa imotivada não é pena mas ato potestativo.

No entanto, a interpretação literal do texto em questão suscita dúvidas na sua aplicabilidade.

Com efeito, necessário se torna que o Juiz, diante da dúvida, para que não deixe de cumprir a sua missão constitucional, tenha assegurada a livre pesquisa do direito.

Longe vai o tempo da automática interpretação do texto, consubstanciada na velha hermenêutica, assim como dissera Montesquieu certa vez:

“Les juges de la nation ne sont que la bouche que prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés que n’em peuvent modérer la force ni la rigueur.”

Ao contrário, a livre investigação do Direito dá-nos mostra, cada vez maior, de que a lacuna e a omissão do texto permitem ao aplicador da lei sua adequação ao caso concreto, diante dos motivos que o norteou.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso, para melhor entender o fim a que se destina o capítulo da pena de dispensa do professor pergunta-se: Qual a finalidade de os estatutos da faculdade restringirem o ato potestativo da dispensa?

A resposta não é outra. Trata-se de garantir a liberdade do exercício da cátedra.

A faculdade ao fazer inserir nos seus estatutos a pena da dispensa, terminou por retirar a possibilidade da dispensa arbitrária do professor.

Restringiu ela esta dispensa aos casos que trata no art. 143 de seu regimento interno.

Nesse contexto, a matéria em debate deve ser dirimida à luz do princípio da continuidade da relação de emprego, que o saudoso Américo Plá Rodrigues tão bem dispôs ao tratar de sua origem e fundamento:

“Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundando em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes.” (In: *Princípios de Direito do Trabalho*. Wagner D. Giglio. Reed. 5. tir. São Paulo: LTr, 1997. p. 139)

É verdade, pois, que a dispensa por justa causa não estaria subordinada a inquérito, exatamente porque ela poderia ser exercida a qualquer momento. Se o professor era acusado de crime ou se o tivesse cometido, totalmente desnecessário e despendendo o inquérito. Bastava a dispensa imediata.

Quando a norma se reporta à justa causa, não à falta grave, também não impede o exercício do ato potestativo de dispensa. Nunca impediu, apenas o subordina a um prévio inquérito, para a constatação efetiva de justa causa para o despedimento, a fim de se evitar o caráter de retaliação que possa daí exsurgir, ou mesmo coibir possível contaminação da liberdade do exercício regular do direito de cátedra.

Esse, portanto, é o espírito da regra inserta no regimento interno do reclamado, e só por isso se vê que o seu conteúdo, longe de ser taxativo, revestese de uma natureza eminentemente interpretativa.

Não vale o argumento de que a formalidade exigida nos estatutos somente se aplica àqueles casos de dispensa por justa causa. Não é verdade. Os próprios estatutos, caracterizando a pena de despedida, criam outros casos que não os legalmente previstos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Quisessem os estatutos limitar o processo administrativo às dispensas por justa causa, não poderiam tratar de causas outras ensejadoras da rescisão do contrato.

Adotando este procedimento abriu mão da despedida arbitrária, admitindo, apenas, aquelas causas de rescisão contratual, com a formalidade do parágrafo único do art. 143 de seu regimento interno. Por isso deve ser reputada nula a dispensa realizada sem a observância das normas a que se obrigou o empregador.

Por sua vez, a regra contida no art. 7º, inciso I, jamais, em tempo algum, teve o condão de impedir outras formas capazes de assegurar, em face das melhorias das condições sociais do empregado, garantias de emprego.

Tanto é assim, que a interpretação aplicada à regra do art. 118 da Lei nº 8.213/91 é no sentido de conceder garantia de emprego por um ano aos empregados em decorrência de acidente de trabalho, exatamente porque não se trata de lei complementar, e sim legislação comum. E por ser lei ordinária, de fato, essa garantia de emprego não estaria inserta na hipótese do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, mas em seu *caput*.

Por essa razão, mais se reforça a conclusão de que a questão ora trazida a debate envolve interpretação de uma cláusula consagrada na academia, ou seja, nos conselhos superiores das universidades.

Trata-se de uma conquista certa, que é exatamente o impedimento de que o professor fique sujeito, por dispensa arbitrária ou sem justa causa, às opiniões do poder diretivo dos estabelecimentos de ensino superior, de modo a tolher o exercício regular do direito de cátedra.

Assim, pelo fato se tratar de questão interpretativa, não há como se reconhecer afronta literal ao teor do art. 7º, inciso I, da Constituição da República, que foi mal aplicado pela c. Turma, como acima já se demonstrou.

Ante ao conhecimento por violação do art. 896 da CLT, porque mal aplicado o art. 7º, inciso I, da Carta Magna, dou provimento ao recurso de embargos, a fim de que se restabeleça a r. decisão proferida pelo eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Prejudicado o exame dos embargos interpostos pelo reclamado.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Maria de Assis Calsing, relatora, Vantuil Abdala, Milton de Moura

França, João Batista Brito Pereira e Rider Nogueira de Brito, conhecer dos embargos dos reclamantes por violação do art. 896 da CLT e, no mérito, dar-lhes provimento para restabelecer o v. acórdão regional, julgando prejudicado o exame do recurso de embargos do reclamado.

Brasília, 16 de junho de 2008. *Aloysio Corrêa da Veiga*, redator designado.

PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

AGRAVO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO. EQUIVOCADA AFERIÇÃO. Comprovado equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o despacho denegatório deve ser reconsiderado. Recurso de agravo provido, para melhor exame do agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO – PAI. PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO – PEA. DIFERENÇAS. A divergência jurisprudencial mostra-se específica, tendo em vista a discussão em torno da boa-fé objetiva e o suposto vício de consentimento denunciado nos Planos de Demissão Voluntária do Banco do Brasil. Agravo de instrumento provido a fim de processar o apelo principal.

RECURSO DE REVISTA. BANCO DO BRASIL. PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO E PLANO DE ESTÍMULO AO AFASTAMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Não há como acolher a tese de que o negócio jurídico atingiu a perfeição, uma vez ausente o elemento boa-fé objetiva. Note-se que não se está a suprimir a livre manifestação da vontade das partes, mas a indicar que esta vontade não se manifestou de maneira livre, já que induzida por premissa que não se cumpriu. Logo, não há se falar em violação do ato jurídico perfeito.

Como se vê, a questão foi dirimida sob o enfoque que o Código Civil de 2002 trouxe às relações jurídico-contratuais. Segundo a nova concepção civilista, o Estado não deve assegurar somente o cumprimento da livre manifestação da vontade das partes, mas também deve reger o comportamento dos negociantes pelo princípio da boa-fé objetiva, impondo aos contratantes o dever de honestidade, lealdade e confiança, visando com isso à manutenção

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do equilíbrio contratual. Ao contrário do que alega o Reclamado, ao aplicar o princípio da boa-fé objetiva, o e. TRT procedeu à correta aplicação do art. 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Recurso de revista a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RR-25/2006-702-04-40 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-RR-25/2006-702-04-40.0, em que é Recorrente Banco do Brasil S.A. e Recorrido Paulo Jacso Torres Garcia.

Contra a r. decisão à fl. 228, da lavra do Exmo. Sr. Ministro Presidente do c. TST, que denegou seguimento ao seu agravo de instrumento por irregularidade de traslado, caracterizado pela ausência de declaração de autenticidade das peças recursais, o Reclamado interpõe recurso de agravo às fls. 234-236, sustentando, em síntese, que o recurso merece prosperar, uma vez que, quando da formação do instrumento, declarou à fl. 02 serem autênticas as peças trasladadas, demonstrando, portanto, o desacerto do despacho agravado. Denuncia violação dos arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, 896, 897 da CLT e 544, § 1º, do CPC.

É o relatório.

VOTO

1 – AGRAVO

1.1 – CONHECIMENTO

O agravo é tempestivo (fls. 228 e 234-236) e ostenta representação regular (fls. 15 e 14), pelo que dele conheço.

A Presidência do c. TST denegou seguimento ao agravo de instrumento do Reclamado, por deficiência de traslado, ante a ausência da declaração de autenticidade das peças recursais pela subscritora do recurso.

Inconformado, o banco Reclamado interpõe recurso de agravo às fls. 234-236, sustentando, em síntese, que à fl. 02 dos autos consta a declaração de autenticidade das peças trasladadas, regularizando, portanto, o óbice citado. Denunciou violação dos arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, 896, 897 da CLT e 544, § 1º, do CPC.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Com razão o Agravante.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a firmatória do apelo denegado Dra. Cristina Scheer (OAB/RS 27.623), regularmente constituída às fls. 15 e 14, declarou, sob sua responsabilidade pessoal, que as cópias das peças conferem com os originais.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso de agravo para, afastando o óbice apontado à fl. 228, determinar o julgamento do agravo de instrumento em recurso de revista.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

A Presidência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do despacho às fls. 208-210, negou seguimento ao recurso de revista do Reclamado, com alicerce das Súmulas ns. 23 e 296 do TST, dentre outros fundamentos.

Inconformado, o Reclamado interpôs agravo de instrumento às fls. 2-13, sustentando a viabilidade do apelo.

Contraminuta e contrarrazões às fls. 217-223 e 224-226, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RISTST.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 186 e 2-13) e subscrito por advogada regularmente habilitada nos autos (fls. 15 e 14). Ademais, foram trasladadas as peças necessárias à sua formação, consoante o disposto no art. 897, § 5º, I e II, e na Instrução Normativa 16/99 do TST. Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, conheço.

2 – MÉRITO

2.1 – PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO – BOA-FÉ OBJETIVA

O Tribunal Regional, por meio do acórdão às fls. 176-185, deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante para condenar o Reclamado a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pagar indenização equivalente à diferença entre as verbas rescisórias decorrentes da adesão do empregado ao Plano de Afastamento Incentivado – PAI-50 e ao Plano de Estímulo ao Afastamento – PEA.

Inconformado, o Reclamado interpôs recurso de revista às fls. 191-202, sustentando, em síntese, que o reclamante já não fazia parte do seu quadro funcional quando pleiteou, em nome do ato jurídico perfeito, diferenças entre o Plano de Aposentadoria Incentivada – PAI-50 e o Plano de Estímulo Incentivado – PEA. Denuncia violação dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 113 do Código Civil de 2002. Colaciona precedentes ao cotejo de tese.

O recurso teve o trânsito denegado ao seguinte fundamento:

“(…)

Os fundamentos do acórdão não autorizam concluir pela violação a dispositivos de lei e da Constituição Federal, na forma da alínea *c* do art. 896 da CLT.

Inespecífico, à luz da Súmula nº 296 do TST, aresto que analise situação fática diferente da retratada na decisão atacada.

Também é inespecífico, nos termos da Súmula nº 23 do TST, aresto que não enfrente todos os fundamentos contidos na decisão recorrida.

Nego seguimento.

(…)” (fl. 210)

Irresignado, o Reclamado interpõe o presente agravo de instrumento, renovando os argumentos expendidos no recurso de revista.

O despacho agravado merece reparos.

Com efeito, o precedente colacionado às fls. 137-139, partindo das mesmas premissas fáticas registradas no acórdão recorrido, adota entendimento contrário, ao consignar que:

“O empregado aderiu livremente ao antigo plano de desligamento voluntário, não estando o ato de adesão que levou ao rompimento do contrato de trabalho eivado de qualquer vício do consentimento, quais sejam erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Na época em que a reclamante aderiu ao PAI, adquiriu o direito ao rompimento do seu contrato de trabalho de acordo com os benefícios por ele oferecidos, o que lhe foi assegurado pelo reclamado, e efetuada a quitação desses direitos, a adesão ao PAI e o TRCT homologado pagando aqueles direitos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

assegurados, constituem ato jurídico perfeito e acabado, a ela não se aplicando normas jurídicas instituídas posteriormente.”

Nesse contexto, a divergência jurisprudencial mostra-se específica, tendo em vista a discussão em torno da boa-fé objetiva e o suposto vício de consentimento denunciado nos Planos de Demissão Voluntária do Banco do Brasil.

Isto considerado, *dou provimento* ao agravo de instrumento, por divergência jurisprudencial, a fim de processar o apelo principal.

II – DO RECURSO DE REVISTA

1 – CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo (fls. 186 e 188), o preparo foi efetuado a contento (fls. 189-190) e a representação mostra-se regular (fls. 203 e 204). Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço.

2.1 – PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO – BOA-FÉ OBJETIVA

O Tribunal Regional, por meio do acórdão às fls. 176-185, deu provimento ao recurso ordinário do Reclamante, aos seguintes fundamentos:

“(…)

Sustenta o reclamante ter sido induzido ao erro pelo reclamado quando de sua adesão ao PAI – Plano de Aposentadoria Incentivada. Com amparo no documento da fl. 38 dos autos, afirma que foi veiculado no ambiente interno da empresa notícia por meio da qual um gerente executivo do Banco-réu, com poderes para falar em seu nome, afirmava categoricamente que no futuro não haveria a edição de novo programa semelhante ao PAI. Apesar disso, diz que foi surpreendido com a posterior implantação do PEA – Programa de Estímulo ao Afastamento, que alcançou mais e melhores vantagens aos empregados que a ele aderiram. Requer a reforma do julgado para que o reclamado seja condenado ao pagamento das diferenças existentes entre esses dois programas, uma vez que sua conduta implicou desrespeito ao princípio da boa-fé contratual.

Inicialmente, importante ressaltar que restou incontroverso nos autos que a adesão do reclamante ao PAI ocorreu por sua livre e

espontânea vontade. Também restou demonstrado que a instituição do PEA ocorreu cerca de 90 dias após a extinção do contrato de trabalho em exame, ou seja, em julho/2004.

Todavia, consta do documento da fl. 38, expedido pelo Banco-réu por meio da ‘*Agência de Notícias*’ em 11.02.2004, que:

‘Os funcionários de Brasília puderam esclarecer, ontem, 10, *dúvidas sobre o Plano de Afastamento Incentivado – PAI 50* com representantes da Unidade de Responsabilidade Socioambiental do Banco do Brasil. No encontro, realizado na sede do sindicato do DF, o *gerente executivo da RSA, Joel Bueno, reiterou que não haverá a edição de uma proposta semelhante no futuro*, e que o prazo para adesão não será prorrogado, encerrando-se às 19 horas da próxima sexta-feira, 13’ (grifei – *sic*).

O Banco-réu, em sua defesa, afirmou que o fato de o Plano de Estímulo ao Afastamento – PEA estabelecer o pagamento de algumas vantagens não previstas no plano anterior, que não atingiu o número de adesões esperado, não interfere na esfera jurídica do autor, porquanto a instituição desse novo plano ocorreu após a extinção da relação empregatícia em exame. Alegou, ainda, que não se pode admitir interpretação extensiva dos programas implantados por liberalidade empresarial, e que apenas informou que não haveria a edição de uma proposta ‘*semelhante*’ no futuro, o que efetivamente ocorreu, já que o PEA possui outros requisitos, condições e vantagens. Especificamente em relação ao documento da fl. 38 dos autos, o reclamado apenas afirmou que se trata de mera notícia e não de declaração oficial, não apresentando nenhuma impugnação quanto à sua origem ou quanto aos poderes atribuídos ao gerente executivo Joel Bueno para falar em nome da instituição bancária.

Ao contrário da conclusão vertida na decisão *a quo*, não há como deixar de atribuir ao documento da fl. 38 a qualidade de documento oficial emitido pelo Banco-réu, mormente considerando que, como bem ressaltado pelo reclamante na petição inicial, os documentos das fls. 25/27, 29/34 e 36, que tratam da implantação do PAI – Plano de Afastamento Incentivado e prestam esclarecimentos, foram todos emitidos através do sistema ‘*SISBB*’, possuindo o *mesmo formato* do documento da fl. 38, que fundamenta o pleito do autor, em especial aqueles das fls. 29/34, que também foram expedidos através da ‘*Agência de Notícias*’.

De outra parte, não encontra respaldo nos autos a tese patronal no sentido de que o Banco apenas informou que não haveria a edição de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

uma proposta ‘*semelhante*’ no futuro. *De uma*, porque o conceito de ‘semelhante’ adotado pela literalidade do texto veiculado no documento da fl. 38 dos autos traduz a ideia de algo parecido, análogo, e é exatamente o que se denota da comparação entre o PAI e o PEA, *que só diferem quanto à extensão dos benefícios*. Ao contrário do quanto apregoadado pelo reclamado, os requisitos para adesão aos planos são os mesmos (vide fl. 25, item 01, e fl. 40, § 7º). *De duas*, porque a própria defesa reconhece que a instituição do PEA decorreu do baixo número de adesões ao PAI (item 10, fl. 63), ou seja, considerando a complexidade e os efeitos econômicos e administrativos causados por esses planos de demissão voluntária, resta evidenciado que o Banco-reclamado pretendia, na verdade, efetivar o afastamento de determinado número de empregados, independentemente das vantagens a serem alcançadas em contrapartida, razão pela qual é possível presumir que já naquele momento era possível contemplar a hipótese de instituição de novo plano com o fito de atingir essa meta.

Nesse contexto, não há como negar que a conduta do Banco-reclamado configurou *quebra do princípio da boa-fé contratual, em seu aspecto objetivo, assim considerado o dever das partes juridicamente vinculadas em agir de forma correta e honesta, antes, durante e após a extinção da relação contratual, já que a concepção textual do vínculo deve ser substituída por uma concepção leal do mesmo, em que se encontra implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos, daí porque o fato de a instituição do Plano de Estímulo ao Afastamento – PEA ser posterior à extinção do contrato de trabalho – pouco mais de três meses apenas – em nada altera a presente conclusão, mormente considerando que o ato classificado como contrário ao princípio da boa-fé (documento da fl. 38) foi praticado na vigência da relação de emprego*.

Nesse sentido, aliás, cito recente decisão da 1ª Turma deste Regional (RO 00010-2006-104-04-00-0 – DJ 12.09.06), apreciando matéria idêntica, em que atuou como relator o juiz Ricardo Martins Costa, por seu brilhante enfoque doutrinário acerca do princípio da boa-fé contratual:

“(…)

Por conseguinte, dou provimento ao recurso para condenar o Banco-réu a pagar ao reclamante as diferenças de benefícios existentes entre o PAI – Plano de Aposentadoria Incentivada e o PEA – Programa

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de Estímulo ao Afastamento, quais sejam: a) indenização correspondente a um salário bruto, considerando as seguintes verbas: VP, VCP do VP, VCP do ATS, AF, AF-Complemento, ATR, Gratificação Semestral e Habitualidade de hora extra; e b) indenização mensal no valor de R\$ 456,74 (cujo valor é igual à soma do Auxílio Refeição e Cesta Alimentação vigente em 01.07.04), a contar de 05.04.04, até a data em que adquirir condições temporais para a aposentadoria, independente de sua concessão, ou até a data da efetiva aposentadoria pelo INSS, o que ocorrer primeiro (vide *Livro de Instruções Codificadas* – fls. 46/50 – cláusula 02, item *a*, I e IV). Por consequência, resta prejudicado o exame do pedido *alternativo* deduzido sob a letra *c* da petição inicial.

(...)” (fls. 177-180)

Inconformado, o Reclamado interpôs recurso de revista às fls. 191-202, sustentando, em síntese, que o reclamante já não fazia parte do seu quadro funcional quando pleiteou, em nome do ato jurídico perfeito, diferenças entre o Plano de Aposentadoria Incentivada – PAI-50 e o Plano de Estímulo Incentivado – PEA. Aparelha o seu recurso nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT. Denuncia violação dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 113 do Código Civil de 2002. Colaciona precedentes ao cotejo de tese.

Com razão.

O precedente colacionado às fls. 137-139, partindo das mesmas premissas fáticas registradas no acórdão recorrido, adota entendimento contrário, ao consignar que:

“O empregado aderiu livremente ao antigo plano de desligamento voluntário, não estando o ato de adesão que levou ao rompimento do contrato de trabalho eivado de qualquer vício do consentimento, quais sejam erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Na época em que a reclamante aderiu ao PAI, adquiriu o direito ao rompimento do seu contrato de trabalho de acordo com os benefícios por ele oferecidos, o que lhe foi assegurado pelo reclamado, e efetuada a quitação desses direitos, a adesão ao PAI e o TRCT homologado pagando aqueles direitos assegurados, constituem ato jurídico perfeito e acabado, a ela não se aplicando normas jurídicas instituídas posteriormente.”

Nesse contexto, a divergência jurisprudencial mostra-se apta a viabilizar o conhecimento do recurso de revista, adotando entendimento de inexistência de vício de consentimento, na adesão aos Planos de Demissão Voluntária do Banco do Brasil.

Conheço do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial.

2 – MÉRITO

2.1 – PLANO DE AFASTAMENTO INCENTIVADO – BOA-FÉ OBJETIVA – VÍCIO DE CONSENTIMENTO

O que pretende o Reclamado é obter um novo enquadramento jurídico da matéria, já que os fatos foram consignados pelo v. acórdão Regional.

O Banco do Brasil tinha o dever de informar à outra parte o conteúdo do negócio. No entanto, noticiou que aquela seria a única e última oportunidade de os empregados obterem as vantagens decorrentes do plano de desligamento ofertado. Logo, a manifestação de vontade do recorrido foi comprometida pela falsa premissa.

Nesse contexto, *não há como acolher a tese de que o negócio jurídico atingiu a perfeição, uma vez ausente o elemento boa-fé objetiva*. Note-se que não se está a suprimir a livre manifestação da vontade das partes, mas a indicar que esta vontade não se manifestou de maneira livre, já que induzida por premissa falsa do Banco-reclamado. Logo, não há se falar em violação do ato jurídico perfeito.

Como se vê, a questão foi dirimida sob o enfoque que o Código Civil de 2002 trouxe às relações jurídico-contratuais. Segundo a nova concepção civilista, o Estado não deve assegurar somente o cumprimento da livre manifestação da vontade das partes, mas também reger o comportamento dos negociantes pelo princípio da boa-fé objetiva, impondo aos contratantes o dever de honestidade, informação, lealdade e confiança, visando com isso à manutenção do equilíbrio contratual.

Ressalte-se que a livre manifestação da vontade somente se perfaz se verificada a boa-fé objetiva dos contratantes.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ensinam que: “Mas a boa-fé objetiva tem também a importante função criadora de deveres anexos ou de proteção. Consoante vimos acima, esta função criadora não dispensa a convergência de um acontecimento que dê causa a tais deveres. Vale repisar, a boa-fé objetiva atua como fundamento normativo, e não propriamente fático, desses deveres. Por óbvio não poderíamos, nessa linha de inteligência, pretender esgotar todos esses deveres, uma vez que sua enumeração não é exaustiva. Apenas a título de ilustração, citem-se os deveres mais conhecidos: a) lealdade

e confiança recíprocas, b) assistência; c) informação; d) sigilo ou confidencialidade. Todos eles, sem dúvida, derivados da força normativa criadora da boa-fé objetiva. São, em verdade, ‘deveres’ invisíveis”, ainda que juridicamente existentes.

E quanto ao dever de informação esclarecem:

“Trata-se de uma imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio e, bem assim do bem jurídico, que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contratantes.

(...)

Imagine-se que Bonfim fosse até uma determinada concessionária adquirir um veículo. Lá chegando, é recebido por um simpático gerente que o convence das qualidades do veículo que tanto deseja. Em dado momento do diálogo, o pretense comprador indaga a respeito da revenda do automóvel, ao que é imediatamente interrompido pelo vendedor: ‘Este veículo é facilmente revendido. A depreciação é mínima’. O negócio então é fechado. Três meses depois, entretanto, Bonfim é surpreendido com a notícia de que o seu carro havia saído de linha, razão pela qual sofreu desvalorização de 50%.

Em tal caso, duas situações podem ocorrer.

Caso o gerente soubesse do fim da produção do veículo, a sua omissão dolosa poderia gerar a anulação do contrato, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado, a teor do art. 147 do Código Civil. Neste caso, a quebra do dever ético de informação, em nítida violação à boa-fé objetiva, mesmo na fase de elaboração do negócio, repercutiria no âmbito de validade do contrato pactuado. Até porque nada impede que se reconheça a sobrevivência dos deveres de proteção, ainda que o acordo apresente-se viciado ou a relação que ele institui venha a ser mais tarde destruída por ato de vontade das partes.

Se por outro lado, o gerente não sabia que o veículo sairia de linha, não se poderá falar em silêncio intencional, caracterizador da omissão dolosa prevista no art. 147 do Código Civil. Mas, ainda assim, embora houvesse sido celebrado contrato aparentemente perfeito (agente capaz, objeto lícito, forma adequada etc.) constata-se também violação ao dever anexo de informação, derivado da boa-fé objetiva, uma vez que, para a configuração da quebra desse princípio, não se exige a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

configuração específica de dolo ou culpa. Ademais, era obrigação da própria empresa revendedora, atuante no mercado de consumo, dispor de todas as informações a respeito dos bens que comercializa.

Portanto, concluímos que nesta segunda situação, a quebra de qualquer dos deveres de proteção poderá dispensar a investigação do móvel psicológico que orientou o agente (dolo ou culpa), por se tratar no caso, de responsabilidade civil objetiva. A intenção do agente somente interessará investigar no caso antes mencionado de omissão dolosa, anterior à execução do contrato.

(...)

Vemos, portanto, que poderá haver responsabilidade civil por quebra de boa-fé objetiva, independentemente de culpa.

(...).”

(GAGLIANO, Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. IV, Contratos, tomo I, Teoria Geral, Saraiva, 2005)

De fato, o ato jurídico perfeito teria se materializado se não tivesse sido constatada a ausência de boa-fé objetiva do banco (falha no dever de informação) acerca do plano de demissão. No entanto, o TRT consignou que a divulgação do plano deu-se no sentido de *que não haveria a edição de uma proposta semelhante no futuro*, e três meses após, fora divulgado novo plano, que segundo registro do TRT, oferecera mais vantagens que o anterior.

Ao contrário do que alega o Reclamado, ao empregar o princípio da boa-fé objetiva, o e. TRT procedeu à correta aplicação do art. 113 do Código Civil, segundo o qual, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Nesse contexto, nego provimento ao recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: a) dar provimento ao recurso de Agravo para melhor exame do agravo de instrumento; b) dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista; c) conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e negar-lhe provimento.

Brasília, 14 de maio de 2008. *Horácio Senna Pires*, relator.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO MORAL

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMADA. JUSTA CAUSA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL NOTURNO. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO DE REVISTA. NÃO PROVIMENTO. Nega-se provimento a agravo de instrumento pelo qual o recorrente não consegue infirmar os fundamentos do despacho denegatório do recurso de revista.

II – RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HONRAS OBJETIVA E SUBJETIVA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACUSAÇÃO DE FURTO DE MATERIAL DE TRABALHO. JUSTA CAUSA DESCONTITUÍDA EM JUÍZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. EFEITOS. Na resolução da lide trabalhista deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e a indenização por dano moral é devida não apenas na hipótese de ofensa à honra objetiva (que diz respeito à consideração perante terceiros), mas também de afronta à honra subjetiva (sentimento da própria dignidade moral), a qual se presume, in re ipsa (a coisa fala por si). Não há exercício regular do direito (art. 2º da CLT), mas abuso de direito (art. 187 do CCB/2002), pois, conforme consignado no acórdão do Regional, houve uma acusação de furto, comportamento tipificado como crime, e a conseqüente demissão, máxima penalidade contratual, apesar de o reclamante apresentar ao supervisor da noite o comprovante de pagamento da mercadoria supostamente furtada no mesmo dia do fato (18.04.99), e não no dia posterior ao ocorrido. Havendo desconfiança (infundada) ou desconforto (evidente) na relação jurídica de emprego, pode o empregador rescindir o contrato de trabalho sem justa causa, ante seu poder potestativo, mas não demitir por justa causa apontando inexistente prática de furto. Princípio da razoabilidade.

Recurso de revista a que se dá provimento.

(Processo nº TST-AIRR e RR-16.949/1999-014-09-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-AIRR e RR-16.949/1999-014-09-00.9, em que é agravante e recorrida Companhia Brasileira de Distribuição e agravada e recorrente Claiton da Silva.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Tribunal Regional, mediante o acórdão de fls. 212/226, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral. De outra parte, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para “a) acrescer à condenação o pagamento de horas extras e reflexos, em dias normais de trabalho; b) determinar o pagamento, de forma extraordinária, do tempo faltante para completar o intervalo intrajornada mínimo e reflexos; c) deferir diferenças a título de adicional noturno, à razão de 20, incidentes sobre as horas noturnas e nas prorrogadas em horário diurno e d) determinar o pagamento de diferenças a título de descanso semanal remunerado, de forma dobrada” (fls. 226).

Inconformado, o reclamante interpôs recurso de revista a fls. 229/240, sustentando que a acusação de furto enseja dano moral. Alegou violação de dispositivos de lei. Transcreveu arestos para confronto de teses.

Às fls. 241/262, a reclamada interpôs recurso de revista. Alegou violação de dispositivos de lei. Transcreveu arestos para confronto de teses.

Mediante a decisão de fls. 265/267, apenas o recurso de revista interposto pelo reclamante foi admitido, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento pela reclamada (fls. 241/279).

Apenas o reclamante apresentou contraminuta (fls. 286/289) e contrarrazões (fls. 290/297).

Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

1.1 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HONRAS OBJETIVA E SUBJETIVA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACUSAÇÃO DE FURTO DE MATERIAL DE TRABALHO. JUSTA CAUSA DESCONSTITUÍDA EM JUÍZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. EFEITOS

O TRT consignou o seguinte entendimento:

“Segundo notícia a peça de ingresso, o reclamante foi contratado, em 10.12.98, para exercer a função de fiscal de segurança, tendo sido

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

dispensado, em 19.04.99, sob alegação de justa causa, fulcrada no art. 482, *a*, da CLT. Alega que, no dia 18.04.99, o reclamante pegou um maço de cigarro Marlboro, colocando-o sobre o balcão até chegar o momento de usufruir o intervalo intrajornada, contudo, foi chamado pelo encarregado para cuidar de outros assuntos e, ao retornar, passou pelo caixa realizando o pagamento do produto, não havendo, portanto, que se falar em furto. Efetuou a juntada do comprovante de pagamento do produto à fl. 19.

Em contestação (fls. 37/38), a reclamada alegou que o autor foi dispensado por ‘tentativa de furto’ ocorrida no dia 18.04.99, impugnando o documento de fl. 19, bem como, ressaltando que a dispensa foi pautada no art. 482, *a*, da CLT.

Durante a sessão instrutória (fls. 135/137), o reclamante corroborou as assertivas contidas na inicial, acrescentando que ‘na realidade realizou uma compra do produto, sendo que não foi filmado o pagamento correspondente; informa que seu superior hierárquico teve conhecimento dos fatos, inclusive tendo o autor apresentado o comprovante do pagamento; a demissão foi realizada por outro funcionário no domingo a noite; (...) o pagamento do produto foi realizado 01:00 hora depois de tê-lo pego (...) a mercadoria foi carimbada pelo autor, tendo ainda recebido o aporte da assinatura do supervisor; é possível o pagamento de mercadoria carimbada, eis que os funcionários o realizam através do pagamento pelo cartão; o documento de fl. 19 corresponde a mercadoria comprada’.

O preposto, por sua vez, afirmou que ‘o autor foi demitido por ter furtado uma carteira de cigarro (...) o autor informou que havia comprado a mercadoria, bem como pago por ela; a demissão persistiu porque haviam dois produtos, um que foi pago e o outro que teria sido furtado’.

A primeira testemunha trazida pelo autor foi ouvida como informante, haja vista tratar-se de amigo íntimo, afirmando ter trabalhado para a reclamada no período em que o autor prestava serviços, na mesma função, porém, era superior do reclamante na ocorrência do fato, esclarecendo que foi repassada, ao supervisor, no dia seguinte, a informação que a mercadoria havia sido paga. Alegou ter determinado ao reclamante que arrumasse os carrinhos no pátio da empresa antes do pagamento do produto, aludindo que era possível a realização de compras durante a jornada de trabalho, mas, ao ser indagado a respeito da assinatura contida no documento de fl. 19, afirmou não ser de sua autoria,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

pois nunca realizou assinatura em produto, visto que as mercadorias carimbadas não podem ser registradas nos caixas da ré.

A segunda testemunha trazida pelo autor nada esclareceu acerca do fato ensejador da dispensa por justa causa.

O testigo apresentado pela reclamada declarou que era encarregado de prevenção de perdas, tendo trabalhado na época do autor, alegando ter conhecimento do fato imputado ao presenciar uma fita de vídeo e o relatório do encarregado da noite, Sr. Gilson. Sustenta que, na fita, é nítido que o autor pegou duas carteiras de cigarro, tendo realizado o pagamento de uma e apenas carimbou a outra, esclarecendo que uma mercadoria carimbada não pode ser adquirida porque o caixa não realiza o registro, elucidando, ainda, que o funcionário não pode carimbar sua própria mercadoria.

Cumpre sinalar que a tese aventada durante a instrução acerca da existência de duas carteiras de cigarro é inovatória, uma vez que a defesa limita-se a aduzir que houve tentativa de furto, sequer fazendo menção a tal fato. Desse modo, foge aos deslindes da controvérsia a alegação de que teria havido o pagamento de um produto e apenas o carimbo do outro.

Com efeito, a reclamada não logrou êxito em comprovar de forma contundente a ocorrência da prática do ato imputado ao autor, tendo, inclusive, admitido que o reclamante afirmou que havia pago pelo produto. Em que pese tenha impugnado o documento de fl. 19, não logrou desconstituir sua validade, mormente em razão de traduzir nota fiscal onde consta a especificação da compra de uma carteira de cigarro, no valor de R\$ 1,54, na data de 18.04.99, no horário de trabalho do autor. Infere-se que a reclamada possibilitava aos empregados adquirir produto da loja para depois efetuar o débito na folha de pagamento.

A meu ver, se o empregado tivesse a intenção de cometer furto, agiria de forma diversa, subtrairia o produto, sem cuidar de carimbar a mercadoria nem de passar pelo caixa. Observo que mesmo as declarações do testigo trazido pela reclamada foram no sentido que o reclamante pagou por um produto e carimbou o outro. Assim, indene de dúvidas a intenção de efetuar o pagamento do produto, seja diretamente através do caixa, ou mesmo através do débito em folha.

A prova coligida deixa evidente que o reclamante justificou a compra no mesmo dia (18.04.99), tanto que o Sr. Gilson, supervisor da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

noite, relatou o fato ao gerente. Assim, se existisse interesse em simplesmente subtrair o produto, o reclamante somente apresentaria o comprovante de pagamento no momento em que fosse indagado a respeito, ou seja, no dia posterior, quando retornou para mais um dia de trabalho.

A controvérsia proposta em razão dos depoimentos, acerca da correção do procedimento adotado pelo reclamante e do carimbo de mercadorias torna-se irrelevante, uma vez que restou evidenciado o pagamento da mercadoria.

Em face do exposto, irretocável o *decisum*.

(...)

d) indenização por dano moral

Insurge-se a reclamada contra a r. decisão de primeiro grau no que a condenou ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.751,73. Argumenta que o autor não logrou demonstrar, como lhe incumbia, que há nexos causal entre a dispensa por justa causa e o eventual dano sofrido. Diz, ainda, que o simples fato da ruptura contratual ter sido motivada, não enseja o suposto dano moral.

Para configuração do dano moral a justificar o pagamento de uma indenização, deve-se averiguar se os atos imputados ao empregador importaram em lesão à honra e à boa fama da pessoa. Afinal, o dano moral define-se pela ofensa aos denominados bens não materiais da pessoa humana, ou seja, aqueles inerentes à honra, à intimidade, à vida privada, à integridade corporal, assegurada a sua reparação, inclusive, por força de norma constitucional (incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal).

Data venia do MM. Juízo de primeiro grau, não restou configurado o dano moral.

É certo que o empregador efetuou a dispensa do reclamante sob alegação de justa causa, fulcrada no art. 482, *a*, da CLT (improbidade). Todavia, a conduta do empregador, ainda que inadequada à situação, consoante ficou esclarecido no item *b*, não importa na marca da vida profissional do trabalhador, no abalo de sua honra ou imagem nem é fato suficiente para embasar a concessão de indenização por dano moral.

Observo que os termos da inicial (fls. 4/7), em momento algum, noticiam fato advindo da dispensa que possa ser considerado como

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ofensivo à moral do reclamante, limitando-se, tão-somente, a aduzir que houve dispensa injusta sob a alegação de improbidade. Nada obstante os ponderados argumentos expendidos pelo autor, a ruptura contratual por justa causa, por si só, não tem o condão de tornar devida a indenização postulada. No quarto parágrafo da fl. 5, infere-se que a suposta ofensa à honra, sustentada pelo autor, consiste em fatos futuros que possam causar prejuízo na obtenção de um novo posto de trabalho, nada aduzindo acerca de outros danos.

A meu ver, incumbia ao obreiro demonstrar, de forma incontestada, a relação direta entre a conduta do empregador e a situação de violação à honra e imagem, ônus do qual não se desvencillhou.

A reclamada deverá responder pela imputação de falta indevida ao empregado, haja vista a reversão da dispensa motivada em sem justa causa, contudo, não na forma de indenização por dano moral, uma vez que não evidenciada a ocorrência da aludida violação à honra do autor.

Não se discute que a acusação de improbidade gerou constrangimento ao autor, contudo, tal condição, por si só, não resulta na conclusão de que este fato maculou a imagem e a honra do empregado. Certamente, era indispensável a prova de que existiu mácula na vida social do autor, causada diretamente pela atitude do empregador, situação que não restou sequer alegada, segundo se infere da exordial.

Por fim, cumpre destacar que não houve insurgência da reclamada no que concerne à determinação do juízo para que seja fornecida ao autor carta de recomendação devendo, portanto, prevalecer tal obrigação, eis que ausente pedido de reforma, neste particular.

Reformo para excluir a indenização por dano moral.” (fls. 216/220)

Em suas razões de recurso, o reclamante sustenta que a reclamada deve ser condenada ao pagamento de indenização em decorrência do dano moral, pois foi submetido a situação vexatória. Alega violação dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

O TRT concluiu que não é devido o pagamento de indenização por dano moral, tendo em vista que o motivo da justa causa desconstituída em juízo, a prática de furto, não afrontou a honra do reclamante.

A jurisprudência predominante nesta Corte Superior, quando se trata de pedido de indenização por dano moral decorrente de justa causa desconstituída

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

em juízo, tem evoluído para o entendimento de que, havendo o exercício regular do direito do empregador (art. 2º da CLT), nos atos de fiscalização da atividade exercida, apuração da falta e demissão do empregado, deve ser julgada improcedente a pretensão.

O deferimento do pedido de indenização por dano moral tem ocorrido quando a hipótese seja de abuso de direito (art. 187 do CCB/2002), quer dizer, quando os atos do empregador, embora em princípio lícitos, são praticados em circunstâncias que extrapolem o procedimento comum inerente à rescisão do contrato de trabalho.

Ao contrário do ato ilícito em sentido estrito, o qual se afere a intenção danosa do agente, no caso de ato abusivo leva-se em conta a “culpa social” contida no comportamento excessivo que vulnera os mandamentos fundamentais da ordem jurídica.

Precedente RR-97/2001-007-17-00, DJ-24/6/2005, Ministra Maria Cristina Peduzzi:

“(…) É, portanto, abusivo, o ato abstratamente tutelado pela lei, mas que extrapola os limites estabelecidos pelas regras de convivência social ou pelos mandamentos fundamentais da ordem jurídica. (...) São requisitos tradicionais da responsabilidade civil a ação ou omissão, a culpabilidade, o dano e o nexo de causalidade. O ato abusivo, entretanto, diferentemente do ilícito tradicional, prescinde de demonstração da culpa. É o que já dizia o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, comentando o projeto que veio a se transformar no atual Código Civil: ‘No projeto, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito (o que implica a inutilidade do atual instituto), que seria o da intenção de causar o dano, o sentimento mau a animar o agente. O projeto prescinde desse elemento subjetivo, contentando-se com a culpa social que está no comportamento excessivo.’”

Precedente RR-599621/1999, DJ 04.04.03, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula:

“Não cabe indenização por dano extrapatrimonial nas despedidas ‘puras’, (...) em que o empregador exerce normal e lícitamente o seu direito de dispensa, ‘mas ela é devida naquelas outras hipóteses em que ele acumula à declaração de rescisão do contrato de trabalho um ilícito contratual, extracontratual ou uma atitude abusiva, ocasionadora de um prejuízo moral ao empregado. Nas palavras de Martorelli, uma atuação excessiva’ (LTr 55-95/559).”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Em reforço de argumentação, cita-se a conclusão consubstanciada no “Enunciado” nº 1, aprovado pelos juristas, acadêmicos e magistrados que participaram da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pela ENAMAT, 23.11.07:

“DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabelecer as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.”

A indenização por dano moral tem sido admitida não apenas na hipótese de ofensa à honra objetiva (que diz respeito à consideração perante terceiros), mas também de afronta à honra subjetiva (sentimento da própria dignidade moral), a qual se presume.

De acordo com a jurisprudência pacífica, o que se exige é a prova dos fatos que ensejam o pedido de indenização por danos morais (arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC), e não a prova dos danos imateriais, esta, de resto, impossível.

Portanto, o dano moral verifica-se *in re ipsa* (a coisa fala por si).

Precedente STJ-RESP-86271/SP, DJ 09.12.97:

“Não há que se falar em prova do dano moral, mas sim na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...)”

Precedente STJ-RESP-709877/RS, DJ 10.10.05:

“É cediço na Corte que como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras (...): o dano moral existe *in re ipsa* (...).”

Precedente TST-RR-599621/1999, DJ 04.04.03, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula:

“A prova do dano é desnecessária, porque, na verdade, o dano moral, diferentemente do patrimonial, salvo outras consequências, não se reflete externamente, porque, quando isto ocorre, há o dano patrimonial também.”

No comentário de Cícero Camargo Silva, parte-se da premissa de que seria inviável traduzir em provas materiais as lágrimas e os sofrimentos havidos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

e exige-se apenas a comprovação da prática antijurídica do ofensor que atinja a honra objetiva, a honra subjetiva ou as duas concomitantemente (Aspectos Relevantes do Dano Moral, *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://ius2.uol.com.br>>).

Estabelecido o contexto, observa-se que a aferição do que seja exercício regular de direito ou abuso de direito deve ser feita caso a caso, levando em conta as circunstâncias específicas inerentes a cada lide, antes às quais se deve aplicar o princípio da razoabilidade, que, ao contrário do que indica o senso comum, não se esgota no plano da mera subjetividade, mas, pelo contrário, pode encontrar correspondência em premissas objetivas, assentadas nos fatos narrados na decisão recorrida.

No caso concreto, houve uma acusação de furto, comportamento tipificado como crime, e a consequente demissão, máxima penalidade contratual, apesar de o reclamante apresentar ao supervisor da noite o comprovante de pagamento da mercadoria supostamente furtada no mesmo dia do fato (18.04.99), e não no dia posterior ao ocorrido.

Por conseguinte, a conduta da reclamada – de despedir o reclamante por justa causa – deixa de ser lícita e de ser exercício regular de direito e passa a ser abuso de poder, ante o fato de não ser a reclamada comedida no exercício do poder disciplinar, evidenciando a falta de cuidado objetivo na prática de atos gerenciais, sendo, pois, imprudente na condução do poder diretivo da empresa.

Assim, a falsa acusação de crime, sem que houvesse fundada controvérsia a respeito dos fatos, sabendo o empregador, já ao tempo da demissão, que não havia razão objetiva para a justa causa, resulta no reconhecimento da violação direta da honra subjetiva (consideração perante si mesmo), estando evidenciado o dano moral *in re ipsa* (a coisa fala por si), e devendo-se prestigiar o princípio da razoabilidade.

Não é preciso ir longe para perceber a repercussão que tem na dignidade da pessoa humana uma falsa acusação de crime.

Imagine-se o empregado sendo demitido, o que em si mesmo já é uma má notícia, e ainda por cima saber que o motivo apresentado foi um crime que não cometeu, acusação essa feita pelo empregador, mesmo sabendo que não há nenhuma prova cabal a respeito.

Para a calúnia, em tese, há a ação penal, mas para o dano moral efetivo decorrente da relação de emprego há a reclamação, que deve dar a resposta

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que o caso merece, de modo a fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana e coibir o comportamento danoso do empregador.

Desse modo, conheço do recurso de revista, por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal.

2 – MÉRITO

2.1 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HONRAS OBJETIVA E SUBJETIVA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACUSAÇÃO DE FURTO DE MATERIAL DE TRABALHO. JUSTA CAUSA DESCONSTITUÍDA EM JUÍZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. EFEITOS

Em face do conhecimento do recurso de revista por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, seu provimento é medida que se impõe.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de revista para restabelecer a sentença quanto ao tema dano moral.

II – AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMADA

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2 – MÉRITO

JUSTA CAUSA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL NOTURNO. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. CORREÇÃO MONETÁRIA

O Tribunal Regional, juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (art. 682, IX, da CLT), denegou-lhe seguimento, adotando os seguintes fundamentos:

“2. Justa Causa. O d. Colegiado declarou nula a dispensa por justa causa ao fundamento de que não restou provada a prática, pelo empregado, do ato de improbidade (furto) que lhe foi imputado. A

recorrente sustenta que, ‘compulsando os autos verifica-se que houve deficiência na análise das provas, as quais são conclusivas ao demonstrar que os fatos que ensejaram a justa causa foram efetivamente praticados pelo recorrido’.

Evidente a pretensão patronal de ver reconhecida a apontada violação dos arts. 818 e 482, *a*, da CLT a partir do reexame de fatos e provas, inadmissível em recurso de revista, o que atrai a aplicação do Enunciado 126/TST e obsta o processamento do apelo também por divergência jurisprudencial.

3. FGTS. Aviso Prévio Indenizado. A e. Turma determinou a incidência do FGTS sobre o aviso prévio, decidindo, assim, em consonância com a orientação consagrada no Enunciado 305 do e. TST, o que atrai a aplicação da Súmula nº 333 daquela c. Corte e inviabiliza o processamento do recurso por divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT.

4. Horas Extras. DSR. Consta do v. acórdão: ‘Ainda que entenda que o demonstrativo de diferenças de horas extras deva ser apresentado na fase de conhecimento (...), sustento que este não é requisito indispensável ao acolhimento do pedido, desde que os documentos trazidos aos autos atestem, inequivocamente, a existência de labor extraordinário prestado e não quitado’. A e. Turma reformou a sentença para acrescer à condenação o pagamento de horas extras ao fundamento de que ‘...extrai-se da análise dos controles de jornada que remanescem diferenças a título de horas extras impagas em favor do obreiro...’. Outrossim, determinou o pagamento de diferenças a título de descanso semanal remunerado, em dobro, sob o argumento de que ‘...o reclamante laborou em quatro domingos e um feriado, sem a devida folga compensatória, contudo, recebeu (...) somente cinco horas extras com adicional de 100% referente ao labor em dias destinados ao descanso’, e ‘do cotejo dos controles de jornada com os recibos de pagamento, infere-se que remanesce labor impago em favor do autor...’ (fls. 224/225).

Constata-se que o Juízo Recursal valorou o conjunto fático-probatório (CPC, arts. 131 e 852-D da CLT) e decidiu com base na prova documental, concluindo pela existência de diferenças a título de horas extras e DSR. Nesse contexto, mostra-se irrelevante a discussão acerca do ônus da prova e, portanto, inócua a alegação de violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, bem como de divergência jurisprudencial a partir dos julgados colacionados às fls. 251 a 253.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

5. Intervalo Intrajornada. O d. Colegiado entendeu devido o pagamento do tempo faltante para completar o intervalo intrajornada mínimo de uma hora, de forma extraordinária e gerando reflexos, ao fundamento de que ‘depreende-se da análise dos cartões-ponto (...) que, embora conste diariamente o registro do intervalo intrajornada, em diversas ocasiões o tempo concedido foi inferior ao mínimo estipulado pela lei, ou seja, uma hora...’ (fl. 223).

Conforme já consignado, uma vez demonstrado através da prova documental a insuficiência do intervalo intrajornada, irrelevante a discussão acerca do ônus da prova e inócua a alegação de afronta ao art. 818 da CLT. Outrossim, o § 4º do art. 71 da CLT não dispõe textualmente que o intervalo possui natureza indenizatória e, por isso, não gera reflexos, o que afasta a alegação de violação literal do dispositivo. Por fim, o julgado de fl. 254 é inservível para configurar divergência jurisprudencial, pois oriundo do próprio Tribunal prolator da decisão atacada (art. 896, *a*, da CLT).

6. Adicional Noturno. A e. Turma reformou a sentença para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças do adicional noturno, à razão de 20%, incidente sobre as horas noturnas e nas prorrogadas em horário diurno.

Quanto ao pagamento das diferenças, diga-se uma vez mais que mostra-se inócua a alegação de afronta ao art. 818 da CLT se o *decisum* está amparado na prova documental, uma vez que registrou a e. Turma que ‘...consta do cartão-ponto de dez./98 (...) labor em horário noturno, contudo, o comprovante de pagamento não contempla quitação sob esta rubrica...’ (fl. 224). O 1º julgado de fl. 255 é proveniente deste e. TRT 9ª Região e, por isso, inservível para demonstrar divergência jurisprudencial (art. 896, *a* da CLT); o 2º é inespecífico, pois refere-se à ‘robusta prova documental’ contrária ao empregado, situação de fato diversa daquela noticiada no v. acórdão, incidindo o Enunciado 296/TST.

Por fim, a condenação ao pagamento de diferenças de adicional noturno sobre as horas diurnas trabalhadas em prorrogação está em conformidade com o entendimento consagrado na OJ nº 6 da SDI-1 do e. TST. Nesse passo, não se vislumbra violação, em tese, do art. 73 da CLT, porquanto refletindo a OJ em apreço a jurisprudência baseada na legislação que disciplina a matéria, não é razoável admitir que a manifestação reiterada do e. TST seja contra legem.

7. TR – Correção Monetária. Entendeu a e. Turma que ‘a forma de correção monetária pelos índices da TR (...) para corrigir os créditos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

trabalhistas (...) está prevista no art. 39 da Lei nº 8.177/91, que prevê juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento...’ (fl. 221).

Não se vislumbra afronta direta e literal ao art. 192, § 3º, da Constituição, o qual dispõe sobre taxas de juros reais vinculados à concessão de crédito pelo sistema financeiro, ao passo que a decisão recorrida aplicou legislação ordinária que determina a utilização da TR para fins de correção monetária dos débitos trabalhistas. Ademais, segundo atual, iterativa e notória jurisprudência da SBDII, do c. TST, não há violação de norma constitucional na determinação de aplicação da TRD como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas cumulada com juros de mora: ERR 607025/99, Min. M. C. Peduzzi, DJ 14.11.02, ERR 398103/97, Min. B. Pereira, DJ 19.04.02; ERR 597072/99, Min. R. de Brito, DJ 14.12.01; ERR 529559/99, Min. B. Pereira, DJ 14.12.01; ERR 611259/99, Min. C. Alberto, DJ 14.12.01.

Denego seguimento ao recurso.” (fls. 266/267)

No agravo de instrumento (fls. 271/279), a agravante não conseguiu infirmar os fundamentos que embasaram o não seguimento do recurso de revista, os quais, pelo seu acerto, adoto como razões de decidir.

Dessa forma, mantenho o despacho agravado e nego provimento ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – negar provimento ao agravo de instrumento; e II – conhecer do recurso de revista, por violação do art. 5º, X, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença quanto ao tema “dano moral”.

Brasília, 27 de maio de 2009. *Kátia Magalhães Arruda*, relatora.

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos – inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública – que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-795/2006-028-05-00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-795/2006-028-05-00.8, em que é Recorrente Mário de Castro Guimarães Neto e Recorrida Xerox Comércio e Indústria Ltda.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pelo acórdão de fls. 559/557, negou provimento ao recurso ordinário do Reclamante, mantendo a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, por considerar válida a convenção de arbitragem instituída pelas partes.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista, pelas razões de fls. 560/573, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT.

Admitido o recurso pelo despacho a fls. 575/576.

Contrarrazões a fls. 578/592.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 83).

É o relatório.

VOTO

Tempestivo o recurso (fls. 558 e 560), regular a representação (fl. 25) e pagas as custas (fl. 537), estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 – ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL TRABALHO

1.1 – CONHECIMENTO

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Autor e, assim, manteve a sentença que reconheceu a validade do compromisso arbitral firmado entre as Partes, extinguindo o feito sem resolução de mérito.

Este, o acórdão recorrido (fls. 555/556):

“Irresigna-se o reclamante contra a sentença de 1º grau que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, perfilhando a validade da convenção de arbitragem firmada pelas partes.

Para tanto, assevera o recorrente violação aos preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, incisos XXIX e XXXV, da CF/88, em decorrência do acolhimento do compromisso arbitral.

Afirma, em síntese apertada, que a arbitragem, instituída pela Lei nº 9.307/96, não é aplicável para soluções de conflitos individuais trabalhistas.

Ainda, aduz que o acordo arbitral não teria preenchido todas as formalidades legais, porquanto a sentença arbitral configurou-se ‘... em

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

mero ato homologatório de direitos adquiridos e registrados no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho’.

Não pode prosperar a tese obreira.

Como bem fundamentado pelo Juízo de base, em razão da sua concisão e clareza, vale transcrever trecho da sentença recorrida, na qual restou apreciada, pormenorizadamente, a questão acima enfrentada, mostrando-se irretocável, nesse particular:

‘Inicialmente, impende ressaltar que, consoante entendimento adotado pela 4ª Turma do C. Tribunal Superior do Trabalho, é possível a adoção da arbitragem no direito individual do trabalho, desde que haja obediência de certos requisitos e princípios, consoante trechos que transcrevo *in verbis*: ‘Cumpre salientar por primeira, que o juízo arbitral – órgão contratual de jurisdição restrita consagrado em nossa legislação que tem por finalidade submeter as controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento escorreito de direito e de equidade – a meu ver, tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do Direito do Trabalho, *data venia* de doutas opiniões em sentido contrário. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador.’ (TST-RR-1650/1999-003-1500.3, Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes)

Entendo ser o instituto da arbitragem, revigorado pela Lei nº 9.307/96, aplicável para soluções de conflitos trabalhistas, desde que analisadas a disponibilidade e renunciabilidade dos direitos discutidos e respeitados os requisitos legais de validade do compromisso arbitral.

Inicialmente, oportuno se faz que o empregado seja esclarecido do procedimento a que se submeterá, do fato de não ser oficial, da possibilidade e até vantagens em estar acompanhado de um advogado, dentre outros cuidados essenciais – tomados em homenagem aos princípios basilares que devem reger a análise de direitos tão peculiares.

Nesta esteira, necessária a homologação prévia do TRTC – Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho no respectivo sindicato profissional ou na DRT e a observância de todos os requisitos trazidos pela Lei nº 9.307/96 – e, em especial, a assinatura prévia de compromisso arbitral,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sob pena de o obreiro ser submetido a possíveis ingerências e coações indevidas do empregador – em total desrespeito aos princípios da hipossuficiência, da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade relativos aos direitos trabalhistas’.

Sendo assim, sem embargos de possíveis entendimentos contrários, filio-me a este posicionamento.

Ademais, no caso em tela, os requisitos exigidos pelo § 2º do art. 9º da Lei de Arbitragem foram observados, cumprindo salientar, por oportuno, que o reclamante não demonstrou ter sofrido coação, quando da assinatura do compromisso arbitral juntado aos autos.

Ainda, ressalte-se que a sentença arbitral de fl. 26 apresenta-se válida, posto que não restou demonstrada a existência de fraude ou vício de vontade capaz de nulificá-la.

Destarte, considerando que o art. 31 da Lei nº 9.307/96 confere a sentença arbitral os mesmos efeitos daquelas proferidas pelo Poder Judiciário, inclusive constituindo-a como título executivo, e tendo em vista a inexistência de qualquer resquício de vício capaz de afastá-la, não há como prosperar o apelo.

Dessa maneira, nego provimento ao recurso.”

No recurso de revista, o Reclamante sustenta que a arbitragem é inaplicável ao Direito Individual do Trabalho. Alega, ainda, que tal procedimento extrajudicial foi utilizado apenas para pagamento de verbas rescisórias não adimplidas no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho – TRCT. Aponta ofensa aos arts. 5º, XXXV, 7º, XXIX, e 114, § 1º, da Carta Magna e 9º e 444 da CLT. Colaciona arestos.

O segundo paradigma de fl. 570, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, enseja o conhecimento do recurso, por divergência jurisprudencial, ao sufragar tese oposta à defendida pelo Regional, no sentido de que a arbitragem é meio de solução de conflitos coletivos de trabalho (art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República), sendo inadmissível a aplicação do instituto no âmbito das relações individuais de trabalho.

Conheço do recurso por divergência jurisprudencial.

1.2 – MÉRITO

Discute-se, nos autos, a validade da sentença arbitral como forma de composição extrajudicial de conflito trabalhista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A arbitragem, instituída pela Lei nº 9.307/96, configura meio de solução extrajudicial de conflitos, viabilizada pela intervenção de terceiro imparcial (árbitro), escolhido de forma prévia pelas partes. Dispõe o art. 1º da lei:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*.” (grifei)

A Constituição Federal, no art. 114, §§ 1º e 2º, facultou a adoção da arbitragem nos casos de conflitos coletivos de trabalho:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

Tal possibilidade, com efeito, é justificada pela equivalência entre a parte obreira, assistida pelo sindicato profissional, e o empregador, por si ou agrupado em alguma associação sindical.

Nesse sentido, as observações do eminente Ministro Mauricio Godinho Delgado:

“O princípio da equivalência dos contratantes coletivos postula pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial).

Tal equivalência resulta de dois aspectos fundamentais: a natureza e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas.

Em primeiro lugar, de fato, os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho têm a mesma natureza, são todos seres coletivos. Há, como visto, o empregador que, isoladamente, já é um ser coletivo, por seu próprio caráter, independente de se agrupar em alguma associação sindical. É claro que pode também atuar através de sua entidade representativa; contudo, mesmo atuando de forma isolada, terá natureza e agirá como ser coletivo.

No que tange aos trabalhadores, sua face coletiva institucionalizada surge através de seus entes associativos; no caso brasileiro, os sindicatos.

Os seres coletivos obreiros e empresariais têm, pois, a mesma natureza.

O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).” (In: *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.315-1.316)

Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizadas pelo agregamento sindical. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise).

Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos – inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública – que amparam a classe trabalhadora.

Vale retornar ao magistério do Ministro Mauricio Godinho Delgado:

“A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.” (obra citada, p. 201/202)

A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do

Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho).

A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior.

A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.

No caso em foco, o Tribunal Regional entendeu como válida a convenção de arbitragem para solução de conflito individual de trabalho, porquanto atendidos os requisitos da Lei nº 9.307/96.

Todavia, a solução extrajudicial de conflitos individuais de trabalho já encontra via nas Comissões de Conciliação Prévia, instituídas pela Lei nº 9.958/00.

Em tal direção, pela excelência do conteúdo, registro precedente do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, de relatoria sempre competente da Juíza Elke Doris Just:

“1. Arbitragem. Direitos individuais trabalhistas. A Lei nº 9.307/96, ao dispor sobre a arbitragem, somente pode ser interpretada dentro dos limites autorizados pela Constituição Federal. A restrição está na atuação direta de árbitro em solução de conflito individual trabalhista. A solução extrajudicial do conflito individual trabalhista tem regime legal próprio, mais especificamente o das Comissões de Conciliação Prévia instituídas a partir da Lei nº 9.958/00 com legítima representatividade. 2. Dano moral coletivo. Previsão legal. Na forma do disposto no art. 1º da Lei nº 7.347/85 regem-se pela LACP as ações de responsabilidade por danos morais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo. 3. Tribunal de Arbitragem. Pessoa jurídica de direito privado. Prática homologatória de acordos em rescisões trabalhistas. Ofende o sentimento comunitário a conduta de quem expõe, intencionalmente, aparência de oficialidade que sabe não ter. Ilude o sentimento do cidadão comum que confia na conduta ‘oficial’ e a ela se sujeita. Esta é a lesão moral sofrida neste caso: a violação do sentimento de confiança pela conduta do tribunal réu que utilizou-se da aparência de oficialidade. Já não importa

se a atuação do tribunal réu foi lícita ou não. Importa é que se aproveitou indevidamente da imagem do Judiciário para imprimir credibilidade aos seus próprios atos, induzindo empregados à falsa crença em autoridade. Toda a comunidade ficou exposta a esta conduta e daí a existência do dano moral coletivo.” (TRT-10ª Região, RO-00395-2003-005-10-00-9, 1ª Turma, DJU 07.05.04)

Ainda uma vez, é o Ministro Godinho Delgado quem, veementemente, argumenta:

“Há dispositivos na ordem jurídica do país que se referem à presença da arbitragem no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Mas a efetiva validade desse mecanismo de solução de conflitos nesse segmento jurídico especializado não é inteiramente destituída de dúvidas.

Duas regras importantes podem ser mencionadas. De um lado, o já referido art. 23, § 1º, da Lei do Trabalho Portuário (nº 8.630, de 1993), que, inclusive, prevê a obrigatoriedade da arbitragem de ofertas finais nos casos que regula.

De outro lado, há o Estatuto do Ministério Público (Lei Complementar nº 75, de 1993), que conferiu legitimidade aos membros do Ministério Público do Trabalho para que atuem, como árbitros, em lides trabalhistas de caráter individual (art. 83, XI, LC 75). Trata-se, aqui, de arbitragem meramente facultativa, à escolha das partes contratuais trabalhistas.

Não obstante a presença dos dois preceitos, a Lei de Arbitragem dispõe que o instituto se aplica à regulação de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, Lei nº 9.307, de 1996) – o que cria óbvia dificuldade de inserção, neste restrito grupo, dos direitos juslaborativos, principalmente quando considerados no plano das relações bilaterais do contrato empregatício.

É que vigora, no Direito do Trabalho, especialmente em seu segmento jusindividual, o *princípio da indisponibilidade de direitos*, que imanta de invalidez qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato. A fórmula arbitral, que pode levar a uma considerável redução ou supressão de direitos, teria força para esterilizar, ou mesmo atenuar, semelhante princípio básico do ramo justrabalhista especializado?

Em princípio, parece-nos que a resposta é negativa. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo

de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário relembrar a absoluta prevalência que a Carta Magna confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição.

Acresça-se, ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna. De fato, a Lei nº 9.307 parece querer conferir qualidades de *coisa julgada material à decisão arbitra*, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial/Empresarial, Direito Internacional e outros segmentos jurídicos – onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade –, ela não parece passível de arredamento no campo justralhista, em que os princípios nucleares são de natureza ou direção sumamente distintas. Registre-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modelares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho estaria a arbitragem.” (obra citada, 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009. p.1.331-1.332)

Recurso, por fim, à doutrina do culto Juiz do Trabalho, Dr. Antonio Umberto de Souza Júnior, também da 10ª Região da Justiça do Trabalho:

“Interessante notar que a Constituição Cidadã de 1988 contempla, de modo explícito, a possibilidade de juízo arbitral facultativo como alternativa à solução jurisdicional dos conflitos coletivos (art. 144, §§ 1º e 2º). Ora, se teve o constituinte o zelo de mencionar a possibilidade de instituição de arbitragem (mesmo assim, repita-se, facultativa) apenas para os conflitos coletivos, não parece lógico que a omissão referente aos dissídios individuais tenha sido proposital, excluindo-os de tal hipótese alternativa? Como é sabido, a lei não contém palavras inúteis...

Assim, o primeiro óbice que verifico situa-se na esfera da constitucionalidade. Restringindo a Lei Maior a possibilidade de arbitragem facultativa para os litígios coletivos, não consigo conceber compatibilidade na introdução do procedimento arbitral para as lides de índole individual.

Certo, dirão alguns, se seria questionável a inserção de pacto comissório no instrumento do contrato de trabalho, pela presumível sujeição psíquica do trabalhador hipossuficiente no momento da contratação (se há registros frequentes até de assinatura de recibos e rescisões contratuais em branco, não é difícil imaginar a facilidade que encontrariam os empregadores para instituir, ‘bilateralmente’, tal pacto), seria absolutamente admissível o pacto comissório constante de instrumento de negociação coletiva.

Aqui, divido a hipótese em duas: ou o pacto comissório seria instituído para resolver qualquer conflito de interpretação da convenção ou acordo coletivo ou mesmo para adoção dos subsequentes instrumentos coletivos (o que encontra amparo no texto constitucional) ou o pacto comissório seria instituído para excluir a via jurisdicional para solução de pendências individuais (ainda que plúrimas) que envolvessem membros das categorias representadas pelos sindicatos contratantes.

Se sugerida, no instrumento coletivo, a arbitragem facultativa, também não se afigura qualquer problema: a instituição efetiva do juízo arbitral dependerá da confiança depositada pelos litigantes no terceiro (órgão parajurisdicional), confiança livremente declarável a partir do instante em que o recurso à arbitragem é mera alternativa ao inarredável caminho judiciário.

A pesquisa nos sistemas jurídicos estrangeiros revela a predominância absoluta da conciliação obrigatória (quer dizer, da exigência de prévio esgotamento dos esforços conciliatórios) e da arbitragem facultativa (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha, Suécia, Noruega), tendo-se notícia de sistemas arbitrais extrajudiciais compulsórios apenas na Austrália, Nova Zelândia e Países Baixos, países sem qualquer interseção com o Direito do Trabalho pátrio.

Assim, a arbitragem obrigatória por órgãos extrajudiciais não encontra ressonância em nossa história, em nossa Constituição nem no Direito Comparado invocável. Pelo modo disposto no texto magno, o recurso à arbitragem obrigatória, logo excludente da possibilidade da via jurisdicional direta (as hipóteses aludidas nos arts. 7º e 33 da Lei nº 9.307/96 pressupõem a utilização da arbitragem), padece do vício de inconstitucionalidade em relação aos dissídios trabalhistas. Neste sentido, pode ser lida lição do insuspeito Octávio Bueno Magano.

Além de tal mácula, suficientemente forte, outros aspectos merecem relevo. Indaga-se: como procederia o juízo arbitral nas hipóteses

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de ausência da testemunha à audiência designada, se não tem poderes de coerção peculiares ao juiz de direito? Como seria ele remunerado quando sucumbente, na sentença arbitral, o trabalhador merecedor das benesses da gratuidade judiciária, que, obviamente, não abarca as despesas com o procedimento de arbitragem? A possibilidade concreta de impasse na eleição do árbitro, ensejadora de medida judicial, não seria incompatível com os princípios mais caros do processo do trabalho (por sua vez informados pela essência do Direito Material), que são a celeridade e a concentração de atos?

As dificuldades para plena produção de provas orais (tão frequentes nas lides laborais), a imprevisão legal de benefícios de gratuidade no juízo arbitral e a possibilidade de maior morosidade levam-me a repelir tão meio alternativo, ao menos quando compulsoriamente instituído.

Não seria difícil imaginarmos convenções coletivas com cláusula compromissória obrigatória exigida pela classe patronal em troca de modesto incremento remuneratório para a categoria ou de vantagens indiretas. Ou seja, para alcançar uma melhoria qualquer, o sindicato obreiro simplesmente fecharia as portas do Judiciário a seus representados (inclusive para exigir o implemento das vantagens ali conquistadas), relegando a solução para a via arbitral.

Se não fossem bastantes os argumentos expendidos, deve ser lembrado que os direitos trabalhistas, em regra, são insuscetíveis de renúncia ou transação. Isto é, são direitos patrimoniais, mas indisponíveis, em princípio. Ora, se são indisponíveis, a busca de sua reparação pela via arbitral colide com o próprio texto da lei comentada, que, em seu art. 1º, exclui tais direitos de seu alcance normativo.

Penso que o juízo arbitral é recomendável para outra sorte de interesses, onde as partes em conflito situem-se em pé de igualdade, substancialmente falando. A Justiça do Trabalho não pode furtar-se ao seu relevante papel de ancoradouro das queixas populares, por mais ínfimas que se apresentem, pois a dimensão da causa varia segundo as condições pessoais do lesado. Não me seduz, repito, a ideia de esquivar o Judiciário Trabalhista de sua missão precípua e socialmente mais relevante: propiciar um julgamento justo, barato, imparcial e rápido a quem quer procurá-lo, independentemente do vulto de sua causa.

Reputo que a adoção de outras soluções, como o aumento da alçada recursal, a contenção dos expedientes recursais e executórios, a abolição

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da representação classista, a criação de mecanismos restritivos de direitos aos devedores trabalhistas, a modernização da legislação processual, entre outros, seria bem mais profícua para a agilização dos serviços jurisdicionais e de maior respeito ao Judiciário do que, tal qual Pilatos, delegar a função jurisdicional a particulares. Ao invés de confessarmos nossa inoperância, parece-me mais correto demonstrar que a Justiça, com alguns ajustes estruturais, tem plenas condições de responder aos clamores sociais.” (SOUZA Jr., Antonio Umberto. A arbitragem e a Justiça do Trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*. v. 6, n. 6, p. 21-25, jan./dez., 1996)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para invalidando o compromisso arbitral e o seu resultado, determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para proferir nova decisão, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, vencido o Senhor Juiz Convocado Douglas Alencar Rodrigues, dar-lhe provimento, para invalidando o compromisso arbitral e o seu resultado, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para proferir nova decisão, como entender de direito.

Brasília, 25 de março de 2009. *Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira*, relator.

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA. Nos termos do art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, na falta de estipulação ou de acordo, os honorários advocatícios são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Recurso de Revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-876/2006-002-24-00 – Ac. 8ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-876/2006-002-24-00.1, em que é Recorrente Mauro Wasilewski e Recorrida Reprinco Indústria e Comércio Ltda.

O TRT da 24ª Região, pelo acórdão de fls. 559/564, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário do Autor para elevar o valor dos honorários advocatícios arbitrados na sentença.

Inconformado, o Autor interpõe Recurso de Revista às fls. 568/585, com base no art. 896, *a e c*, da CLT, insurgindo-se contra a decisão recorrida no que diz respeito à inobservância das regras previstas nos arts. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, 8º da CLT e 20, § 3º, e 127 do CPC, no que tange ao arbitramento e cobrança de honorários advocatícios.

O Recurso de Revista foi admitido pelo despacho de fls. 587/588, por divergência jurisprudencial e por possível violação do art. 22, § 2º, do CPC.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fls. 590.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por força do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

a) Conhecimento

CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA

Em primeiro lugar, destaco que em recente julgado, ao analisar questão semelhante, esta Oitava Turma decidiu, por maioria, pela incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar ações de cobrança de honorários advocatícios, ainda que incidentais às reclamações trabalhistas, dado que a relação havida entre as partes é de natureza eminentemente civil, regida pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94).

Todavia, nos termos da Orientação Jurisprudencial 62 da SBDI-1 do TST, deixo de analisar a questão sob tal prisma, tendo em vista que a competência da Justiça do Trabalho não restou questionada.

Passo à análise dos temas articulados no Recurso de Revista.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Regional, pelo acórdão de fls. 559/564, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário do Autor para elevar o valor dos honorários advocatícios arbitrados na sentença. Os fundamentos adotados na decisão recorrida estão sintetizados na seguinte ementa:

“ARBITRAMENTO JUDICIAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO. CRITÉRIOS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. Para o arbitramento dos honorários contratuais devidos em razão dos serviços prestados pelo advogado, deve o julgador pautar-se pelos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, bem como pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto dos Advogados) e, ainda, pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Por tal razão reconhece-se a necessidade de majoração dos honorários, mas não na proporção pretendida, pois embora se reconheça a diligência com a qual atuou o patrono e a qualidade dos serviços prestados, o valor pretendido se revela extremamente excessivo.” (fl. 559)

Nas razões de Recurso de Revista (fls. 568/585), o Autor alega que o Regional, ao adotar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fundamento para o arbitramento dos honorários, decidiu em descompasso com o ordenamento jurídico específico que rege a matéria. Sustenta que houve violação dos arts. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, 8º da CLT e 20, § 3º, e 127 do CPC.

O aresto de fls. 581, oriundo da 23ª Região, diverge da decisão recorrida, na medida em que assenta que:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO. ARBITRAMENTO JUDICIAL. CRITÉRIOS. Inexistindo contrato entre as partes, correto o arbitramento dos honorários pelo juiz com base na tabela de honorários advocatícios editada pela OAB de Mato Grosso, nos limites estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC e na complexidade da causa.”

Portanto, conheço do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

Discute-se nos autos se no arbitramento dos honorários advocatícios, pode o juiz, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, definir um valor aquém dos limites mínimos estabelecidos na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e nas demais normas que regem a matéria.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

No caso, o Regional, ao registrar os fundamentos para elevar o valor arbitrado pela sentença de primeiro grau, assim se manifestou:

“O pedido do autor baseia-se no fato de que, nas ações por ele patrocinadas (...) que tramitaram pela Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Comarca, o valor originalmente discutido era de R\$ 2.035.106,66, resultando no valor atualizado de R\$ 6.548.002,05. Diante disso, de acordo com o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 e a tabela da OAB seccional, redundaria em honorários na quantia de R\$ 1.309.600,50.

(...)

O autor atuou como causídico nas duas ações (...) tendo, em ambas, logrado êxito.

(...)

Diante disso, não há como negar o bom trabalho desenvolvido pelo autor e, considerando o valor econômico da questão, entendo razoável o arbitramento de honorários advocatícios em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), levando-se em conta os aspectos objetivos acima mencionados e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.” (fls. 561/563)

Conforme destacado no acórdão regional, o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 expressamente define que:

“Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.”

Todavia, mesmo registrando qual o montante devido ao autor em razão da aplicação direta de tal dispositivo (R\$ 1.309.600,50), o Regional arbitrou os honorários advocatícios em quantia inferior (R\$ 300.000,00), sob o fundamento de que os requisitos da Lei nº 8.906/94 devem ser conjugados com os parâmetros elencados no art. 20, § 3º, alíneas *a*, *b* e *c*, do CPC e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Verifica-se que o art. 20 do CPC, apontado pelo Regional, trata tão-somente da fixação de honorários de sucumbência, situação diversa da tratada nos presentes autos.

Destaque-se, ainda, que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não devem ser invocados na hipótese dos autos, tendo em vista que há legislação específica aplicada ao caso (art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94) e esta

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

se apresenta em consonância com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Do exposto, resta caracterizada a violação do art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, pois o Regional arbitrou os honorários advocatícios em valor inferior ao previsto na norma específica.

Ressalto que o Regional faz menção à importância de R\$ 2.619.201,00 como sendo a do valor pretendido pelo Autor (valor que o acórdão considera “extremamente excessivo, não estando os elementos dos autos em que atuou a justificar o arbitramento de tão elevado valor”, conforme fls. 561-2), mas é certo que não se pode fixar em tal montante os honorários ora reconhecidos, pois o que ficou prequestionado no acórdão, à luz da Súmula nº 297 do TST, é que o pedido “baseia-se no fato de que, nas ações por ele (Autor) patrocinadas, mandado de segurança nº 001.98.02909-4 e embargos à execução fiscal nº 001.01.160062-6, que tramitaram pela Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta Comarca, o valor originariamente discutido era de R\$ 2.035.106,66, resultando no valor atualizado de R\$ 6.548.0002,05. Diante disso, de acordo com o art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94 e a tabela da OAB seccional, redundaria em honorários na quantia de R\$ 1.309.600,50” (fl. 561). Perquirir valor superior ao fixado no acórdão demandaria o reexame de matéria fática, o que esbarraria na Súmula nº 126 do TST.

Assim, o Recurso de Revista merece provimento para determinar-se a majoração dos honorários advocatícios, fixando-se-os em R\$ 1.309.600,50, com base no valor atualizado da causa registrado pelo acórdão regional, adequando-se o arbitramento aos percentuais estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, determinar-se a majoração dos honorários advocatícios, fixando-se-os em R\$ 1.309.600,50, com base no valor atualizado da causa registrado pelo acórdão regional, adequando-se o arbitramento aos percentuais estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Brasília, 28 de maio de 2008. *Márcio Eurico Vitral Amaro*, relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Ação cautelar incidental em ação civil pública. Suspensão dos efeitos do recurso de revista	183
Aposentadoria espontânea. Continuidade dos serviços. Efeitos	185
Ausência de prova. Princípio <i>in dubio pro operario</i> . Inaplicabilidade	209
Comissionista. Horas extras e adicional estipulado em norma coletiva. Boa-fé	216
Dano moral. Acidente de trabalho	220
Dispensa trabalhista coletiva. Interveniência sindical	242
Empregado doméstico. Férias. Dobra legal. Princípio da igualdade	282
Execução. Penhora. Ofensa ao princípio da proteção do salário	294
Execução de título extrajudicial. Hipóteses de cabimento	300
Limitação ao direito potestativo de dispensa	307
Plano de afastamento incentivado. Princípio da boa-fé	333
Princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral	344
Recurso de revista. Arbitragem. Inaplicabilidade ao direito individual do trabalho	356
Recurso de revista. Contrato de honorários advocatícios	368