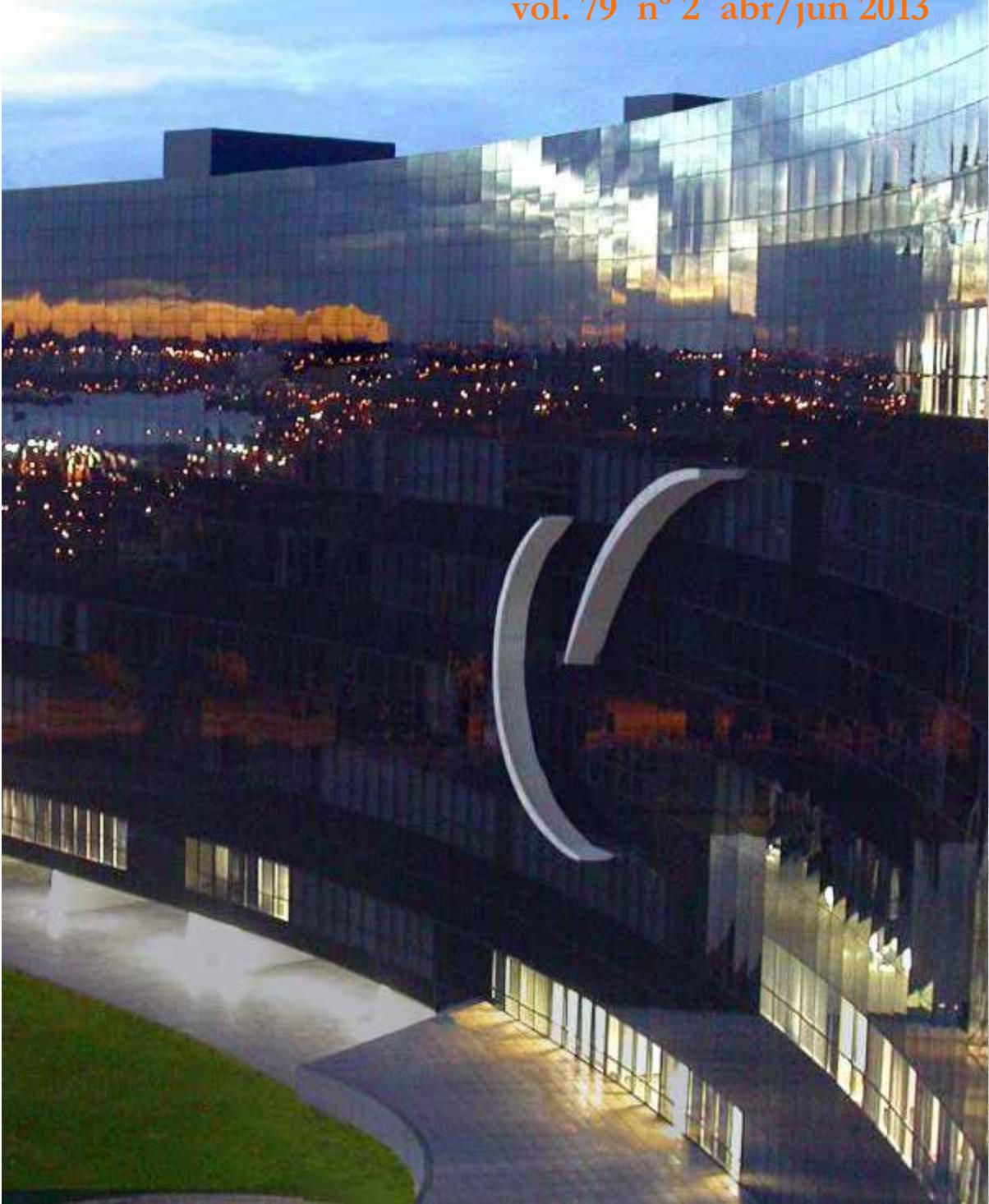


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 79 n° 2 abr/jun 2013



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Vice-Presidente

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

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

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 79 – nº 2 – abr. a jun. – 2013

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: Editora Magister

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

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

Órgão Especial

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

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria de Assis Calsing
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 Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Desembargadora Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira (Convocada)

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Desembargador Valdir Florindo (Convocado)

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



CARLOS ALBERTO
Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Vice-Presidente



IVES GANDRA FILHO
Corregedor-Geral



JOÃO ORESTE DALAZEN



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



RENATO PAIVA



EMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALISING**



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURICIO GODIN
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**

Sumário

Dosimetria do dano moral <i>Alexandre Agra Belmonte</i>	17
Responsabilidade civil no transporte de passageiros: “assalto a ônibus e excludentes” <i>Aloysio Corrêa da Veiga</i>	42
Direitos trabalhistas mínimos além da relação de emprego: efetivação do princípio constitucional da valorização social do trabalho <i>Amauri Cesar Alves</i>	53
Sistema de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho <i>André Araújo Molina</i>	70
Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas <i>Dierle Nunes e Alexandre Bahia</i>	118
Indenização arbitrada em parcela única: implicações materiais e processuais do art. 950, parágrafo único, do Código Civil <i>Estêvão Mallet e Flávio da Costa Higa</i>	145
A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego <i>Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani</i>	182
Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos <i>Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro</i>	199
A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº 443 do TST <i>Hugo Carlos Scheuermann</i>	220
Setenta anos da CLT: a atualidade do direito social no século XXI <i>Luiz Alberto de Vargas, Marcos Fagundes Salomão, Maria Madalena Telesca e Ricardo Carvalho Fraga</i>	232
O dano existencial e o Direito do Trabalho <i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho</i>	240

NOTAS E COMENTÁRIOS

TST promove solenidade em homenagem aos 70 da CLT.....265

Setenta anos da CLT

Carlos Alberto Reis de Paula265

A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado

Gabriela Neves Delgado268

Doutrina

DOSIMETRIA DO DANO MORAL

Alexandre Agra Belmonte*

1 – INTRODUÇÃO

Duas espécies de direitos podem ser vislumbradas nas relações de trabalho: *direitos econômicos*, destinados a remunerar o trabalho prestado ou a cessação do contrato, como salários, adicionais, diferenças de desvio de função ou de equiparação salarial, FGTS e indenização compensatória de 40%, e *direitos extrapatrimoniais*, próprios da condição humana e que visam dignificar o trabalhador e valorizar o trabalho. São eles: direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, à livre manifestação do pensamento, à liberdade de consciência, de crença, de comunicação, de expressão, a informação e sexual, à igualdade de tratamento, ao tratamento respeitoso, ao trabalho livre e quantitativamente limitado, à vida, à saúde, à integridade física, à subsistência, à greve e à liberdade de associação profissional e sindical.

Os direitos de natureza econômica, quando violados, geram a responsabilidade patrimonial, mediante reparação dos danos decorrentes do descumprimento das obrigações trabalhistas, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes.

Embora seja comumente utilizada a expressão danos materiais como caracterizadora da responsabilidade patrimonial, nem sempre os danos materiais têm essa natureza, a exemplo do dano estético, que é um dano material extrapatrimonial.

Em virtude da violação de direitos econômicos, pode o trabalhador postular a respectiva reparação via reclamação trabalhista individual e, se for o caso, além da reparação econômica, também a rescisão indireta do contrato, por violação das obrigações contratuais do empregador.

Nada impede que o sindicato ou o Ministério Público do trabalho, diante de violações de natureza metaindividual postule, em nome dos trabalhadores,

* *Ministro do TST; doutor em Direito; professor universitário de mestrado e graduação; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

DOCTRINA

por meio de Ação Civil Pública, a cessação da infringência, mediante astreintes e outras medidas cabíveis, além da reparação dos danos econômicos.

Quanto aos direitos extrapatrimoniais, quando ofendidos, são suscetíveis de gerar responsabilidade pelos danos morais decorrentes, quer em sede individual, quer em sede coletiva, aqui também podendo o sindicato ou o Ministério Público atuar na defesa dos direitos individuais e coletivos da categoria ou na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme o caso.

Danos morais são, portanto, os resultantes das ofensas a direitos extrapatrimoniais.

Note-se, no entanto, que a ofensa a direitos extrapatrimoniais pode gerar danos patrimoniais reflexos, como ocorre no acidente do trabalho, no qual a perda de um membro, além do dano estético, refletido no defeito físico aparente e do dano moral, decorrente dos complexos e limitações experimentados pela vítima, gera a reparação de danos patrimoniais (ressarcimento das despesas médicas e hospitalares, além de indenização ou pensão vitalícia decorrente da perda parcial ou total da capacidade laborativa).

Os danos morais podem ser individuais e coletivos. São individuais os decorrentes das violações à integridade valorativa, física e psicológica da personalidade da pessoa humana, a exemplo das ofensas à honra, à saúde e à liberdade de expressão do trabalhador, e ao bom nome da pessoa jurídica; são coletivos os resultantes das ofensas a atributos metaindividuais de grupos de trabalhadores ou classe trabalhadora, a exemplo da arrecadação de pedidos de demissão ou recibos de quitação em branco como condição de contratação, a prática do trabalho forçado ou escravo ou a utilização de trabalho infantil.

Danos morais trabalhistas são as ofensas individuais aos direitos da personalidade do trabalhador ou do empregador e as ofensas coletivas causadas aos valores extrapatrimoniais de certa comunidade de trabalhadores, decorrentes das relações de trabalho. A Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, atribuiu expressa competência à Justiça do Trabalho para a resolução dos danos morais decorrentes das relações de trabalho, incluindo os originados de acidentes do trabalho.

Anteriormente à expressa atribuição legal da competência trabalhista para a resolução dos danos morais provenientes da relação de emprego, vinha o STF e o TST decidindo que era ela da Justiça do Trabalho. A nova redação do art. 114, I e VI, da CRFB atribuiu à Especializada uma competência mais ampla, porque abrangente dos danos morais e patrimoniais oriundos de qualquer

relação de trabalho e dos acidentes do trabalho, sepultando de vez eventuais controvérsias a respeito dessa competência.

Como consequência do fato do rompimento do contrato – com ou sem culpa –, a lei infraconstitucional trabalhista tarifa as indenizações acaso devidas, mas silencia a respeito da composição do dano moral derivado do desrespeito aos direitos personalíssimos do trabalhador, ainda que à intimidade, à honra, à imagem, à integridade física e ao tratamento respeitoso do empregado se refira, expressamente, em algumas oportunidades (arts. 483, *a, b, e e f*, e 373-A, VI, da CLT, bem como no Anexo II da NR-17, itens 5.12 e 5.13).

A lei infraconstitucional também silencia quanto às ofensas aos direitos personalíssimos dos trabalhadores nas fases pré-contratual e contratual.

Indaga-se, portanto, que critérios devem orientar o magistrado trabalhista na fixação dos danos morais individuais e coletivos.

Essa é a finalidade deste artigo.

2 – DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Nem sempre os bens jurídicos estão situados no mundo exterior. Determinados direitos integram o próprio homem, sendo-lhe essenciais a uma existência livre e valorizada, que lhe permita, com igualdade de oportunidades, ter acesso aos bens da vida e à efetiva e justa participação social e política.

Tais direitos, que têm por fundamento a dignidade da pessoa humana, são tão merecedores de tutela jurídica quanto os bens exteriores, pelo que também podem ser objeto de direito. São, no plano constitucional, os chamados direitos fundamentais, notadamente os constantes dos arts. 5º a 12 da Constituição Federal, destinados a garantir ao ser humano uma existência integral. Entre eles estão os direitos sociais constantes do elenco dos arts. 7º a 11.

Na dimensão juslaborativa, direitos fundamentais são os valores de que os trabalhadores necessitam para a garantia de uma existência igualitária, livre, valorizada e justa na ordem econômica e social, tendo por substrato a dignidade da pessoa humana.

No plano infraconstitucional, os direitos subjetivos destinados a garantir, numa relação de trabalho, a integridade física, intelectual e moral do indivíduo costumam receber a denominação de direitos da personalidade. Essa denominação, na tutela dos direitos subjetivos decorrentes dos direitos fundamentais, também permeia as relações civis, a exemplo dos arts. 11 a 21 do Código Civil brasileiro.

DOCTRINA

Nas relações de trabalho, podem ser apontados como direitos da personalidade dos trabalhadores, entre outros:

- direito à vida;
- direito à integridade física;
- direito à saúde;
- direito ao trabalho;
- direito ao trabalho quantitativamente limitado;
- direito à igualdade de tratamento;
- direito à liberdade física (ir e vir e circulação);
- direito à liberdade intelectual (pensamento, convicção, crença, expressão, comunicação, artística, científica e literária);
- direitos à intimidade, vida privada e sigilo das comunicações;
- direito ao tratamento humano e respeitoso da condição pessoal e profissional;
- direito à subsistência;
- direitos de associação, inclusive sindical e de greve;
- direito ao meio ambiente seguro e saudável.

Enfim, para desfrutar de uma existência digna e valorizada no ambiente de trabalho, o ser humano necessita de direitos que possam protegê-lo nos aspectos físico (direito à vida, à segurança, à higidez física, à saúde, à liberdade de locomoção e circulação, à subsistência e ao trabalho quantitativamente limitado), intelectual (liberdades de pensamento, convicção, crença, criação artística, literária e científica, associação) e moral (direito à intimidade, à honra, à imagem, ao tratamento respeitoso da condição pessoal e profissional).

Os direitos da personalidade ingressam na categoria de direitos extrapatrimoniais, destituídos, *a priori*, de avaliação econômica.

A importância da distinção entre os direitos patrimoniais e os direitos da personalidade está em que os danos causados aos direitos patrimoniais têm direta reparação pela via indenizatória econômica. Se pelo meio pecuniário são valorados ou medidos, por essa via devem ser os prejuízos compostos. Já os danos causados aos direitos da personalidade, porque extrapatrimoniais, não têm representação econômica imediata, pelo que as violações são inibidas ou compostas por outra via de tutela, na qual eventual aspecto econômico visa inibir as ofensas e/ou dar uma resposta que atenuo o sofrimento imposto ao ser humano.

DOCTRINA

Convém, no entanto, não esquecer, como já observado, que ofensas causadas a direitos da personalidade, como a cometida à integridade física de uma pessoa em decorrência de acidente de trabalho, pode produzir, além da dor causada pelo dano direto à higidez física do ofendido, reflexos patrimoniais ou econômicos (dano patrimonial indireto, consistente no ressarcimento de despesas hospitalares, indenização pelo impedimento temporário ou permanente de exercício de labor remunerado).

3 – DANOS MORAIS TRABALHISTAS

Como dito anteriormente, danos morais trabalhistas são as ofensas individuais aos direitos da personalidade do trabalhador ou do empregador e as ofensas coletivas causadas aos valores extrapatrimoniais de certa comunidade de trabalhadores, decorrentes das relações de trabalho.

Partindo-se da ideia de que os danos morais decorrem da ofensa aos direitos da personalidade, que por sua vez resultam da repercussão dos direitos fundamentais nas relações privadas, tem-se que os danos morais trabalhistas podem ocorrer:

a) em relação à natureza da ofensa:

a.1) por ofensas de natureza individual:

– aos atributos valorativos da personalidade (danos à dimensão ética da pessoa, ou seja, à integridade moral da pessoa humana e ao bom nome da pessoa jurídica). Caso das violações à honra e à imagem;

– aos atributos físicos ou materiais da personalidade (danos à integridade física da pessoa humana). Caso das violações à vida, à integridade física, à saúde, à subsistência, à liberdade física ou de locomoção;

– aos atributos psíquicos ou intelectuais da personalidade (danos à integridade intelectual da pessoa humana). Caso das violações à intimidade, ao sigilo, ao recato ou à vida privada, à igualdade, às liberdades de pensamento, convicção, crença, expressão, comunicação, autoria científica, artística e literária, associação, sexual.

a.2) por ofensas de natureza coletiva:

– aos atributos de comunidade de trabalhadores (à integridade cultural coletiva). São as violações a direitos metaindividuais, de grupos de trabalhadores ou classe trabalhadora, como promoção de trabalho escravo ou forçado.

DOCTRINA

b) em relação à repercussão da ofensa:

b.1) por ofensas morais de natureza subjetiva (danos morais subjetivos), quando se referem à consideração delas em relação à própria pessoa do ofendido (sofrimento interior ou dores d'alma);

b.2) por ofensas morais de natureza objetiva (danos morais objetivos), assim entendidos os pertinentes à projeção dessas ofensas em relação ao meio social (consideração do dano em relação ao meio social)¹.

Note-se, por fim, que o art. 5º, V, a Constituição da República faz referência a três tipos de danos: o dano patrimonial, o dano moral e o dano à imagem.

Embora a Carta Magna tenha pretendido dar relevo à autonomia de tratamento e respectiva proteção à dimensão ética e psicológica da pessoa, independentemente do dano psicológico provocado pelo uso deturpado da imagem, o dano físico ou estético, que também é de natureza extrapatrimonial, é igualmente suscetível de reparação, porque compromete a aparência física da pessoa (Súmula nº 387 do STJ), gerando-lhe sofrimento íntimo. Daí a referência destacada ao dano à imagem.

A responsabilidade por dano moral trabalhista é, fundamentalmente, de natureza subjetiva, assim fundada na culpa.

Ocorre que mesmo diante de fatos não imputáveis à culpa ou dolo do empregador, determinadas sequelas ou traumas psíquicos podem ensejar a reparação por responsabilidade objetiva, como ocorre nos casos especificados em lei ou naqueles em que o empregador promove atividade de risco acentuado (art. 927, parágrafo único, do CC c/c o art. 8º, parágrafo único da CLT). Como exemplos, o sofrimento, a humilhação e o estresse pós-traumático experimentados pelo bancário por ter servido de refém em assalto a banco do empregador; o abalo decorrente da contaminação em usina nuclear; a síndrome do pânico adquirida após anos de exercício na função de vigilante de carro-forte; a perda de membro em virtude de carga elétrica em trabalho desenvolvido com energia elétrica de alta tensão; a seqüela física decorrente de trabalho com explosivos.

Por outro lado, o estabelecimento de presunções pode incidir em determinados casos.

Assim é que se o trabalhador comprova que informações incorretas foram prestadas a seu respeito e que não obteve novo emprego junto à pessoa a quem foram dirigidas, presume-se que a não obtenção tenha como causa as

1 REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT, 1992. p. 20 e segts.

informações prestadas, cabendo, assim, ao ex-empregador o ônus da prova de que outro foi o motivo que ensejou a falta de colocação do ex-empregado.

Outrossim, quando a situação normal é a presumida ausência de culpa, é da vítima o ônus de provar a falta do ofensor, mas se a situação normal é suscetível de implicar na existência de culpa do ofensor, fica ele onerado com a prova de que não agiu com culpa. Pelo que nos casos de doença ocupacional, inerente ao tipo de trabalho efetuado, como LER/DORT, decorrente de trabalho permanente de digitação ou doença pulmonar que atinja trabalhador em minas de carvão, é do empregador o ônus de provar que a doença não decorreu do exercício da atividade (fato impeditivo) e é do empregado o ônus de provar que a doença pulmonar que o atingiu é decorrente da submissão a trabalho prestado (fato constitutivo).

Ao contrário do dano patrimonial, que admite correspondência com a lesão, fatores como *a subjetividade da lesão, a diferença de padrão ético e sentimental entre as pessoas, a dificuldade de mensuração da dor, a impossibilidade de restabelecimento do status quo ante* dificultam a sua aferição.

4 – FORMAS E MÉTODOS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL

O revogado Código Beviláqua apenas estabelecia o legítimo interesse moral como condição para o exercício do direito de ação (art. 76), determinando somente em casos específicos a forma de reparação dos danos a direitos personalíssimos (por exemplo, para os crimes de violência sexual e danos por injúria). Consequentemente, muitos sustentaram que o sistema era limitativo, com restrição da reparabilidade do dano basicamente às hipóteses previstas em lei e assim mesmo, via de regra, quando se verificava a existência de prejuízo material. Havia, dizia-se, a impossibilidade de avaliação pecuniária de dores e sofrimentos – o *pretium doloris*², tese por muito tempo acolhida pela jurisprudência³, a afastar a fixação de dano moral puro.

Se, num primeiro momento, a interpretação fria da lei afastou, salvo nos casos especificados, a reparação do sofrimento íntimo, o passar do tempo e o alcance de uma época em que a socialização dos riscos, fundamento da responsabilidade objetiva, cada vez mais encontra adeptos (destinando-se o seguro de vida exatamente a compensar, pela via econômica, a morte ou acidente sofrido⁴),

2 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: RT, 1998. p. 50-51.

3 V.g., GOMES, Orlando. *Obrigações*. 1995. p. 334; e ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, ns. 159 e 160, p. 220 e 221.

4 WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 1992. p. 118. v. II.

abalaram, sobremaneira, esse posicionamento. Quando menos, impunha-se a fixação de indenização em pecúnia para coibir as ofensas morais e satisfazer a vítima com algum lenitivo ou prazer compensatório do dano experimentado.

Assim, da construção da reparabilidade dos direitos personalíssimos decorrente da reflexão no patrimônio (com tutela pela via obrigacional e indenização do concreto prejuízo de natureza patrimonial acaso verificado como resultado de uma ofensa moral), passou-se a sustentar, embora não sem resistência, a compensação do sofrimento íntimo, independentemente da verificação de prejuízo material.

Não é demais lembrar a lição de Ihering de que a pessoa tanto pode ser lesada no que tem como no que é⁵.

A atual Constituição da República encerrou definitivamente a questão. Aponta a justiça social como um de seus valores supremos (art. 3º, I), apresenta a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III) e assegura a inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada (incluindo o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – art. 5º, XII), além de indenização por dano material ou moral decorrente da transgressão a esses valores (art. 5º, V e X).

Ao assim proceder, veio a consagrar, definitivamente e sem limitações, o direito à reparação de ofensa a interesses morais. Ou seja, sem fazer qualquer exigência à necessidade de repercussão econômica para a respectiva indenizabilidade, demonstrou contentar-se com o simples fato da violação (dano moral puro).

Concluindo, a reparação do dano moral, mormente quanto aos atributos valorativos da personalidade do sujeito enquanto ente social, não está, necessariamente, ligada a prejuízo de ordem patrimonial (dano patrimonial), menos ainda à existência de uma economicidade imediata, pelo que eventual compensação pecuniária da dor causada, por exemplo, à vida privada, à intimidade e ao sigilo, não decorre de ofensa patrimonial⁶.

Das duas podem ser as formas de reparação do dano moral: *in natura* e *in pecunia*.

A reparação *in natura* tem por fim a reconstituição natural ou de alcance de situação material correspondente. São exemplos a retratação pública de delito, a publicação de notícia em jornal de grande circulação, a assunção das providências para a realização de uma cirurgia plástica destinada a recompor o dano estético.

5 IHERING, Rudolf von. *Actio Injuriarum des lésions injurieuses em droit romain (et em droit français)*. Paris: Chevalier, 1988. p. 1 e 24.

6 Observa Caio Mário da Silva Pereira, a enumeração constitucional é meramente exemplificativa (In: *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 58).

DOCTRINA

Já a reparação em dinheiro tem por fim confortar a vítima, amenizar os efeitos da dor ou, no dizer de Maria Helena Diniz⁷, neutralizar os sentimentos negativos de dor, tristeza e angústia por lenitivo pecuniário que permita o alcance de prazeres destinados a minimizar a dor íntima do ofendido.

Três podem ser os métodos para a fixação dos danos: Consensual, judicial e por arbitramento privado. Consensual, quando decorrente de acordo entre as partes; judicial, quando resultante de fixação pelas vias judiciais; por arbitramento, quando as partes se servem de árbitro para a fixação da compensação.

A reparação pode ser *in natura* e *in pecunia*. Sendo pecuniária, dois podem ser os sistemas de avaliação: aberto ou de compensação por arbitramento judicial e fechado ou de compensação tarifada ou legal. Por arbitramento judicial, quando fica ao prudente arbítrio do juiz a fixação; tarifário, quando a própria lei fixa ou estabelece limite máximo para a fixação da indenização devida.

O sistema brasileiro não exige a necessidade de repercussão econômica para a indenizabilidade pecuniária do dano moral (art. 5º, X, da CR), podendo então servir para compensação, única e exclusiva, da dor íntima.

O art. 12 do Código Civil estatui que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Os arts. 948 e 940 do mesmo diploma estabelecem a indenizabilidade do dano patrimonial nos casos de homicídio e de ofensa à saúde, ressalvando a possibilidade de obtenção de dano compensatório da dor íntima.

A revogada Lei de Imprensa fixou um teto máximo de 50 salários-mínimos para as hipóteses de dano com culpa (art. 51 da Lei nº 5.250/67) e o Código de Telecomunicações prevê, para indenizações que variam de 5 a 100 salários-mínimos e que se levem em consideração a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa (art. 84, § 1º), mas os arts. 953 e 954 do Código Civil de 2002, posteriores àquela legislação, determinam que nos casos de injúria, difamação, calúnia e ofensa à liberdade pessoal sejam indenizados os prejuízos patrimoniais e, equitativamente, os morais (arts. 953 e 954 do CC), não se referindo, portanto, a valores.

Enfim, o Direito brasileiro adota o sistema aberto de fixação da indenização do dano moral, cabendo ao magistrado fixá-la, no exercício do poder discricionário conferido pela lei para o desiderato.

7 Ob. cit., p. 91.

DOCTRINA

Há Projeto de Lei do Senado Federal (nº 150/99) destinado a tarifar os danos morais e estabelecer critérios para a respectiva fixação, nos seguintes termos:

– a fixação da indenização conforme a natureza da ofensa (leve, média e grave), com valores pré-estipulados (respectivamente, até R\$ 20.000,00; de R\$ 20.000,00 a R\$ 90.000,00; e, de R\$ 90.000,00 a R\$ 180.000,00);

– *em relação à natureza da ofensa, a consideração* do grau de dolo ou culpa e o teor de bem jurídico sob tutela;

– *em relação aos efeitos da ofensa*, os reflexos pessoais e sociais do ato, a possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa, a extensão e duração dos efeitos da ofensa e a intensidade do sofrimento ou humilhação;

– *em relação às circunstâncias da ofensa*, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas e as circunstâncias da ocorrência da ofensa ou o prejuízo moral;

– *em relação ao arrependimento*, a existência de retratação espontânea e o efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

O substitutivo da PGE/SP ao referido projeto fixa valores mínimos e máximos para as lesões morais, conforme o tipo de dano (abalo de crédito, ofensa à liberdade, morte, etc.).

Embora os parâmetros 1 a 5 possam, efetivamente, auxiliar o juiz na fixação da indenização, a limitação valorativa pretendida é desaconselhável, obrigando o juiz a fixar valor que, na situação concreta, pode se revelar insuficiente.

Entendemos, portanto, que a melhor solução é a análise do caso concreto e o arbitramento judicial, que considere os diversos aspectos da ofensa (arts. 944, *caput* e parágrafo único, 945, 953, parágrafo único, e 954 do CC, subsidiariamente aplicáveis à CLT por força do art. 8º, parágrafo único).

Assim, verifica-se a necessidade do estabelecimento de parâmetros que orientem a fixação do valor em pecúnia.

5 – CRITÉRIOS GERAIS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

Nos termos do art. 944, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, a “indenização” deve ser avaliada segundo os critérios da extensão do dano, da

gravidade da culpa em relação ao dano e da redução equitativa da indenização se houver desproporção.

O primeiro critério diz respeito *ao princípio da integralidade*. A indenização, que não tem caráter retributivo ou reparatório, deve ser integral, de sorte a compensar a ofensa e seus efeitos.

Todavia, para a investigação da ofensa e do dano por ela produzido, deve ser feita uma avaliação à luz dos dois outros critérios mencionados na lei civil.

O critério da gravidade da culpa em relação ao dano impõe a atuação do princípio da proporcionalidade. Tanto é assim, que o parágrafo único do citado dispositivo legal menciona que se houver *desproporção* deve ser feita a redução equitativa da indenização.

O princípio da proporcionalidade exige a comparação entre o poder ofensivo do ato e efeitos por ele produzidos, para permitir, por meio da ponderação, a fixação de um valor adequado ou pertinente e necessário ou exigível para a realização do direito pretendido.

Finalmente, o critério da redução equitativa da indenização em caso de desproporção, impõe a observância do princípio da razoabilidade. Observado o dano produzido na comparação com o poder ofensivo do ato que o ensejou, o montante encontrado deve ser congruente, equitativo, ou seja, avaliado conforme as circunstâncias do caso, observadas a suficiência compensatória segundo as condições econômicas do ofensor e sua pertinência para coibir futuras investidas.

Esses são, portanto, por força de lei, os critérios gerais que devem ser observados pelo magistrado na fixação da indenização, ou seja, do valor compensatório do dano moral.

Pensamos assim que devem informar a fixação dos danos morais em pecúnia:

– *o princípio da extensão do dano* (integralidade da indenização);

– *o princípio da proporcionalidade* da culpa em relação ao dano (para a delimitação proporcional do poder ofensivo, com as suas nuances (parcela de culpa, natureza do dano e efeitos produzidos).

– *o princípio da razoabilidade* (para atendimento da tripla função da indenização – caráter compensatório, dissuasório e exemplar, no qual, observado o dano produzido, deve a indenização ser ajustada à suficiência compensatória

DOCTRINA

segundo as condições econômicas do ofensor e sua pertinência para coibir futuras investidas).

Observa Clayton Reis: “(...) é da maior importância que o ato de conhecer conduza o julgador a dimensionar, com a precisão possível, o dano que se operou no espírito do lesionado, ou seja, identificar situações como a repercussão do dano na sua intimidade física e psíquica; as consequências advindas na sua vida de relação; os fatores que concorreram para o seu desagravo; a perda da sua autoestima; a duração da sua dor íntima; procurar o julgador estabelecer a medida exata do preço da dor (...)”⁸.

Prossegue dizendo que, atento ao comando do art. 5º da LICC, possui o magistrado nessa fixação uma relevante função, “que dependerá essencialmente da sua capacidade sensitiva de captar o verdadeiro sentido contido na pretensão indenizatória”⁹.

Conclui dizendo que “o estabelecimento de valores que sejam incompatíveis com a dimensão de todas essas lesões vivenciadas pela vítima não possui o desejado efeito indenizatório”¹⁰.

Apesar da discricionariedade na fixação da indenização, pensamos que, abstraídos limites de indenização contidos no antes referido projeto de lei, os demais critérios gerais ali mencionados podem, de forma sistematizada, auxiliar no arbitramento.

De fato, é possível em cada um desses critérios gerais considerar aspectos internos que possam atuar como agravantes ou atenuantes na fixação da indenização. Por exemplo, se a ofensa incide sobre bem jurídico mais relevante do que outro (acidente de trabalho com perda de membro em comparação com um xingamento; acidente de trabalho com perda da vida em comparação com perda de membro), a indenização deve ser agravada, assim também quando decorre de dolo, em comparação com um ato de negligência.

Se o empregador, todavia, toma imediatamente todas as providências para minimizar os efeitos de um acidente de trabalho, a indenização deverá ser atenuada, o que não ocorrerá se agir de forma negligente também no socorro e encaminhamento do acidentado ao INSS.

Se o abalo é superável, a indenização deve ser menor do que a decorrente de abalo insuperável ou permanente, como a perda de um membro.

8 *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 225.

9 REIS, Clayton. Ob. cit., p. 226-227.

10 *Idem, ibidem*, p. 229.

DOCTRINA

O sofrimento presumivelmente mais intenso deve sofrer maior gravame do que o sofrimento menos intenso.

O dano causado a pessoa notória deve gerar indenização maior, porque é, presumivelmente, mais extenso em relação aos efeitos.

As condições econômicas dos envolvidos importam no aumento ou diminuição do valor da indenização, porque deve ser ela significativa para quem paga e para quem recebe, exemplar para a sociedade e dissuasória para o ofensor.

Propõe-se, portanto, que sejam avaliados, como critérios gerais o poder ofensivo do ato violador (consideradas a natureza e efeitos da ofensa) e as circunstâncias em que ocorreu.

Cada um desses itens irá considerar, por sua vez, subitens internos que poderão servir de atenuantes ou agravantes na fixação da indenização¹¹:

Em relação ao poder ofensivo, os subitens cuja avaliação é proposta são a natureza da ofensa, segundo a sua gravidade objetiva (relevância ou teor de bem jurídico atingido) e a intensidade ou grau de culpa, nos termos do parágrafo único do art. 945 do CC (fatores agravantes), considerada, ainda, a eventual concorrência de culpa para a verificação do evento, conforme art. 945 do CC (fator atenuante).

Em relação aos efeitos da ofensa, os subitens cuja avaliação é proposta são a dor da vítima (a intensidade ou grau do sofrimento, privação ou humilhação), os reflexos pessoais e sociais do ato e a extensão e duração das consequências da ofensa (permanência ou temporalidade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa) – elementos agravantes.

Em relação às circunstâncias da ofensa, os subitens propostos são a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas (notadamente as possibilidades econômicas do ofensor) e os meios utilizados para possibilitar a ofensa (elementos agravantes), considerados, ainda, retratação espontânea e o efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso (elementos atenuantes).

Em se tratando de danos patrimoniais, o grau de culpa é desimportante: basta verificar o montante do dano emergente e dos lucros cessantes para ser encontrado o valor da justa reparação. Mas, no tocante aos danos morais, a intensidade da culpa deve ser levada em consideração. Quem provoca, querendo, o resultado (dolo) deve responder com valor maior do que aquele que por

11 Embora o tarifamento seja desaconselhável, a falta de critérios para a fixação e a respectiva demonstração nas decisões judiciais violam o princípio da motivação contido na Constituição Federal.

DOCTRINA

imprudência ou negligência termina provocando a ofensa. E o mais negligente deve responder em montante maior do que o menos negligente, porque mais intensa a sua culpa para a caracterização do evento.

A gravidade da ofensa também deve ser apreciada: ofensa mais grave, como a morte do trabalhador, em confronto com a perda de um membro, deve desafiar resposta maior, ou seja, indenização mais elevada; da mesma forma, ofensa mais duradoura, como a perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho por culpa do empregador, em confronto com a fratura de uma perna também por acidente de trabalho culposo.

Dependendo dos meios e instrumentos utilizados, ou do ambiente em que se dá a ofensa, o dano pode ter maior ou menor repercussão, como ocorre se utilizados meios de comunicação como jornais, televisão e internet. A divulgação do fato, no ambiente de trabalho, por meio de correspondência aos funcionários ou a disseminação pública de uma imputação infundada tem o condão de dar a publicidade capaz de agravar a ofensa e influir no valor da indenização a ser fixada.

Fatores como popularidade e posição ocupada pelo ofendido (por exemplo, um diretor em uma empresa ou um artista de televisão) podem igualmente influir na maior ou menor extensão dos efeitos da ofensa e no valor da indenização.

Quando se diz que as condições pessoais dos envolvidos influem na indenização é porque a condição social, econômica, cultural, o grau de discernimento, o estado civil, o sexo, o modo de vida e a notoriedade dos envolvidos devem ser considerados na sua fixação. Uma cicatriz no rosto de quem vive da imagem, como é o caso de uma modelo, por certo atinge a vítima de forma mais intensa, devendo ser mais significativa a indenização.

A possibilidade econômica deve ser levada em consideração quando da fixação da compensação financeira, não podendo revelar-se insignificante para as condições econômicas do ofensor. Uma indenização de pequena monta como forma de coibir revistas íntimas numa grande empresa pode se revelar inútil e ela até preferir assumir o risco, porque sairia mais barato do que os danos materiais causados por eventuais furtos. A reparação precisa então ser significativa para cobrir os três aspectos apontados: lenitivo, dissuasório e exemplar. A indenização deve ser fixada de forma proporcional à certeza de que o ato ofensivo não fique impune segundo as possibilidades econômicas do ofensor, e que assim lhe sirva de desestímulo a práticas que possam retirar do trabalhador a sua dignidade.

Evidentemente, nem todo sofrimento decorre de ofensa moral ressarcível, eis que os “aborrecimentos normais, próprios da vida em coletividade”, são

DOCTRINA

juridicamente indiferentes, como ocorre, em princípio, com a despedida sem justa causa. Mas se essa despedida ocorre em condições humilhantes ou se é realizada de forma a privar o trabalhador dos bens indispensáveis à existência digna, como a negativa ao fornecimento das guias para levantamento do FGTS e recebimento do seguro-desemprego, aí então incide a indenização.

Há decisões que levam em consideração o tempo de serviço do obreiro. Pode ser um parâmetro auxiliar na fixação, mas não necessariamente. Por exemplo, pouco importa se o trabalhador tinha um mês ou dez anos de casa se perde a perna por culpa do empregador, mas pode servir de agravante quando a honra de um empregado com 10 (dez) anos de tempo de serviço e folha imaculada é injustamente ofendida pelo empregador.

Há decisões que partem do pressuposto de que a indenização deve ser pequena quando uma revista íntima não causa maior repercussão. Ocorre que o bem violado é a intimidade e não a honra, pelo que a pouca repercussão nos parece, na hipótese, totalmente desimportante como parâmetro limitador.

Em caso de homicídio, os danos morais decorrentes de acidente do trabalho deverão ser pagos de uma só vez aos beneficiários, porque visam amenizar, de imediato, a dor causada pela perda do ente querido e desestimular novas investidas. Terão direito as pessoas correspondentes ao núcleo familiar diretamente afetadas. Já nas hipóteses de acidente do trabalho sem óbito, os danos morais e estéticos deverão, igualmente, ser pagos à vítima de uma só vez, eis que não têm caráter alimentar e visam amenizar o sofrimento, limitações e complexos causados pelo afeiamento ou invalidez permanente, total ou parcial, ou então as sequelas da incapacidade temporária, com ou sem afastamento do trabalho. Nessa hipótese, a própria vítima sobrevivente é a parte legítima para postular a indenização.

A indenização referente ao dano moral coletivo deve ser revertida em benefício da comunidade atingida, por exemplo, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, e o provimento inibitório deve ser proferido mediante o pagamento de astreintes. Como não se trata de feixe de ações individuais, o número de trabalhadores atingidos pela ofensa nos parece desimportante para a fixação da indenização. Ela deve ser mensurada conforme o grau de culpa, a relevância social do ato e em valor que iniba novas investidas.

Finalmente, vale observar que a fixação de indenização por danos morais não inibe a cumulação com indenização pelos danos patrimoniais experimentados, como ocorre nos acidentes de trabalho e nos danos causados à honra e à imagem.

Passemos então ao roteiro que poderá auxiliar na fixação.

6 – FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

6.1 – Tipos de ofensa

Ofensas físicas: complexos e limitações decorrentes de lesões físicas, privações de liberdade e outras ofensas do gênero.

Ofensas estéticas: deformidades aparentes.

Ofensas morais e psicológicas: discriminação, assédios moral e sexual, ofensas à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, restrições às liberdades de pensamento e crença e outras ofensas do gênero.

6.2 – Princípios da extensão do dano (integralidade da indenização) e da proporcionalidade (ponderação, necessidade e adequação)

Para efeito da fixação da indenização segundo a extensão do dano e sua proporcionalidade, é preciso estipular um valor básico, a partir do qual incidirão as circunstâncias destinadas a considerar os vários aspectos inerentes ao poder ofensivo, seus efeitos e condição econômica do ofensor.

Considerado que o valor médio do salário dos brasileiros, medido pelo IBGE, varia em torno de 3,3 salários-mínimos (R\$ 2.337,40), propõe-se o cálculo a partir de três vezes a remuneração mensal do trabalhador, variando o resultado para mais ou para menos conforme a natureza da ofensa, o grau de culpa do ofensor, a concorrência de culpa, a dor presumida da vítima, a repercussão do ato, a duração das consequências, a originalidade ou reincidência do ato e a possibilidade econômica do ofensor, sendo cada uma das variáveis internas multiplicáveis por 1, 1,5 ou 2, conforme o caso, cumulativamente, exceto quando atenuantes, hipóteses em que serão divisíveis por 1, 1,5 ou 2.

6.2.1 – Variáveis em relação ao poder ofensivo

a) a natureza da ofensa, segundo:

– a gravidade objetiva da ofensa (relevância ou teor de bem jurídico atingido – pequena, média e alta) (X 1, X 1,5 e X 2);

– a intensidade ou grau de culpa – leve, média e grave (parágrafo único do art. 945 do CC) (X 1, X 1,5 e X 2);

– a concorrência de culpa (art. 945 do CC) (: 2).

b) os efeitos da ofensa, considerados:

– a dor presumida da vítima (a intensidade ou grau do sofrimento, privação ou humilhação – pequena, média e alta) (X 1, X 1,5 e X 2);

DOCTRINA

– repercussão do ato violador – restrita e ampla (X 1 e X 2);
– a extensão e duração das consequências da ofensa (permanência ou temporalidade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa) – passageira e duradoura (X 1 e X 2).

c) as circunstâncias da ofensa, considerados:

– originalidade ou reincidência do ato violador (X 1 e X 2);
– retratação espontânea ou efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso – presente e ausente (X 1 e : 2).

6.3 – Princípio da razoabilidade

Fixado, pelos princípios da extensão e da proporcionalidade, o valor final é então submetido ao princípio da razoabilidade, para o ajuste do valor da indenização ao caso concreto.

Aqui será avaliada a adequação da pena obtida, visando à dupla finalidade (punitiva e pedagógica), hipótese em que, observado o dano produzido, serão mensurados, entre outros aspectos, a suficiência compensatória segundo as condições econômicas do ofensor e sua pertinência para coibir futuras investidas, de modo a aumentar-se ou reduzir-se a indenização (X 1,5 e X 2 ou : 1,5 ou : 2).

6.4 – Casos práticos

Caso 1:

Empresa de médio porte resolve restringir a utilização do banheiro pelos trabalhadores, para maximizar a produtividade. Imaginemos que o trabalhador perceba R\$ 1.000,00 de remuneração mensal.

<i>Pena-base</i>	<i>3 X a remuneração</i>	<i>R\$ 3.000,00</i>
Gravidade objetiva da ofensa: intimidade	pequena	X 1
Intensidade ou grau de culpa	leve	X 1
Concorrência de culpa	ausente	X 1
Dor presumida	pequena	X 1
Repercussão	restrita	X 1
Extensão e duração	passageira	X 1
Originalidade ou reincidência	originalidade	X 1
Tentativa de minimização	ausente	X 1
Total da indenização		R\$ 3.000,00

Fixado, pelos princípios da extensão e da proporcionalidade, o valor final revela-se reduzido para o atendimento à dupla finalidade (punitiva e pe-

DOCTRINA

dagógica), considerado o porte da empresa e a necessidade de se coibir futuras investidas, razão pela qual deve ser majorado para a quantia de R\$ 6.000,00, razoável para a composição do dano.

Caso 2:

Trabalhador que sem equipamento de proteção ou instruções adequadas morre eletrocutado trabalhando para empresa de pequeno porte. Imaginemos que perceba R\$ 1.000,00 de remuneração mensal.

<i>Pena-base</i>	<i>3 X a remuneração</i>	<i>R\$ 3.000,00</i>
Gravidade objetiva da ofensa: intimidade	grande	X 2
Intensidade ou grau de culpa	grave	X 2
Concorrência de culpa	ausente	X 1
Dor presumida	alta	X 2
Repercussão	restrita	X 1
Extensão e duração	duradoura	X 2
Originalidade ou reincidência	originalidade	X 1
Tentativa de minimização	ausente	X 1
Total da indenização		R\$ 48.000,00

Fixado, pelos princípios da extensão e da proporcionalidade, o valor final para o atendimento à dupla finalidade (punitiva e pedagógica), revela-se adequado, considerados o dano produzido, o porte da empresa e a necessidade de se coibir futuras investidas.

Caso 3:

Empresa de pequeno porte despede o trabalhador acusando-o de ato de improbidade, que vem a ser de conhecimento geral e que, depois verificada, infundada a acusação. Imaginemos que perceba R\$ 1.000,00 de remuneração mensal.

<i>Pena-base</i>	<i>3 X a remuneração</i>	<i>R\$ 3.000,00</i>
Gravidade objetiva da ofensa: intimidade	média	X 1,5
Intensidade ou grau de culpa	grave	X 2
Concorrência de culpa	ausente	X 1
Dor presumida	alta	X 2
Repercussão	ampla	X 2
Extensão e duração	passageira	X 1
Originalidade ou reincidência	originalidade	X 1
Tentativa de minimização	ausente	X 1
Total da indenização		R\$ 36.000,00

Fixado, pelos princípios da extensão e da proporcionalidade, o valor final revela-se elevado para o atendimento à dupla finalidade (punitiva e pedagógica),

DOCTRINA

considerados o dano produzido, a necessidade de se coibir futuras investidas e o porte da empresa, posto que compromete a continuidade do empreendimento, razão pela qual deve ser reduzido para a quantia de R\$ 12.000,00 (metade), razoável para a composição do dano.

Caso 4:

O trabalhador de empresa de médio porte sofre doença profissional pelo não fornecimento de EPI, que resulta em redução permanente da capacidade laborativa.

<i>Pena-base</i>	<i>3 X a remuneração</i>	<i>R\$ 3.000,00</i>
Gravidade objetiva da ofensa: intimidade	grande	X 2
Intensidade ou grau de culpa	grave	X 2
Concorrência de culpa	ausente	X 1
Dor presumida	alta	X 2
Repercussão	restrita	X 1
Extensão e duração	duradoura	X 2
Originalidade ou reincidência	originalidade	X 1
Tentativa de minimização	ausente	X 1
Total da indenização		R\$ 48.000,00

Fixado, pelos princípios da extensão e da proporcionalidade, o valor final revela-se elevado para o atendimento à dupla finalidade (punitiva e pedagógica), considerados o dano produzido, a necessidade de se coibir futuras investidas e o porte da empresa, pelo que deve ser reduzido para R\$ 24.000,00 (: 1,5) ou R\$ 32.000,00 (: 2), ficando a cargo do magistrado a dosagem equitativa.

6.5 – Reparação do dano moral coletivo

Dano “moral” coletivo, nas relações de trabalho, é a lesão aos valores extrapatrimoniais de uma comunidade de trabalhadores, por exemplo, a ofensa generalizada aos trabalhadores que têm determinada religião ou raça.

Observa, com propriedade, Xisto Tiago de Medeiros Neto que a denominação “dano moral coletivo” é imprecisa, eis que o termo moral está relacionado a sentimento e dor física ou psíquica da pessoa humana, que não se ajusta às ofensas ensejadoras da responsabilidade pelos danos extrapatrimoniais causados a comunidades. Propõe, em substituição, a denominação “dano extrapatrimonial coletivo”¹².

12 *Dano moral coletivo*. 2. ed São Paulo: LTr, 2007. p. 123-124.

DOCTRINA

Concordamos plenamente com a observação. O dano causado a valores extrapatrimoniais não necessariamente causa dor ou sofrimento, bastando dizer que a pessoa jurídica, que não é ser humano e assim não possui sofrimento íntimo, pode fazer jus a indenização por danos “morais” compositivos de ofensa à sua credibilidade. De igual sorte, não é correto pensar em sofrimento de massa de trabalhadores. Individualmente, podem até sofrer com a ofensa cometida, mas não é apropriado falar em angústia, aflição ou trauma psicológico de coletividade, o que não significa dizer que ela não possa ser atingida por ofensas de natureza extrapatrimonial ou fazer jus a composição do dano cometido.

São inúmeras as hipóteses em que o empregador pode ofender, extrapatrimonialmente, grupos de trabalhadores: quando indiscriminadamente promove trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos; quando, deliberadamente, não cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho, colocando em risco a saúde à vida do trabalhador; quando promove atos discriminatórios às mulheres, por exemplo, imposição de intervenções para esterilização como condição de continuidade do vínculo; quando, de forma generalizada, promove causas simuladas para acordos de rescisão ou a obtenção, por ocasião e como condição da contratação, de assinaturas em branco em termos de quitação; quando discrimina por sexo, raça ou religião nas admissões; quando atinge grupo de trabalhadores por racismo ou preconceitos; quando o empregador pratica atos atentatórios da liberdade sindical ou do direito de greve; quando o empregador, de forma generalizada, não cumpre a legislação trabalhista, deixando de registrar os empregados e com esse procedimento não concede férias, não paga horas extras, gratificações natalinas e demais direitos trabalhistas.

Essas ofensas podem, conforme a hipótese, ferir interesses puros, que retratam situações individuais, mas também, nos termos do art. 81, parágrafo único, do CDC: a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (interesses de pessoas dispersas, como ocorre com a empresa pública que não realiza concurso para o preenchimento de quadro funcional, servindo-se de mão de obra terceirizada para o desenvolvimento de sua atividade-fim); b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (interesses de pessoas determinadas, ligadas por laços associativos, como ocorre com o impedimento patronal ao exercício do direito de greve); e, c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que, embora individuais, são identificáveis com os de outros trabalhadores na mesma situação, por terem origem comum (a partir de um só

DOCTRINA

ato patronal, a lesão atinge um sem-número de trabalhadores, que podem agir coletivamente por lhes ser comum o interesse: um só interesse, o mesmo, os une, homogeneizando o direito, como ocorre no caso da alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria dos empregados de uma empresa).

Os direitos individuais podem ser puros e homogêneos. São puros os contidos em pleitos como reintegração em virtude de gravidez, promoção, equiparação salarial e punições disciplinares, que retratam situações individuais; são homogêneos como ocorre com as diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, as diferenças de FGTS decorrentes de expurgos inflacionários, as decorrentes de descumprimento de norma coletiva e a alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria.

O dano extrapatrimonial coletivo – que atinge uma classe de trabalhadores – é igualmente merecedor de tutela sob o enfoque das agressões a liberdades no ambiente de trabalho, cabendo, na Justiça do Trabalho, ao Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública, na tutela dos interesses sociais ou difusos, individuais de incapazes e homogêneos, a titularidade da ação visando ao provimento inibitório e a compensação do prejuízo moral.

Também o Sindicato pode promover a Ação Civil Pública na defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria, inclusive heterogêneos (art. 8º, III, da CF), assim como associações profissionais (formalizadas) de trabalhadores nas empresas.

As ações pertinentes têm por fim inibir o ofensor, proteger a coletividade contra investidas do gênero e buscar indenização de natureza coletiva, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, caso da imposição de indenização aos consumidores pela omissão de informações sobre a periculosidade do produto ou da inibição à prestação de trabalho escravo, forçado ou prestado em ambiente que não oferece condições mínimas de segurança ou de higiene.

No tocante aos interesses individuais homogêneos, como o acionamento coletivo não inibe a ação individual, a legitimação é extraordinária, atuando o legitimado coletivo em nome próprio, na defesa de interesse alheio e de forma concorrente. No concernente aos interesses difusos e coletivos, a legitimação não é extraordinária e sim autônoma, posto que falece aos integrantes da comunidade legitimação para agir¹³.

13 MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DOCTRINA

No tocante aos danos morais coletivos, é importante ressaltar que eles são autônomos em relação aos danos individuais. Pode não verificar-se individualmente, a exemplo do empregador que não cumpre a legislação trabalhista em relação aos seus empregados, mas verificar-se coletivamente, posto que esse procedimento fere, no plano coletivo, interesses metaindividuais, que ensejam reparação moral por ofensas a valores extrapatrimoniais de uma comunidade.

Assim, embora o número de trabalhadores atingidos deva ser considerado, *porque o dano atinge a comunidade*, o cálculo dano moral coletivo não resulta do somatório de danos individuais, que podem até não existir.

Importam, pois, para a fixação de indenização à comunidade, apenas a natureza do dano (com descarte dos efeitos e circunstâncias do dano) e a consideração de uma percentagem de trabalhadores, de forma que, avaliado o porte da empresa, tenha efeito dissuasório e pedagógico.

Por exemplo, numa empresa com 3.000 trabalhadores, na qual o salário médio é de R\$ 1.000,00, a consideração do percentual de 20% dos trabalhadores importará em indenização de R\$ 300.000,00, razoável para a composição do dano.

No caso do dano moral coletivo, a indenização deve ser revertida em benefício da comunidade atingida, por exemplo, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, e o provimento inibitório deve ser proferido mediante o pagamento de astreintes, destinadas a compelir o ofensor a, imediatamente, fazer cessar o dano imposto à comunidade.

A indenização fixada não impede a postulação de indenização de natureza individual, acaso cabível e acaso devida, eis que têm, ambas, titularidade, destinação e natureza distintas.

7 – CONCLUSÕES

Há direitos que integram o próprio homem e passam a ser objeto de tutela específica, porque essenciais a uma existência livre e valorizada, destinada a permitir-lhe, com igualdade de oportunidades, ter acesso aos bens da vida e à efetiva e justa participação social e política. Têm por fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo chamados, no plano constitucional, de direitos fundamentais. Os arts. 5º a 12 da Constituição Federal os enumera, garantindo ao ser humano uma existência integral.

No plano infraconstitucional, os direitos subjetivos destinados a garantir, numa relação de trabalho, a integridade física, intelectual e moral do indivíduo

costumam receber a denominação de direitos da personalidade. É a mesma denominação que permeia as relações civis, a exemplo dos arts. 11 a 21 do Código Civil brasileiro.

Os direitos da personalidade ingressam na categoria de direitos extrapatrimoniais, destituídos, *a priori*, de avaliação econômica.

Nas relações de trabalho, podem ser apontados como direitos da personalidade dos trabalhadores, entre outros, os direitos à vida, à integridade física, à saúde, ao trabalho, ao trabalho quantitativamente limitado, à igualdade de tratamento, à liberdade física, à liberdade intelectual, à intimidade, à vida privada, ao sigilo das comunicações, ao tratamento humano e respeitoso da condição pessoal e profissional, à subsistência, à associação, inclusive sindical e de greve, e ao meio ambiente seguro e saudável.

A importância da distinção entre direitos econômicos e direitos extrapatrimoniais está em que os danos a estes causados têm as violações respectivas garantidas por tutela em que eventual aspecto econômico visa inibir as ofensas e/ou dar uma resposta que atenuo o sofrimento imposto ao ser humano, surgindo, assim, os danos morais como meio compositivo dessas ofensas.

Como decorrência das ofensas a direitos econômicos no curso do contrato de trabalho e do fato do seu rompimento – com ou sem culpa –, a lei infraconstitucional trabalhista tarifa as indenizações acaso devidas, mas silencia a respeito da composição do dano moral derivado do desrespeito aos direitos personalíssimos do trabalhador, ainda que à intimidade, à honra, à imagem, à integridade física e ao tratamento respeitoso do empregado se refira, expressamente, em algumas oportunidades (arts. 483, *a, b, e e f*, e 373-A, VI, da CLT, bem como no Anexo II da NR-17, itens 5.12 e 5.13).

Em face do silêncio da legislação trabalhista a respeito do tema, recorre-se ao direito comum, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT. E o Código Civil, nos termos do art. 944, *caput* e parágrafo único, determina que a indenização deve ser avaliada segundo os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, critério geral que pode ser utilizado na fixação do valor dos danos morais em pecúnia.

Nos termos do art. 944, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, a “indenização” deve ser avaliada segundo os critérios da extensão do dano, da gravidade da culpa em relação ao dano e da redução equitativa da indenização se houver desproporção.

O primeiro critério diz respeito *ao princípio da integralidade*. A indenização deve ser integral, de sorte a compensar a ofensa e seus efeitos, mas,

DOCTRINA

para a investigação da ofensa e do dano por ela produzido, deve ser feita uma avaliação à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade contidos nos dois outros critérios mencionados na lei civil.

Por meio do princípio da proporcionalidade far-se-á a comparação entre o poder ofensivo do ato e efeitos por ele produzidos, para permitir, por meio da ponderação, a fixação de um valor adequado e necessário para a composição do dano; por meio do princípio da razoabilidade, o valor antes encontrado será ajustado às circunstâncias do caso, observadas a suficiência compensatória segundo as condições econômicas do ofensor e a sua pertinência para coibir futuras investidas.

Esses são os critérios gerais que devem ser observados pelo magistrado na fixação da indenização, ou seja, do valor compensatório do dano moral.

No entanto, será preciso avaliar *subitens* internos aos critérios da gravidade da culpa em relação ao dano e do ajuste equitativo para a obtenção de indenização suficiente e razoável, contextualizada ao caso concreto.

Cada um desses itens poderá servir de atenuante ou agravante na fixação da indenização¹⁴, mas para tornar possível esse procedimento é preciso estipular um valor básico, a partir do qual incidirão as circunstâncias destinadas a considerar os vários aspectos inerentes ao poder ofensivo, seus efeitos e condição econômica do ofensor.

Considerado que o valor médio do salário dos brasileiros, medido pelo IBGE, varia em torno de 3,3 salários-mínimos (R\$ 2.337,40), propõe-se o cálculo a partir de três vezes a remuneração mensal do trabalhador, variando o resultado para mais ou para menos conforme a natureza da ofensa, o grau de culpa do ofensor, a concorrência de culpa, a dor presumida da vítima, a repercussão do ato, a duração das consequências, a originalidade ou reincidência do ato e a possibilidade econômica do ofensor, sendo cada uma das variáveis internas multiplicáveis por 1, 1,5 ou 2, conforme o caso, cumulativamente, exceto quando atenuantes, hipóteses em que serão divisíveis por 1, 1,5 ou 2.

Encontrada a indenização base, far-se-á finalmente o ajuste final, hipótese em que o magistrado poderá adequar a pena obtida, aumentando-a ou reduzindo-a, visando à dupla finalidade (punitiva e pedagógica), hipótese em que, observado o dano produzido, serão mensurados, entre outros aspectos, a suficiência compensatória segundo as condições econômicas do ofensor e a sua pertinência para coibir futuras investidas.

14 Embora o tarifamento seja desaconselhável, a falta de critérios para a fixação e a respectiva demonstração nas decisões judiciais violam o princípio da motivação contido na Constituição Federal.

DOCTRINA

As tabelas apresentadas demonstram como, concretamente, calcular a indenização devida.

Quanto aos danos morais coletivos, autônomos em relação aos danos individuais, o cálculo da indenização não deve resultar do simples somatório de danos individuais.

Importam, pois, para a fixação de indenização à comunidade, apenas a natureza do dano (com descarte dos efeitos e circunstâncias do dano) e a consideração de uma percentagem de trabalhadores, de forma que, avaliado o porte da empresa, tenha efeito dissuasório e pedagógico.

A indenização deve ser revertida em benefício da comunidade atingida, por exemplo, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, e a indenização fixada não impede a postulação de indenização de natureza individual, acaso cabível e acaso devida, eis que têm, ambas, titularidade, destinação e natureza distintas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 81-2.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: RT, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

IHERING, Rudolf von. *Actio Injuriarum des lésions injurieuses em droit romain (et em droit français)*. Paris: Chevalier, 1988.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT, 1992.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: “ASSALTO A ÔNIBUS E EXCLUDENTES”

Aloysio Corrêa da Veiga*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, na atualidade, é tema relevante, complexo, polêmico e instigante, por tratar da questão da separação do dano e seus desdobramentos.

A responsabilidade civil no transporte de passageiros é motivo de permanente debate, visto que os danos derivados desse segmento e a frequência com que eles ocorrem trazem a indagação sobre o risco dessa atividade, as relações resultantes do contrato de transporte e, sobretudo, a responsabilidade civil por dano envolvendo a relação de emprego entre as empresas concessionárias do transporte de passageiros e seus empregados e as causas excludentes da responsabilidade do empregador.

A relação jurídica de emprego desenvolvida entre os empregados e as empresas de transporte de passageiros é, também, conflituosa quando o empregado é vítima de assalto.

O assalto, tido como fortuito externo, estaria entre as excludentes da obrigação de o empregador indenizar o dano causado aos seus empregados? Qual o limite da responsabilidade do empregador? São questões frequentes no cotidiano do judiciário trabalhista a exigir uma interpretação da legislação existente como resposta a todas essas indagações.

O transporte de passageiros é utilizado por milhões de brasileiros. A concentração populacional dos grandes centros está a exigir uma atenção, cada vez maior, de toda a sociedade na busca do aperfeiçoamento e do aprimoramento das concessões do transporte público, de modo a possibilitar a excelência na prestação de serviços de relevância absoluta na sociedade moderna.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, onde preside a 6ª Turma; conselheiro do CSJT; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto dos Advogados Brasileiros.*

DOCTRINA

No Brasil, as estatísticas demonstram que o transporte público de pessoas é realizado, na essência, por meio das empresas concessionárias de ônibus. Cerca de 91% do transporte de passageiros é realizado por este meio.

As políticas de desenvolvimento do transporte de pessoas e de mercadorias no Brasil, por meio de trens, metrô, transporte fluvial, marítimo e aéreo, são por demais insuficientes a privilegiar o transporte rodoviário como único meio para atender o deslocamento neste País de dimensão continental.

O tema, como se vê, reveste-se de extrema complexidade a desafiar uma permanente dedicação com o fim de tornar eficientes os meios de transporte na sociedade brasileira.

O transporte público é função do Estado. Cabe a ele promover. É evidente que, diretamente, não poderá exercer toda essa função, sendo necessário dispor sobre a execução em regime de concessão e permissão na prestação de um serviço que, na realidade, é um serviço público.

A importância do transporte é essencial na sociedade. É através dele que o homem poderá exercer um direito fundamental, básico, o de ir e vir. Nas relações de trabalho a eficiência do transporte urbano mais se destaca, na medida em que dele dependerá o êxito no cumprimento diário das obrigações assumidas pelo cidadão.

O transporte coletivo exerce, portanto, na sociedade moderna, papel fundamental e essencial do Estado.

No entanto, o tema é abrangente, o que impõe limitar a apreciação da responsabilidade civil no transporte de passageiros: assalto a ônibus e excludentes, a relação entre empregador (empresa de transporte) e empregado (motoristas-cobreadores).

RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916, ao tratar da responsabilidade civil a subordinou ao conceito do ato ilícito, trazendo no art. 159 a exegese de seus elementos constitutivos¹.

A legislação de 1916, inspirada no Código Civil francês de 1804, o Código de Napoleão, tinha como fundamento a culpa, em sentido lato, como elemento constitutivo da reparação do dano.

1 Art. 159 do Código Civil de 1916. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

DOCTRINA

O Código Civil de 2002 não se distanciou do código anterior, trazendo, como regra geral, a responsabilidade civil com fundamento no ato ilícito, repetindo, no art. 186, a regra anterior². A responsabilidade civil pelo ato ilícito decorrerá, em princípio, do dolo ou da culpa, sendo necessária a presença de elementos essenciais para sua caracterização; a conduta do agente, dolosa ou culposa; o dano causado; e o nexo de causalidade.

Tal conteúdo de subordinação à reparação do ato ilícito, com fundamento na conduta do agente, divorciada e violadora da norma jurídica, nos dá, em gênero, a convicção de que existirá a *restitutio in integrum*, decorrente do dano causado, na responsabilidade subjetiva, por que necessário avaliar a conduta do agente.

No entanto, não se resume a reparação de dano causado, tão somente, na avaliação da conduta subjetiva do causador, se culposa ou dolosa.

O Estado brasileiro optou, como fundamento, pela dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios consagrados no art. 1º da Constituição Federal³. É sob esse princípio que se revela todo o estudo decorrente da responsabilidade civil.

O que é indenizável? Quais são os padrões da responsabilidade e quais são os limites da responsabilidade na reparação do dano causado na prestação de serviços?

A PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO

A amplitude do tema nos leva a limitar o debate ao serviço público de transporte coletivo urbano.

Todos sabem como se dá essa modalidade de prestação de serviços.

O Estado abre mão e transfere à iniciativa privada a prestação de serviços essenciais à consecução de sua finalidade primeira.

Como fazer, como desenvolver e como ver, na prestação desses serviços essenciais, um modelo próprio de equilíbrio entre a proposta de contribuir com uma função social, aliada à livre-iniciativa.

2 Art. 186 do Código Civil de 2002. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

3 Art. 1º da Constituição Federal. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: 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”.

O MODELO EXISTENTE

O Estado, abstraindo de sua função primeira, faz concessões. Denomina de concessões de serviços públicos e regula o princípio contido no art. 175 da Constituição Federal⁴. Podem se habilitar à prestação de um serviço público todos aqueles que se dispuserem a prestar um serviço que, pela origem, era um serviço inerente ao Poder Público, e se torna um serviço prestado pela empresa privada que responderá pelas obrigações inerentes ao Poder Público.

A obrigação assumida, neste contexto, se faz mediante o cumprimento da Lei das Licitações. A Lei em vigor é a de nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Aquele que se dispuser, assumindo o risco da atividade econômica, a substituir o poder público na sua atividade essencial deverá concorrer seguindo os princípios nela estabelecidos.

PRINCÍPIO LEGAL

A Lei que regula a participação da iniciativa privada no processo de concessão de serviços públicos tem, como pressuposto, três princípios básicos: o menor preço da tarifa, a maior oferta ao poder concedente e a maior eficiência. É o que dispõe o art. 14 da citada Lei⁵. As exigências legais mais parecem quesitos de ginca. Quantas vezes inatingíveis!

O princípio legal vigente exige o cumprimento de obrigações bem específicas.

Ouso dizer! Custo, qualidade, retribuição. A partir daí a iniciativa privada estará apta a absorver, como fundamento, o dever primário do Estado – o de prestar um serviço público essencial com qualidade.

Esse é o modelo vigente. É ele ideal – menor preço da tarifa; maior retribuição ao poder concedente e melhor qualidade?

Estes são os parâmetros que norteiam o desenvolvimento de tão relevante atividade: o transporte de passageiros e a responsabilidade civil do transportador.

4 “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

5 Art. 14 da Lei nº 8.987/95. “Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”. Art. 15. “No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público prestado com o de melhor técnica; VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas”.

EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

As empresas de transporte rodoviário exercem, como visto, uma função delegada do Estado. São elas partícipes do desenvolvimento social; exercem, sobremaneira, atividade inerente na busca da melhoria de condições sociais. A atividade empresarial tem, como pressuposto, o resultado positivo na realização do empreendimento, isto é, o lucro.

Como conciliar o êxito na atividade econômica com as restrições impostas pela norma legal; menor preço; maior retribuição; e melhor qualidade na prestação de serviços?

Como aliar tudo isso com a responsabilidade civil inerente a essa atividade econômica, com vias de acesso precárias que desgastam, sobremaneira, os veículos? Violência urbana, como resultado de manifestações, incêndios, assaltos, a ver e rever qual o tratamento que se dará à vítima dessas ações descabidas, despidas de qualquer conteúdo ético, mas que refletem na vida do usuário, nesse tipo de prestação de serviços, um dano de reparação distante.

Essas relações tidas como de consumo geram conflitos de interesse cuja solução está a exigir uma profunda reflexão.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR NOS ASSALTOS AOS PASSAGEIROS – EXCLUDENTES

É inerente ao contrato de transporte de pessoas a existência da obrigação de garantia, conhecida como cláusula de incolumidade, na qual, por meio dela, o transportador se obriga a conduzir o passageiro, do momento em que ele adere ao contrato de transporte, até o seu destino final, sem que lhe ocorra qualquer dano durante a vigência da relação jurídica.

É essa a obrigação assumida pelo transportador. O passageiro ao ingressar no veículo que o irá transportar paga o preço ajustado e, com isso, adere ao contrato de transporte em que é inerente a cláusula de incolumidade, obrigando-se o transportador a conduzi-lo são e salvo ao lugar de destino, salvo motivo de força maior. É o que se extrai da regra contida no art. 734 do Código Civil⁶.

A responsabilidade do transportador, no contrato de transporte de passageiros é objetiva, isto é, independe de culpa. Havendo a inobservância da cláusula inerente ao transporte de passageiros, ou seja, a cláusula de incolumidade, subsistirá a obrigação de indenizar, não sendo elidida por culpa de terceiro. A

6 Art. 734. “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

responsabilidade objetiva do transportador vinha sendo observada pela doutrina e pela jurisprudência há vários anos. Basta lembrar que, em 1963, o excelso Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento na Súmula nº 187 de sua jurisprudência⁷. O Código Civil de 2002 termina por repetir o conteúdo da Súmula do STF, quando reconhece no art. 735⁸ a responsabilidade objetiva do transportador pela inobservância da cláusula de incolumidade, mesmo quando o acidente se der por fato de terceiro.

Exclui-se da obrigação de indenizar e, com isso, a responsabilidade civil do transportador, o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e, tem prevalecido na jurisprudência que, em alguns casos, o fato de terceiro, quando equivalente ao caso fortuito externo.

Em relação ao fato doloso de terceiro, como no caso do assalto aos passageiros, a jurisprudência cível oscilou no início, entendendo pela responsabilidade do transportador, por não reconhecer no assalto força maior (fortuito externo) quando eles se tornam fato corriqueiro e comum e a empresa deixa de tomar providências destinadas a evitar que tal tipo de atentado continue. A reiterada prática, em determinados locais, sem que nenhuma providência fosse tomada, afastaria o fortuito externo, porque deixam de ser imprevisíveis.

No entanto, o colendo Superior Tribunal de Justiça, através de sua 2ª Seção, vem uniformizando a sua jurisprudência no sentido de que constitui caso fortuito externo, excludente de responsabilidade da empresa transportadora, o assalto à mão armada ocorrido dentro de veículo coletivo⁹.

A questão, porém, é polêmica e longe está de se encontrar uma solução para o conflito de interesses.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO ASSALTO A ÔNIBUS

A relação de emprego tem uma característica especial e peculiar no tocante ao exercício da atividade profissional em relação à atividade econômica desenvolvida pelo empregador.

7 Súmula nº 187 do STF. “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

8 “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

9 Reclamação nº 4.518 – RJ (2010/0134714-4) – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe: 07.03.2012.

DOCTRINA

A Consolidação das Leis do Trabalho define o empregador como sendo a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Ao admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços assume o empregador a obrigação de garantir ao empregado o meio ambiente de trabalho adequado a garantir a sua incolumidade física e mental, adotando os meios necessários para garantir a higiene e a segurança do trabalho.

As atividades desenvolvidas pelo empregador que tragam riscos físicos ou psicológicos aos seus empregados, ainda que potenciais, se lhe impõe o dever de preveni-los. A omissão ou a negligência em proporcionar um ambiente de trabalho seguro e saudável termina por implicar a responsabilidade pelo dano causado.

No momento atual, no qual a sociedade demonstra preocupações que excedem as questões mercantis, econômicas ou políticas e demonstra efetiva preocupação com questões como o meio ambiente do trabalho, saúde no trabalho, preservação ecológica, degradação dos valores sociais, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, boa-fé no trato das relações contratuais, a adoção de medidas efetivas, no sentido de preservar e evitar o dano, ainda que potencial, tornou-se obrigatória, acarretando a responsabilidade objetiva pela inobservância de todos esses requisitos.

É nesse contexto que habita o meio ambiente saudável de trabalho, de responsabilidade do empregador, que assume o risco da atividade econômica, a determinar a observância do princípio da precaução, o qual estará presente quando houver ameaça de danos sérios ao meio ambiente seguro e sadio do trabalho, a postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir o dano. Mister, portanto, a efetiva adoção de critérios de prudência e vigilância a fim de evitar o dano, embora que potencial.

Trata-se de uma obrigação de resultado: a prevenção em matéria de saúde e segurança do trabalho exige do empregador o dever de antecipar e avaliar os riscos de sua atividade empresarial e efetivar as medidas de precaução necessárias.

O direito francês, de longa data, consolidou o entendimento de se exigir do empregador que o princípio da precaução se materializasse por meio de obrigação de resultado¹⁰.

10 “Mais attendu que l’employeur est tenu, à l’égard de son personnel, d’une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité e protéger la santé des travailleurs; qu’il lui est interdit, dans l’exercice de son pouvoir de direction, de prendre de mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés.” – Cour de Cassation, chambre sociale, Audience du mercredi 5 mars 2008, N° de pourvoi: 06-45888, Mme Collomp, président.

DOCTRINA

O dano causado no assalto a ônibus em relação aos empregados da empresa transportadora assume o contorno de infortúnio, ou melhor, de acidente de trabalho, e como tal será analisado e não como uma simples relação de consumo como ocorre com o transporte de passageiros.

No acidente de trabalho a atividade de risco desenvolvida pelo empregador determinará a sua responsabilidade para reparação do dano moral e material dele decorrente.

A atividade de risco não se discute. Motorista e cobrador, nas sucessivas viagens, em trajetos em que o assalto se torna um fato corriqueiro, sem que haja adoção de medidas efetivas de precaução. O assalto não pode, em relação aos empregados, ser equivalente à força maior a excluir da obrigação de indenizar o dano decorrente do acidente de trabalho.

A teoria objetiva do risco delimita que o dano a ser reparado advém da execução do contrato de trabalho e está fundamentada no risco-proveito, tão bem definida por Serpa Lopes, como *ubi emolumentum ibi onus*¹¹.

Não se discute que o dano causado decorre do trabalho, por isso equivalente ao acidente de trabalho. É como caracteriza e define o art. 19 da Lei nº 8.213/91¹².

Ocorrendo o acidente de trabalho, a indenização pelo dano moral e material dele decorre.

Poder-se-ia dizer que a responsabilidade do empregador, no acidente de trabalho, só o obrigará a indenizar quando houver culpa, a teor do que dispõe o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal¹³.

A culpa pelo acidente de trabalho se presume diante do risco da atividade desenvolvida pelo empregador, de modo que não há excludente da responsabilidade do empregador no assalto a ônibus, em relação ao dano moral e material

11 Risco-proveito. É uma corrente fundada no princípio *ubi emolumentum ibi onus*. Consideram os seus partidários nada haver de mais justo do que aquele que obtém o proveito de uma empresa, o patrão se onerar com a obrigação de indenizar os que forem vítimas de acidentes durante o trabalho. O patrão, ao celebrar o contrato de trabalho, pode já incluir nas suas estimativas a provável responsabilidade por qualquer acidente que o seu operário possa sofrer, durante horas de serviço. Trata-se de uma concepção hoje considerada e prevista no Direito positivo (In: *Curso de direito civil* – fontes contratuais das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro. p. 171. v. V.).

12 Art. 19. “Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII desta Lei provando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

13 Art. 7º, XXVIII. “Seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

DOCTRINA

causados aos seus empregados. Esse tem sido o entendimento consagrado na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Diversos precedentes nesse sentido, pela responsabilidade civil do empregador pelo dano sofrido pelo empregado em decorrência de assalto a ônibus¹⁴, valendo destacar o voto proferido na Seção Uniformizadora de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho – SDI-1, no E-RR 28900-66.2006.5.17.0007, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, publicado no DEJT de 07.10.2011, neste sentido:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO DEPOIS DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.496/07. MOTORISTA DE ÔNIBUS. ASSALTO. HOMICÍDIO. PERIGO INERENTE AO TIPO DE SERVIÇO. RISCO CRIADO PELO EMPREGADOR. CULPA. DEVER DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA EVITAR A LESÃO À ESFERA JURIDICAMENTE PROTEGIDA DO EMPREGADO. OMISSÃO EM FAZÊ-LO. CONDUTA DESVALORADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. RESULTADO QUE DEVE SER OBJETIVAMENTE IMPUTADO AO TOMADOR DOS SERVIÇOS. CONCLUSÃO QUE SE COADUNA COM O SOLIDARISMO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A responsabilidade civil por omissão decorre da inobservância do dever de evitar a lesão à esfera juridicamente protegida de outrem. Tal dever pode ser oriundo de lei, de negócio jurídico ou do risco criado ao bem jurídico. A culpa, nesse caso, reside na inobservância de dever objetivo de cuidado, consistente na preservação do interesse alheio. Tratando-se de empresa de transporte rodoviário de passageiros, é de conhecimento notório os riscos que os seus empregados enfrentam ao trafegar nas vias públicas brasileiras. Mencionados riscos, dos quais resultam proveitos econômicos em prol do empregador, quando se transformam em lesão à vida ou à integridade física do empregado, ensejam o dever de indenizar o trabalhador, porquanto presente a imputação objetiva entre eles e o resultado danoso. Tal conclusão encontra respaldo no caráter solidário da Carta Magna de 1988 (arts. 1º, III e IV, e 3º, III) e nos arts. 186 e 927 do Código Civil, que conferem efetividade ao dever do empregador de velar pela saúde e segurança dos seus empregados. Precedentes do STJ. Recurso de embargos conhecido e desprovido.”

14 E-RR 28900-66.2006.5.17.0007, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22.09.2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 07.10.2011; RR 433600-73.2009.5.09.0965, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 19.09.2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 21.09.2012; RR 6900-04.2008.5.04.0221, Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 21.03.2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 23.03.2012.

DOCTRINA

Os precedentes da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho e de suas Turmas são no sentido de reconhecer a responsabilidade do empregador no dano causado aos seus empregados, decorrente de assalto a ônibus, em face do risco assumido pela atividade econômica desenvolvida em relação ao acidente de trabalho a que vêm sofrer, geralmente motoristas e cobradores no exercício de suas funções. A culpa aí se presume, diante da reiteração do evento que causa o dano, de modo a tornar-se corriqueiro.

Não há como o empregador, com relação a seus empregados, alegar a força maior como excludente da responsabilidade porque, na reiteração, sem que providências tenham sido tomadas a garantir o meio ambiente seguro do trabalho, deixou de ser, há muito tempo, um fato imprevisível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito da responsabilidade civil, inspirado no Código Civil francês, no início do século XIX, tinha como conteúdo o fundamento na culpa do agente como pressuposto para reparação de qualquer dano. Não se podia admitir responsabilidade sem que houvesse culpa. Essa foi a inspiração do Código Civil brasileiro de 1916 ao adotar a culpa como fundamento da reparação do dano.

A complexidade das relações sociais, manifestada ao longo do tempo, demonstrou que a responsabilidade civil fundada, tão somente na culpa, não era bastante para regular todo dano causado, pendendo de regulamentação e atenção especial, a reparação do dano mesmo quando o elemento tradicional constitutivo, a culpa, não estivesse presente.

A responsabilidade objetiva, no direito civil, vem como resposta a essa necessidade de dar solução a um conflito social dos mais relevantes.

A importância da jurisprudência na construção desse ideal foi, sem dúvida, determinante. A Súmula nº 187 do excelso Supremo Tribunal Federal é paradigma de uma mudança, ao estender a obrigação de indenizar o dano ao passageiro, nos contratos de transporte, pela violação da cláusula de incolumidade, mesmo quando esse dano tenha sido causado por terceiro e o transportador tenha ação regressiva.

O conflito social, decorrente do assalto a ônibus, longe de estar pacificado, é efervescente, como se verifica pelos dados estatísticos assombrosos dos casos de assaltos ocorridos em veículos de transporte coletivo.

Essa é uma realidade. O roubo ocorrido durante a realização do contrato de transporte é um fato que se repete, visto pelo noticiário como um fato comum.

DOUTRINA

É imperioso que se adotem medidas eficazes de combate ao crime. A responsabilidade do Estado pela segurança pública, como prevista no art. 144 da Constituição Federal, quando negligenciada, tem que gerar, de imediato, consequências.

Não há mais como conviver com o conceito primitivo, consagrado no século XVIII, de que não havia responsabilidade da administração pública pelos danos que causava – *le Roi ne peut mal faire*.

O século XIX já vislumbra a mudança do paradigma a desenvolver na *faute de service* o elemento definidor da responsabilidade do Estado.

A negligência da administração pública termina por causar dano irreparável a toda sociedade.

Medidas eficazes têm que ser implantadas. É o Estado responsável; são responsáveis aqueles que exercem atividades delegadas, no sentido de reparar o dano sofrido pelo usuário de um serviço público.

A adoção de medidas preventivas se impõe. Os seguros para eventual reparação de um dano causado, inclusive prevendo a reparação do dano material e moral causado nesse tipo de atividade; o estudo atuarial contendo esses danos previsíveis, de modo a se atribuir na tarifa o custo decorrente dessas reparações; o subsídio para custeio por parte da administração pública, como, aliás, ocorre na redução de imposto para o incentivo na aquisição de automóveis; o subsídio ao transporte aéreo, etc.

O debate é intenso. Meios existem e precisam ser adotados. O que não se pode, na atual conjuntura, é deixar sem qualquer reparação o dano causado – com consequências desastrosas para a sociedade.

É tormentosa a questão que cerca a possibilidade de ressarcir o dano físico e moral sofrido pelo exercício legítimo do trabalho. A saúde física e mental e a integridade são valores inerentes à pessoa do trabalhador.

Não se pode deixar ao abandono o empregado vítima do infortúnio e, muitas vezes, a sua própria família, porque não raro o acidente é fatal, sob pena de se fazer tábula rasa ao fundamento do Estado brasileiro que é a cidadania.

DIREITOS TRABALHISTAS MÍNIMOS ALÉM DA RELAÇÃO DE EMPREGO: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO

Amauri Cesar Alves*

INTRODUÇÃO. EXPANSÃO DE DIREITOS

Historicamente o Estado brasileiro percebeu a construção de regras heterônomas de regulação das relações capital-trabalho sob a ótica quase exclusiva da relação de emprego. É claro que a prevalência da proteção à relação de emprego se justifica histórica, social, política e economicamente, afinal de contas, trata-se da “modalidade mais relevante”, do ponto de vista social e econômico, “de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo” (DELGADO, 2011, p. 280).

O presente artigo pretende demonstrar que, não obstante haja a óbvia e necessária prevalência da proteção da relação empregatícia, há espaço para a tutela mínima de relações de trabalho outras, que não envolvem empregado e empregador, mas merecem a atenção do Estado. Tal compreensão básica, de matriz eminentemente constitucional, se revela, na prática, através da aplicação das Leis ns. 12.690/2012 (Trabalho Cooperado), 11.788/08 (Estágio), 12.023/09 (Avulsos não portuários, conhecidos como “Chapas”) e 12.619/2012 (Motoristas Profissionais).

A análise aqui será restrita, então, a quatro situações de trabalho e que aprioristicamente não caracterizam vínculo empregatício, mas que receberam recentemente do Estado brasileiro proteção específica e que permitem concluir pela consagração de direitos mínimos a trabalhadores não empregados como estratégia brasileira de valorização social do trabalho: *cooperados, estagiários, chapas e motoristas profissionais não empregados*.

* Mestre e doutorando em Direito do Trabalho (PUC Minas); professor universitário (FPL e IEC/PUC Minas); advogado; membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.

A ideia básica a permear o presente estudo é que algumas relações de trabalho sem vínculo empregatício devem também conferir direitos mínimos àqueles que se inserem no mercado produtivo, força da interpretação hodierna do que dispõe a Constituição da República em seus arts. 1º, incisos III e IV, 3º, inciso III, e 6º.

De antemão, é necessário destacar que não se pretende, aqui, incentivar a criação de subcategorias de empregados, como infelizmente ficou consagrada pela melhor doutrina e pela experiência internacional, por exemplo, a teoria da parassubordinação¹. O que deve haver, sempre e em cada situação fática, é a percepção de que se trata de trabalhador não empregado destinatário de tutela específica (cooperado, estagiário, “chapa” e motorista profissional autônomo). Não se trata de referendar fraudes contra a relação de emprego, obviamente. O que se busca é, repita-se, compreender a necessidade de tutela específica e mínima a algumas categorias de trabalhadores não empregados.

O Professor Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 111-112) destaca três possibilidades básicas de expansionismo do Direito do Trabalho: “a crescente e contínua busca de efetividade”, a “ampliação do conceito de relação de emprego”, além da “extensão do Direito do Trabalho a relações de trabalho, ultrapassando o marco clássico da simples relação de emprego”.

À presente análise interessa compreender, com base na legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional), a terceira possibilidade expansionista, que consiste em ampliação da proteção estatal a algumas relações de trabalho que não caracterizam vínculo empregatício. Tal vertente já foi anteriormente sinalizada na obra *Novo Contrato de Emprego: Parassubordinação Trabalhista*, como se infere:

“Para um futuro próximo, deve-se pensar em uma ampla mudança de paradigmas em Direito do Trabalho. A proteção ao trabalho, em todas as suas expressões, poderá ser consagrada expressamente nos textos normativos de Direito do Trabalho. Deve ser criado, então, um novo pensamento, justo e equânime, para a tutela das relações trabalhistas. (...)

1 Permito-me, ainda que pontualmente, a insistência no reconhecimento da *parassubordinação* como medida protetiva. Hoje é possível depreender da doutrina brasileira que a dependência a que se refere a CLT deve ser entendida tanto como subordinação jurídica clássica quanto como subordinação estrutural ou reticular. Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho não pode representar óbice à aplicação da parassubordinação como elemento, também, identificador de empregado. Isso porque a dependência a que alude a norma celetista contida no art. 3º deixa margem ao operador jurídico para determinar seu alcance. Da mesma forma que a jurisprudência e a doutrina afastaram-se da dependência (subjetiva: econômica, técnica e social) para consagrar a subordinação (inicialmente clássica e hoje também estrutural) poderá haver, hoje, a leitura desse elemento fático-jurídico (requisito ou pressuposto) não só na perspectiva da relação subordinada, mas, também, pela relação parassubordinada.

DOCTRINA

Deve-se reconstruir o Direito do Trabalho fundado efetivamente na valorização do trabalho e não somente do emprego.” (ALVES, 2005, p. 135)

Melhor tratamento recebeu a problemática na obra referencial de Gabriela Neves Delgado *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, bem como em recente estudo seu em parceria com Mauricio Godinho Delgado, intitulado *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*, ambos publicados pela LTr, dos quais é possível destacar o seguinte, em apertada síntese.

“A Professora da UFMG, da PUC Minas e da UnB, ciente dos importantes objetivos do ramo trabalhista na história do capitalismo, como eficiente veículo garantidor de piso de dignidade aos que vivem de sua força laborativa, sustenta ‘(...) que as relações de trabalho que formalmente não se encontram hoje regidas pelo Direito do Trabalho também precisam ser reconhecidas como objeto de efetiva tutela jurídica, para que o trabalhador que as exerça possa, por meio da proteção jurídica, alcançar o espaço para o exercício de seus direitos.’” (DELGADO, 2012, p. 111-112)

A República brasileira, além de garantir a proteção ao trabalhador através do clássico Direito do Trabalho, com suas regras e princípios próprios e específicos, cuida de erigir a caráter constitucional direitos fundamentais que podem e devem ser aplicados às relações jurídicas de entrega de força produtiva que não contemplam vinculação empregatícia. Assim é que princípios, como *dignidade da pessoa humana* (CR, art. 1º, inciso III), *valorização social do trabalho* (CR, art. 1º, inciso IV), *não discriminação* (CR, art. 5º, *caput*), *prevalência dos direitos humanos* (CR, art. 4º, inciso II) e *submissão da propriedade à sua função social* (CR, arts. 5º, XXIII, e 170, III), dentre outros, devem ser entendidos como “vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade” (DELGADO, 2006) e, portanto, relevantes para o Direito do Trabalho.

Os direitos fundamentais que se relacionam direta ou indiretamente com a proteção ao trabalho devem ser imediatamente aplicados às relações jurídicas trabalhistas, empregatícias ou não, pois dotados de eficácia plena, especificamente eficácia horizontal. Por eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode-se compreender, com Ingo Wolfgang Sarlet, o seguinte:

“Se é, à evidência, verdade que são os órgãos estatais que se encontram diretamente vinculados pelos deveres de proteção expressa e implicitamente contidos nos direitos fundamentais, também é correto afirmar que entre os particulares existe um dever de respeito e consideração

DOCTRINA

(portanto de não violação) em relação à dignidade e direitos fundamentais de outras pessoas. Assim, a eficácia vertical será sempre complementada por uma espécie de eficácia horizontal, que mais apropriadamente tem sido designada de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (...).” (SARLET, 2006, p. 551-602)

É possível inferir, portanto, que o contratante de trabalho tem o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista e mesmo não sendo ele empregado. Assim, as regras ou atos dos contratantes que inobservem dever de proteção, expresso ou implícito, garantido na ordem constitucional vigente, devem ser reconhecidos como ilícitos.

1 – TRABALHO COOPERADO: LEI Nº 12.690/2012

A inexistência de vínculo empregatício entre o trabalhador cooperado, sua cooperativa de trabalho e o cliente desta é presunção legal (que admite prova em contrário) prevista no parágrafo único do art. 442 da CLT, incluído em 1994.

É claro que tal dispositivo celetista deve ser entendido como presunção legal, sendo certo que se a cooperativa for *fraudulenta* haverá espaço para o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador e aquele que explorou sua força produtiva.

Tal identificação de mera *presunção*, inicialmente fruto do entendimento doutrinário e jurisprudencial construído ao longo dos anos, agora é regra por força da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, nos termos do § 2º do seu art. 17 combinado com o disposto no art. 7º, § 6º.

O vínculo cooperativo será preservado íntegro, ou seja, sem que haja o reconhecimento do contrato de emprego, se observados três requisitos, basicamente: a) ausência de subordinação jurídica entre o trabalhador e os gestores da cooperativa ou entre aquele e o tomador dos seus serviços; b) observância ao *princípio da dupla qualidade*; e c) observância ao *princípio da retribuição pessoal diferenciada*.

Ainda restava, até julho de 2012, alguma resistência quanto à percepção lançada acima, até mesmo quanto à impossibilidade de existência de subordinação jurídica na relação cooperativa². Tal resistência agora deverá se extinguir, força, dentre outros, da regra contida no art. 5º da Lei nº 12.690/2012.

2 Havia alguma resistência doutrinária e jurisprudencial da lavra daqueles que privilegiavam o aspecto formal do vínculo cooperativo em detrimento da realidade fática vivenciada.

DOCTRINA

Assim, se houver subordinação jurídica entre o trabalhador cooperado e os gestores da cooperativa, ou, ainda, entre aquele e o tomador dos serviços cooperados, deve ser afastado o vínculo especial trabalhista para que se reconheça, caso haja a confluência dos requisitos do art. 3º da CLT, o vínculo empregatício.

O trabalhador cooperado se insere no mercado de trabalho como *autônomo*, e não como um trabalhador subordinado a alguém. Ele deve ter o controle de sua disposição de trabalho (horários, intensidade, tarefas, resultados), vez que trabalha por conta própria, reunido com outros profissionais que também por conta própria empreendem no mercado.

O Professor Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 328) destaca, com a costumeira precisão, a necessidade da existência, na relação fática, do *princípio da dupla qualidade* para que se afirme o vínculo cooperativo e se afaste a relação empregatícia.

“(...) informa que a pessoa filiada tem que ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações. Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa diretamente ao associado – e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei nº 5.764/70).”

Ora, o trabalhador cooperado não pode ser mera *peça* em uma *engrenagem* empresarial, devendo atuar na gestão de sua cooperativa, vez que dela participa em igualdade de condições com todos os demais associados. Deve, também, dela receber serviços que melhorem a sua inserção profissional autônoma.

Tal princípio foi consagrado pela Lei nº 12.690/2012, inicialmente em seu art. 3º, que trata dos valores do cooperativismo de trabalho no Brasil, com destaque para seus incisos II, IV, X e XI.

A nova regra consagra o princípio e deverá ser vista tanto para afirmar direitos básicos dos cooperados (previstos na Lei nº 12.690/2012) quanto para, eventualmente em casos de sua inobservância no plano fático, atrair direitos trabalhistas próprios de empregados.

Talvez o mais importante controle civilizatório da contratação de trabalho cooperado seja aquele construído pelo então Juiz Mauricio Godinho Delgado quando ainda atuava no primeiro grau de jurisdição trabalhista mineiro: *o princípio da retribuição pessoal diferenciada*.

DOCTRINA

“(…) de fato, o que justifica a existência da cooperativa – e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica – é a circunstância de que ela potencia as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potencializam o trabalho humano. Efetivamente, a cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atuação autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada caso atuando isoladamente.” (DELGADO, 2011, p. 329)

Ora, somente haverá relação de trabalho cooperado, e conseqüentemente o afastamento do vínculo de emprego, se o trabalhador autônomo receber, através da sua cooperativa, melhor inserção profissional do que a que receberia se empregado fosse ou, ainda, do que aquela que teria atuando isoladamente.

Deve haver um *complexo de vantagens*, inclusive de cunho econômico, superior àquele que receberia o trabalhador atuando isoladamente (autônomo) ou por conta alheia (como empregado).

O legislador de 2012, com a Lei nº 12.690, chegou próximo da consagração do princípio da retribuição pessoal diferenciada, ao fixar um patamar mínimo de proteção ao trabalhador cooperado, que embora não seja empregado, tem, desde então, direitos básicos em sua prestação laborativa. Em tal sentido, a regra do art. 7º da Lei nº 12.690/2012.

O trabalhador cooperado receberá (diretamente) de sua cooperativa e (indiretamente) dos tomadores de seus serviços contraprestação justa e digna (retiradas vinculadas ao piso da categoria ou ao salário-mínimo), não trabalhará mais do que o ordinário no Brasil (jornada de 8 horas e disponibilidade semanal máxima de 44 horas), terá repousos semanal e anual remunerados, além de acréscimo por trabalho noturno, insalubre ou perigoso, bem como a contratação de seguro em seu benefício.

Houve, então, a consagração de direitos mínimos, que deverão ser acrescidos de outros, a cargo da Assembleia Geral, para que se verifique sempre, na prática, a implementação do princípio da retribuição pessoal diferenciada como exigência legal, força da expressão “além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir” prevista no *caput* do art. 7º da Lei nº 12.690/2012.

A responsabilidade pela preservação dos direitos mínimos é da sociedade cooperativa, devendo haver punição de seus gestores em caso de inobservância às regras protetivas mínimas fixadas, bem como daqueles que vierem a se valer ilicitamente da exploração laborativa, nos termos da regra contida no art. 18

DOCTRINA

da Lei nº 12.690/2012 e em conformidade com a regra do art. 2º da CLT, vez que serão estes reconhecidos como empregadores dos *pseudocooperados*, caso presentes os elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego.

Somente haverá trabalho através de cooperativa se ausente a subordinação e presentes os dois princípios especiais destacados, observados os termos da Lei nº 12.690/2012. Ausente um dos três requisitos, é possível o reconhecimento do vínculo empregatício, a despeito do disposto no parágrafo único do art. 442 da CLT, desde que, é claro, se façam presentes os requisitos do art. 3º da CLT.

A Lei nº 12.690/2012, sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff, consagra, na prática, princípios constitucionais elementares, como o da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho. A legislação é fruto do trabalho desenvolvido no âmbito da Secretaria Nacional de Economia Solidária, Ministério do Trabalho e Emprego, e sua justificativa é apresentada por Paul Singer:

“Efetivamente, em 2003, se multiplicavam cooperativas de trabalho falsas, formadas por empresários que demitiam seus empregados e os obrigavam a se filiar a uma cooperativa. Essas cooperativas não eram de seus pseudosócios (os trabalhadores), mas do empresário. Eram, portanto, falsas, conhecidas como cooperfraudes – numa cooperativa autêntica, os cooperados tomam decisões em assembleia. A fiscalização não distinguia cooperfraudes de cooperativas autênticas.

(...)

A lógica da interpretação é que direitos do trabalho são parte dos direitos do homem. Enquanto houver trabalhadores por conta alheia, com direitos dos quais não podem abrir mão, e trabalhadores por conta própria, que não gozam desses direitos (e, então, têm uma vantagem competitiva no mercado de trabalho), os últimos sempre serão preferidos pelos empregadores. Custam bem menos.

Em época de falta de trabalho, ambos serão prejudicados: cooperados, porque não são assalariados, estes, porque não terão emprego.

A nova lei resolve os impasses, pois determina que todos os trabalhadores, por conta alheia e própria quando associados em cooperativa, têm os mesmos direitos.” (SINGER, 2012)

Assim, diante do exposto, percebe-se a realização do dever do Estado brasileiro de consagração de direitos mínimos mesmo para os não emprega-

dos, como é o caso dos cooperados, sempre que a situação fática indicar sua intervenção através da regra heterônoma protetiva.

2 – ESTÁGIO: LEI Nº 11.788/08

Importante, no mesmo sentido, a análise do vínculo de estágio na perspectiva da expansão de direitos. Há, aqui, entretanto, uma especificidade com relação ao tema geral e que deve ser, desde logo e minimamente, apresentada. Entendo, talvez isoladamente, que o vínculo de estágio não decorre de uma relação de trabalho, embora respeite, obviamente, a melhor doutrina em sentido contrário. Parece não haver, essencialmente, trabalho no vínculo estagiário, nem tampouco, obviamente, emprego. O que há (se respeitadas as finalidades do estágio) é eminentemente ato educativo escolar supervisionado, e não disposição de força produtiva no mercado. O concedente do estágio, sempre que o contrato for hígido, não explora trabalho alheio, mas, sim, concorre para a formação profissional de alguém. Entretanto, para efeito da análise aqui empreendida, melhor será a compreensão de Mauricio Godinho Delgado, que entende o vínculo estagiário como relação de trabalho e destaca, ao tratar da Lei nº 11.788/08 no contexto da extensão do Direito do Trabalho, o seguinte:

“Embora o novo diploma legal não tenha efetivamente estendido o Direito do Trabalho às relações educacionais e laborativas de estágio, em face do caráter e objetivos eminentemente pedagógicos da figura excetiva (mantendo, pois, o incentivo econômico ao concedente do estágio), o fato é que a Lei nº 11.788/08 trouxe importantes regulações e proteções ao trabalhador estagiário, restringindo manifesto exagero liberalista do diploma legal precedente (Lei nº 6.494/77). Nessa medida, a nova intervenção legal foi salutar, criando regras dirigidas a que esse contrato educativo-laboral especialíssimo realmente cumpra os objetivos que justificam sua existência.” (DELGADO, 2011, p. 119)

A inexistência de vínculo empregatício entre o estudante estagiário e o concedente do estágio é presunção legal (que admite prova em contrário) prevista no art. 3º da Lei nº 11.788/08, “Lei de Estágio”.

É claro, entretanto, que se o vínculo formal de estágio for utilizado apenas como veículo de fraude à lei, deve haver o reconhecimento do contrato de emprego, caso evidenciados, no plano fático, os requisitos do art. 3º da CLT.

O vínculo de estágio será preservado íntegro, ou seja, sem que haja o reconhecimento do contrato de emprego, se observados seus requisitos formais e materiais, adiante tratados.

DOCTRINA

A Lei nº 11.788/08 trouxe expressamente aquilo que já era construção jurisprudencial por força de interpretação da norma anterior (Lei nº 6.494/74), ou seja, o reconhecimento do vínculo de emprego (desde que existentes seus requisitos) nos casos de fraude, nos termos de seus arts. 15 e 3º, § 2º.

Vale esclarecer que o simples *descumprimento* da lei específica não gera o vínculo empregatício. Na verdade, o descumprimento das exigências legais descaracteriza o contrato de estágio, mas apenas haverá, em decorrência disso, a relação empregatícia se, no caso concreto, estiverem presentes os requisitos do art. 3º da CLT. Em tese pode haver situação fática em que o trabalhador não é estagiário, por descumprimento das regras próprias, ou tampouco empregado, por se revelar autônomo, eventual ou voluntário, por exemplo.

A definição atual de estágio é aquela trazida pelo art. 1º da Lei nº 11.788/08.

Uma crítica inicial deve ser feita à inserção, na condição de estagiários, dos estudantes do ensino médio. Trata-se de regra precarizante, pois pouquíssimo provável que possa haver na pactuação mantida a necessária complementação prática do conteúdo visto pelo aluno no ensino médio³. É assim frustrada a finalidade principal do estágio, que é a complementação do ensino através da prática.

A legislação atual percebeu a realidade vivenciada sob a égide da Lei nº 6.494/77 e consagrou, expressamente, dois tipos de estágio, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.788/08.

No que concerne aos cursos jurídicos, exemplificativamente, o estágio obrigatório (curricular) é aquele realizado junto aos departamentos de assistência judiciária ou congêneres, nos quais o aluno complementa, na prática, seu aprendizado sobre o Direito. É, regra geral, requisito para conclusão do curso. Os estágios não obrigatórios (extracurriculares) são aqueles em que o acadêmico, caso queira, contrata com escritórios de advocacia e que, quando muito, são vistos como parte integrante das atividades extracurriculares do curso. No primeiro caso, não há bolsa, mas pagamento de mensalidade pelo aluno (em instituições privadas e, nestas, como regra geral), enquanto no segundo caso, há a necessidade do pagamento de uma bolsa pelo concedente do estágio.

Um dos requisitos elementares para que haja estágio e não emprego é que seja possível a complementação do ensino na prática, além de outros requisitos, que o Prof. Mauricio Godinho Delgado (2011) divide em formais e materiais⁴.

3 É claro que aqui não me refiro ao ensino profissionalizante, técnico, de nível médio.

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

DOCTRINA

Requisitos formais são a *qualificação das partes*, a existência de um *termo de compromisso*, a designação de um *professor orientador* na instituição de ensino e de um *supervisor* no âmbito do concedente do estágio e, por fim, a observância de *vantagens legais* ou direitos do estagiário.

São três as partes contratantes de estágio e que devem ser qualificadas no termo de compromisso: o estagiário (art. 1º da Lei nº 11.788/08), o concedente do estágio (art. 9º da Lei nº 11.788/08) e a instituição de ensino (art. 7º da Lei nº 11.788/08).

O termo de compromisso será devidamente produzido e assinado pelas três partes, observados os rigores dos arts. 3º, inciso II, 16 e 7º, inciso I, da Lei nº 11.788/08, devendo o instrumento formal indicar as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolares. A inobservância ao disposto pelas partes no termo de compromisso poderá ensejar o reconhecimento do vínculo empregatício, caso presentes os requisitos do art. 3º da CLT.

Como o estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo, há a necessidade (ainda que de difícil, custosa ou de pouco significativa implementação prática) de seu acompanhamento direto pela instituição de ensino. Assim deve haver, além da designação de um supervisor no âmbito do concedente do estágio, a disponibilidade de um Professor orientador de estágios na instituição de ensino, nos termos dos arts. 3º, § 1º, e 7º, inciso IV, da Lei nº 11.788/08.

Por fim, deve haver observância às vantagens conferidas pela lei ao estagiário. São elas, em síntese: a) jornada limitada: art. 10 da Lei nº 11.788/08; b) recesso anual: art. 13 da Lei nº 11.788/08; c) limite de estagiários: art. 11 da Lei nº 11.788/08; d) seguro: art. 9º, IV, da Lei nº 11.788/08; e) saúde e segurança: art. 14 da Lei nº 11.788/08; f) bolsa e auxílio-transporte: art. 12 da Lei nº 11.788/08, no caso de estágio não obrigatório (extracurricular). Facultativamente poderá o concedente do estágio prever: a) bolsa e auxílio-transporte para contratos de estágio obrigatório: art. 12 da Lei nº 11.788/08; e b) alimentação, saúde, etc.: art. 12, § 1º, da Lei nº 11.788/08.

Houve, aqui, a consagração de direitos mínimos aos estagiários (estágio extracurricular), que deverão receber contraprestação pelo trabalho, terão limite de jornada, recesso anual, descanso semanal, auxílio-transporte, seguro e respeito às regras básicas de saúde e segurança no trabalho. É possível compreender a expansão de direitos a tais trabalhadores não empregados como forma de valorização social do trabalho e de realização da dignidade da pessoa

humana. Nessa linha, imperioso interpretar a regra do art. 12 da Lei de Estágio como obrigação de pagamento do salário-mínimo/hora, pelo menos, para que se realize, assim, a finalidade precípua da exigência legal.

Mais importantes do que os requisitos formais tendem a ser, na prática cotidiana, os requisitos materiais. São eles, nos termos da lei e da doutrina do Prof. Mauricio Godinho Delgado (2011): 1. *possibilidade de experiência prática*: art. 9º, II, da Lei nº 11.788/08; 2. *harmonia entre formação educacional e profissional*; e 3. *complementação do ensino na prática*. Em tal sentido, com o devido respeito, pouco provável que os estudantes do ensino médio consigam, no plano jurídico e observados os rigores da lei, firmar contratos de estágio válidos.

A essência do estágio é a possibilidade de alguém (concedente do estágio) se ocupar da complementação prática da formação profissional e acadêmica de outrem (estagiário), sob a orientação da instituição de ensino a que se vincula o estagiário. Assim, somente haverá relação de estágio suficiente a afastar o vínculo empregatício se o estudante puder, no cotidiano da relação mantida, vivenciar na prática o que aprende na escola.

Ainda que não seja empregado, e partindo do suposto de que é trabalhador, receberá o estagiário tutela mínima específica como forma de valorização social e de realização da dignidade preconizada na Constituição da República Federativa do Brasil.

3 – TRABALHADOR AVULSO NÃO PORTUÁRIO: LEI Nº 12.023/09

O trabalhador avulso não portuário, popularmente tratado por “chapa”, é figura bastante antiga e conhecida no mercado de trabalho brasileiro, tendo recebido, somente em 2009, especial proteção quanto à sua prestação laborativa. Georgenor de Sousa Franco Filho define as características do trabalho historicamente empreendido pelos “chapas”:

“É o antigo chapa, um trabalhador sem vínculo empregatício e sem proteção alguma, que antes se colocava às proximidades dos locais onde costumeiramente eram feitas carga e descarga de mercadorias diversas, e era chamado sem critério para a tarefa, recebia uma quantia qualquer pelo esforço despendido, ia embora, retornava no dia seguinte, fazia as mesmas coisas, e assim repetia, dia após dia, a rotina do trabalho sem nenhuma espécie de benefício.” (FRANCO FILHO, 2012)

A movimentação de mercadorias em geral, atividade laborativa tratada pela Lei nº 12.023/09, pode ser empreendida tanto por trabalhadores empregados quanto por avulsos (art. 3º), em áreas urbanas ou rurais e, no caso destes (objeto

do presente estudo), necessariamente mediante intermediação do sindicato da categoria (art. 1º).

Compreendeu o Estado a necessidade de tutela especial dos trabalhadores não empregados envolvidos nas diversas atividades de movimentação de mercadorias em geral previstas pelo art. 2º da Lei nº 12.023/09

A fruição de direitos pelos “chapas” depende de sua organização coletiva em sindicatos, que terão obrigações diversas na gestão da mão de obra avulsa e que exigirão dos contratantes da força produtiva contraprestação suficiente à sua observância integral. Tal se dá em vista da dificuldade consistente em exigir o cumprimento das obrigações diretamente na linha bilateral de contratação de trabalho sem vínculo empregatício, vez que as tarefas são de curta duração e, regra geral, marcadas pelo caráter da eventualidade.

As empresas tomadoras do trabalho avulso, que são aquelas que se apropriam da força produtiva dos “chapas”, respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato (art. 8º).

Assim, os avulsos não portuários organizados em sindicatos passaram a ter, desde 2009, direitos mínimos que garantem sua inserção profissional protegida, nos termos da regra do art. 4º da Lei nº 12.023/09, com destaque para o conteúdo de seu inciso III.

Trata-se de inserção profissional protegida e valorizada, o que, também aqui, dá concretude aos princípios constitucionais de valorização do trabalho e dos cidadãos trabalhadores, sejam ou não empregados.

4 – MOTORISTAS PROFISSIONAIS NÃO EMPREGADOS: LEI Nº 12.619/2012

Em 2012 foi sancionada a Lei nº 12.619, de 30 de abril, que tratou de regulamentar a profissão de motorista através de alterações no texto celetista (o que não será objeto de análise detida no presente estudo, por se tratar de relação de emprego)⁵ e que fixou limites de jornada e obrigação de intervalos para estes trabalhadores, empregados ou não, através de novas regras inseridas

5 A Lei nº 12.619/2012, no que concerne aos motoristas empregados, deixou claro o que já era perceptível: os limites de jornada, os intervalos intrajornada e entrejornada, o direito ao adicional noturno e à legal redução ficta da hora noturna, dentre outros, também se aplicam à categoria, ainda que em trabalho externo.

também no Código de Trânsito Brasileiro. Os destinatários da norma, especificamente no que concerne aos motoristas profissionais não empregados, são aqueles que dirigem veículos de transporte e de condução escolar, de transporte de passageiros com mais de dez lugares e os de transporte de carga com peso bruto total superior a 4.536 kg⁶.

A finalidade da regra fixada, tanto para motoristas empregados quanto para transportadores autônomos de carga (TAC) e outros profissionais não empregados, foi limitar o excesso de trabalho a que vinham sendo submetidos indistintamente, o que é benéfico não só para a saúde destes, mas, também, para a preservação da vida no trânsito em geral. No âmbito da relação empregatícia, a medida legislativa foi simples e em certo sentido redundante, no sentido de responsabilizar o empregador pelo respeito ao limite de jornada. Por outro lado, tal medida não foi possível em relação aos motoristas profissionais não empregados, vez que não se subordinam aos contratantes de seus serviços de transporte.

Assim, diante da realidade brasileira e da necessidade de proteção a todos os que trafegam pelo país, a análise a ser empreendida tem uma particularidade no mínimo desconcertante: a inserção dos direitos de descanso para os motoristas profissionais não empregados se deu sob a forma de punição para aqueles que descumprirem as exigências legais, ou seja, principalmente aos próprios destinatários da regra protetiva⁷...

Inobstante tal estratégia de ação legislativa, é possível compreender, sem maiores dúvidas, a consagração de direitos mínimos aos trabalhadores motoristas profissionais não empregados, sobretudo aqueles no transporte de cargas. Trata-se de proteção à parte hipossuficiente de relação capital-trabalho, vez que não é crível que o motorista profissional opte, seja por deleite, por vocação ou por abnegação, pelo desgaste consistente em dirigir exaustivamente. O que há, na verdade, são as exigências do mercado capitalista que limitam a vontade do trabalhador do transporte. Assim sendo, cabe ao Estado intervir na relação entre capital e trabalho para fixar limites de exploração da força produtiva, o que caracteriza a Lei nº 12.619/2012 no mesmo patamar das demais anteriormente comentadas.

6 Nos termos das regras contidas nos arts. 67-A e 105, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

7 Tal situação gerou protestos de caminhoneiros em todo o Brasil, que insistem em trabalhar sem a observância de períodos mínimos de descanso e que não concordam com as punições estabelecidas pela Lei nº 12.619/2012. Por enquanto, na verdade, parecem não ver a limitação de jornada e a efetivação de períodos mínimos de descanso como *direitos*, o que tende a se modificar tão logo os benefícios sejam percebidos pela categoria.

DOCTRINA

Não podendo exigir diretamente do contratante dos serviços de transporte, que não é empregador, o respeito ao limite de jornada, fixou a Lei nº 12.619/2012 restrições direcionadas aos motoristas profissionais e que representam, compreendam hoje ou não, direitos que revelam valorização social de seu trabalho.

Assim, são direitos dos trabalhadores motoristas profissionais não empregados, com relação à sua disposição laborativa, os seguintes limites inseridos no novo art. 67-A do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 67-A. É vedado ao motorista profissional, no exercício de sua profissão e na condução de veículo mencionado no inciso II do art. 105 deste Código, dirigir por mais de 4 (quatro) horas ininterruptas.

§ 1º Será observado intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas ininterruptas na condução de veículo referido no *caput*, sendo facultado o fracionamento do tempo de direção e do intervalo de descanso, desde que não completadas 4 (quatro) horas contínuas no exercício da condução.

§ 2º Em situações excepcionais de inobservância justificada do tempo de direção estabelecido no *caput* e desde que não comprometa a segurança rodoviária, o tempo de direção poderá ser prorrogado por até 1 (uma) hora, de modo a permitir que o condutor, o veículo e sua carga cheguem a lugar que ofereça a segurança e o atendimento demandados.

§ 3º O condutor é obrigado a, dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, observar um intervalo de, no mínimo, 11 (onze) horas de descanso, podendo ser fracionado em 9 (nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia.

§ 4º Entende-se como tempo de direção ou de condução de veículo apenas o período em que o condutor estiver efetivamente ao volante de um veículo em curso entre a origem e o seu destino, respeitado o disposto no § 1º, sendo-lhe facultado descansar no interior do próprio veículo, desde que este seja dotado de locais apropriados para a natureza e a duração do descanso exigido.

§ 5º O condutor somente iniciará viagem com duração maior que 1 (um) dia, isto é, 24 (vinte e quatro) horas, após o cumprimento integral do intervalo de descanso previsto no § 3º.

§ 6º Entende-se como início de viagem, para os fins do disposto no § 5º, a partida do condutor logo após o carregamento do veículo,

considerando-se como continuação da viagem as partidas nos dias subsequentes até o destino.” (BRASIL, 2012)

Pela lei, todos os motoristas profissionais destinatários da norma, empregados ou não, fazem jus ao limite de jornada, ao descanso semanal e aos intervalos intra e entrejornadas, pois traduzem vantagens elementares que não só consagram direitos, mas, também, melhoram a segurança nas estradas do Brasil.

Conforme o exposto, a responsabilidade pelo respeito à regra protetiva é do principal destinatário da proteção, que é o motorista profissional não empregado, nos termos da regra do art. 67-C do Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 67-C. O motorista profissional na condição de condutor é responsável por controlar o tempo de condução estipulado no art. 67-A, com vistas na sua estrita observância.

Parágrafo único. O condutor do veículo responderá pela não observância dos períodos de descanso estabelecidos no art. 67-A, ficando sujeito às penalidades daí decorrentes, previstas neste Código.” (BRASIL, 2012)

Tal responsabilidade primeira não isenta o contratante dos serviços de obrigações para a concretização do direito, nos termos das regras contidas no § 7º do art. 67-A do Código de Trânsito Brasileiro e do art. 9º da Lei nº 12.619/2012:

“Art. 67-A. É vedado ao motorista profissional, no exercício de sua profissão e na condução de veículo mencionado no inciso II do art. 105 deste Código⁸, dirigir por mais de 4 (quatro) horas ininterruptas.

(...)

§ 7º Nenhum transportador de cargas ou de passageiros, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas permitirá ou ordenará a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo referido no *caput* sem a observância do disposto no § 5º.”

“Art. 9º As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os

8 Veículos de transporte e de condução escolar, os de transporte de passageiros com mais de dez lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas.

DOCTRINA

motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.” (BRASIL, 2012)

Ora, se a Lei nº 12.619/2012 traz mais segurança para o trabalhador, se valoriza o seu trabalho e protege o seu descanso, se impõe condições para o respeito à sua inserção profissional no sistema capitalista, então uma conclusão se impõe: trata-se de regra indisponível, que respeita os princípios constitucionais básicos do cidadão trabalhador (arts. 1º, III e IV, 3º, III, e 6º) e que deve ser compreendida como norma de extensão de direitos mínimos àqueles que, mesmo não sendo empregados, demandam tutela específica, ainda que fixada através de regra punitiva (CTB).

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto é possível compreender um novo direcionamento do Estado brasileiro, no sentido da consagração de direitos mínimos a trabalhadores não empregados em situações específicas de prestação laborativa, com destaque, aqui, para cooperados, estagiários, “chapas” e motoristas profissionais.

Importante também perceber o abandono da postura neoliberal característica dos anos 1990, momento em que o Poder Executivo implementou alterações legislativas em sentido diametralmente oposto, pois as medidas eram sempre para restringir direitos trabalhistas dos empregados.

Que o Brasil continue seguindo o caminho da proteção, pois somente assim concretizará, no plano dos fatos, os princípios constitucionais previstos desde 1988 e que devem ser compreendidos como direitos de todos os cidadãos trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Amauri Cesar. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, junho de 2006.

DOUTRINA

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalhador avulso não portuário – a situação do chapa. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, v. 76, maio de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006.

SINGER, Paul. Vida nova para as cooperativas de trabalho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2012. Opinião.

SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E OS ACIDENTES DE TRABALHO

André Araújo Molina*

1 – INTRODUÇÃO

Contemporânea das civilizações mais remotas, a ideia de responsabilidade nasceu como decorrência do delito, enquanto direito natural que tinha o ofendido de ver reparado o dano causado ao seu direito. Ainda não se falava em responsabilidade civil ou penal, mas apenas na admissão da autotutela como mecanismo de vingança para a retribuição do delito, admitindo-se a prática de outro dano, sendo irrelevante a pesquisa da eventual culpa ou dolo do seu causador, da ilicitude da sua conduta ou da sua imputabilidade. Com o direito romano a retribuição violenta foi substituída pela pena de restituição (Lei das XII Tábuas, 450 a.C.), enquanto intervenção estatal nas relações privadas para o fim de impor uma composição pecuniária entre ofendido e ofensor, contribuindo para a disseminação das penas patrimoniais no seio do direito privado. Foi também com o monopólio estatal para resolução dos conflitos que as penas dividiram-se entre retributivas e punitivas, germe da divisão da responsabilidade em civil e penal.

A partir da *Lex Aquilia de damnum*, de 286 a.C., foi quando passou a interessar para o tema da responsabilidade civil o elemento subjetivo da culpa ou dolo do agente ofensor, enquanto requisito para a imposição do dever de retribuição. Observe-se que a teoria originária de responsabilidade civil nasceu secundada pela ideia de dano e não a de culpa, sendo apenas com o seu aprimoramento que o elemento subjetivo passou a ser relevante. Interessante

* *Doutorando em Filosofia do Direito (PUC-SP); mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP); especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil (UCB-RJ); bacharel em Direito (UFMT); professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA XXIII); juiz do trabalho titular na 23ª Região.*

perceber que a expansão das hipóteses de responsabilidade objetiva em dias atuais importa em um aceno às origens do instituto¹.

A doutrina da culpa como requisito da responsabilidade civil expandiu-se por toda a Europa nos séculos seguintes, mesmo depois da queda do Império Romano, atingindo seu ápice com o Código Civil francês de 1804, em cujo art. 1.382 ficou consagrada a exigência de prova da culpa do agente como requisito para a reparação², influenciando diversos diplomas normativos mundiais, chegando ao nosso Código Civil de 1916, cujo art. 159 era uma homenagem direta ao Código de Napoleão.

A já consagrada teoria aquiliana da responsabilidade civil foi questionada por alguns juristas a partir da revolução industrial, quando a utilização das máquinas e das novas tecnologias ocasionou, principalmente, o aumento significativo dos acidentes com os trabalhadores, sendo faticamente quase impossível fazer prova da culpa do industrial quanto ao incorreto funcionamento das máquinas para poder obter a reparação. Num primeiro sopro de renovação, a jurisprudência estabeleceu algumas presunções de culpa para as atividades perigosas – como na produção industrial e no transporte coletivo –, na sequência vieram as teorias que divisavam as obrigações em de meio e resultado, cisão que deu origem à inversão do ônus da prova da culpa no segundo caso, depois vieram as paulatinas alterações legislativas dispensando a prova da culpa em algumas atividades especiais, instituindo-se legalmente a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, embora a regra geral continuasse sendo a da exigência da nota subjetiva para praticamente a universalidade das relações.

Entre nós, o Código Civil de 1916 consagrou a teoria aquiliana, havendo a necessidade de prova do elemento subjetivo como modelo geral de responsabilidade civil, no entanto, à moda europeia, legislações especiais recolheram algumas relações jurídicas em que a responsabilização passava a ser objetiva, por exemplo, na proteção dos passageiros e proprietários marginais quanto aos danos causados pelo operador das estradas de ferro (Decreto nº 2.681, de 1912), proteção previdenciária nos acidentes de trabalho (Decreto nº 3.724, de 1919), nos danos nucleares (Lei nº 6.453, de 1977), nos danos ambientais

1 Anota Roberto Senise Lisboa que “o reconhecimento da responsabilidade objetiva corrobora a tese segundo a qual o elemento nuclear da responsabilidade é o *dano*, e não a culpa do autor do ilícito, que somente despontou a partir da lei aquiliana” (*Manual de direito civil*, p. 426).

2 “Art. 1.382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.”

(Lei nº 6.938, de 1981) e, também, nos acidentes aeronáuticos (Lei nº 7.565, de 1986), entre outras hipóteses, inclusive previstas no próprio Código de 1916³.

Influenciado pela Constituição de 1988, que colocou a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social na centralidade das suas preocupações, o Código Civil de 2002 substituiu a filosofia liberal-individualista do antigo código pelo solidarismo contratual, assim como as anteriores legislações específicas que previam hipóteses de responsabilidade objetiva foram recepcionadas, constituindo hoje os diversos microssistemas de responsabilidade civil, os quais serão objeto de aprofundamento nos tópicos seguintes.

O paulatino aumento das hipóteses legislativas de responsabilização objetiva demonstra uma mudança de foco, deixando em segundo plano a preocupação com a censura do ofensor, que demandaria prova de sua atuação culposa, para se ocupar principalmente com a reparação do dano causado, marcando os objetivos teleológicos dos dois ramos da ciência jurídica: enquanto para o Direito Civil o objeto é a vítima e o seu ressarcimento, para o Direito Penal é a conduta do agente e a sua reprovabilidade social o objeto central da preocupação legislativa⁴.

No Brasil há opção legislativa em que a preocupação é com a reparação da vítima sem a investigação da reprovabilidade do causador do dano, exatamente o que se dá nos casos de responsabilidade por atos lícitos, por exemplo, quando alguém em legítima defesa pratica um ato jurídico lícito, entretanto, ainda assim, deverá indenizar os prejuízos sofridos pela vítima da lesão (arts. 188, 929 e 930 do Código Civil).

A mudança de perspectiva, com os olhos da responsabilidade civil voltados à reparação do dano injusto sofrido pela vítima, acena para a tendência futura de socialização das responsabilidades e dos riscos, garantindo-se a todo lesado, de forma injusta, a certeza da reparação do dano, normalmente com

3 Responsabilidade do habitante do imóvel por danos resultantes de coisas que dele caísem (art. 1.529) e a responsabilidade do empregador pelo ato do empregado ou preposto (art. 1.521, III, c/c Súmula nº 341 do STF).

4 O correto entendimento das duas matrizes teleológicas do direito penal e civil permitiu, por exemplo, consagrar nas legislações que na fixação das indenizações por danos morais o bem objeto de tutela é o dano causado e a sua compensação e não a punição do agente ofensor, no que se equivoca parte considerável da jurisprudência quando diz que entre as funções das indenizações por danos morais estão a punição e a prevenção, importando inadvertidamente o mecanismo norte-americano dos *punitive damages* para o nosso sistema, sem previsão constitucional ou legal nesse sentido. Para maiores aprofundamentos v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função e valoração. *Revista Forense*, vol. 413, jan./jun. 2011, p. 361-378; e JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral, *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 291-299.

o Estado assumindo os riscos e os redistribuindo para a sociedade por meio de tributos, como de resto já ocorre com os modelos de acidentes de trânsito e previdenciário, a cargo de todos os proprietários de veículos, por meio do seguro obrigatório, e o previdenciário por acidente ou doença, a cargo de toda a sociedade, por intermédio da seguridade social. Em países como a Nova Zelândia e a Suécia o sistema de socialização ampla dos riscos já é realidade, garantindo-se a reparabilidade de qualquer acidente sofrido por um cidadão por meio de um fundo administrado pelo Estado.

De toda a evolução do instituto resumida nas linhas acima, percebe-se que o atual sistema de responsabilidade civil brasileiro está na posição intermediária entre a preocupação de punibilidade do ofensor e a reparabilidade da vítima, pois atualmente há coexistência dos modelos de responsabilização subjetiva e objetiva, com tendência expansionista dessa última, na medida em que cada vez mais o legislador aumenta as hipóteses de responsabilidade objetiva, subtraindo-as da regra geral aquiliana.

2 – SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo do ordenamento jurídico pátrio, incluindo enquanto tal também os tratados internacionais ratificados e internalizados, revela dois grandes sistemas de responsabilidade civil: o subjetivo e o objetivo⁵, havendo algumas espécies dentro dos grandes conjuntos, formando-se diversos microssistemas, mas nem todos eles incidem nas relações jurídicas acidentárias, de modo que faremos um corte epistemológico para analisarmos apenas os microssistemas de responsabilidade civil com aplicabilidade nos acidentes de trabalho, por corolário, omitindo uma plêiade de legislações em que a responsabilidade objetiva é válida e vigente, porém incidentes em outras relações jurídicas que não as de trabalho⁶.

5 Não se podem confundir as duas modalidades de responsabilidade civil, pertencentes ao tronco do direito material, com o mecanismo de inversão do ônus da prova, pertencente ao direito processual, o qual pode ser aplicado ao direito processual do trabalho por integração supletiva pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa premissa decorre que poderá haver hipótese de responsabilidade subjetiva em que o magistrado inverte o ônus da prova antes da instrução processual, também como há responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova. No caso da teoria objetiva, em que o empregado deve provar apenas dano enexo, ainda assim poderá haver inversão do ônus da prova com a imputação ao empregador de provar a inexistência desses dois requisitos, evidentemente se os requisitos do CDC que autorizam a inversão estejam atendidos e o juiz adote-a antes da instrução processual, informando as partes do ônus que cada uma possuirá, de modo a não violar o devido processo legal e o direito de ampla defesa.

6 Por exemplo, no Direito do Consumidor, no qual o fornecedor responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores (CDC, art. 12), cujo microssistema consumerista não tem incidência nas relações de acidente, pois os empregados não se enquadram no conceito de consumidores, destinatários

A Constituição Federal de 1988 não elegeu expressamente nenhum dos dois grandes sistemas enquanto regra geral de responsabilidade, mas pontuou situações excepcionais em que a teoria adotada foi a objetiva, como nos danos nucleares (art. 21, XXIII, *d*), nos causados pelo Estado e seus serviços permitidos ou concedidos (art. 37, § 6º) e quanto aos danos ambientais (art. 225, § 3º), técnica legislativa que acena para a adoção implícita da regra geral da responsabilidade civil subjetiva, na medida em que se a teoria geral adotada fosse a objetiva não haveria necessidade de apontar relações específicas expressas em que essa teoria incidiria. A interpretação cuidadosa da Carta atual revela que o poder constituinte consagrou a técnica legislativa anterior, qual seja a de a lei civil adotar a teoria subjetiva como regra, mas a legislação especial, inclusive de hierarquia constitucional, indicar as relações particulares em que passaria a incidir a teoria objetiva, retirando essas relações específicas da hipótese geral.

Coerente com a opção constituinte, o Código Civil de 2002, por intermédio dos arts. 186 e 927, *caput*, reafirmou a teoria subjetiva como regra geral, exigindo-se prova de dolo ou culpa do agente – por imperícia, imprudência ou negligência – para se estabelecer a relação jurídica indenizatória. Porém, a grande inovação foi que ao lado dos casos em que leis específicas prevejam a responsabilidade objetiva, a nova lei civil criou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, sem a indicação das atividades específicas em que os riscos potenciais serão verificados. A técnica legislativa é bastante elogiada, pois permite que novas situações de risco sejam recolhidas pela teoria objetiva, conforme o assombroso avanço da tecnologia, sem que para isso haja necessidade de aprovação de nova legislação específica. A um só golpe, o legislador civil mantém a teoria subjetiva como regra geral, como também permite que o Código permaneça sempre atualizado, em tempo de alterações sociais significativas.

A técnica legislativa eleita pelo codificador civil de 2002 não foi a de agrupar todos os dispositivos que tratam de responsabilidade civil no mesmo título ou capítulo, mas o de positivar em dispositivos dispersos pelo Código Civil as variadas hipóteses e requisitos de responsabilidade, por exemplo, nos arts. 12, 20, 43, 186, 187, 206, § 3º, 398, 406, 1.278, 1.296, 1.311 e 1.385, além do Título IX do Livro I da parte especial, o que reclama do estudioso da responsabilidade civil uma visão não só panorâmica do Código como um todo,

da proteção objetiva. Significa dizer que um acidente na empresa que afete clientes e empregados poderá ensejar duas modalidades de responsabilização, uma objetiva, quanto aos clientes (consumidores), e outra subjetiva, em relação aos empregados, ressalvado o caso de a atividade ser considerada de risco acentuado, quando os empregados também ficariam submetidos à teoria objetiva, mas, desta feita, com fundamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil e não no art. 12 do CDC.

mas também uma visão holística da Constituição, dos Tratados Internacionais e da legislação federal extravagante.

Atualmente convivem harmonicamente os dois sistemas de responsabilidade civil, sem prevalência ou preferência de um sobre o outro; são as situações fáticas que serão, indistintamente, enquadradas em um ou outro sistema, conforme os requisitos específicos estejam atendidos. E é esse o grande desafio do jurista trabalhista, na nova fase após a pacificação do cabimento da teoria objetiva quanto aos acidentes. Se antes o jurista especializado manipulava apenas o sistema subjetivo, com uniformidade de requisitos para todas as situações de acidente, desde a Constituição de 1988, com o reforço do Código Civil de 2002, o intérprete especializado deverá transitar por todos os dois sistemas, identificando as várias espécies em cada um deles, para somente após realizar o enquadramento adequado do caso concreto. O principal equívoco que ainda é cometido no ramo especializado é o sincretismo inadequado de invocar requisitos de um dos microssistemas para imputação de responsabilidade em outro, por exemplo, na hipótese mais comum de importação dos requisitos da lei previdenciária (pertencente ao sistema objetivo) para a imputação de responsabilidade em acidentes que não foram verificados em atividades de risco acentuado, muito menos nas modalidades da legislação particular⁷.

Antes do atual Código Civil, o professor Fernando Noronha já havia percebido que o conjunto da legislação brasileira consagrou várias das doutrinas mundiais quanto à responsabilidade civil, cujas hipóteses oscilavam desde a responsabilidade restrita à conduta dolosa ou gravemente culposa, até a designada por ele de responsabilidade objetiva agravada, na qual haverá obrigação de indenizar não só independentemente de culpa, mas também de nexo de causalidade.

Para o autor referenciado, a responsabilidade objetiva agravada insere-se no final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito *culpa* nem sempre é imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar: o exercício de algumas atividades, suscetíveis de causar lesões, implicava o ônus de suportar os danos que eventualmente fossem causados a outrem, isso em contrapartida aos benefícios que as atividades proporcionavam aos seus agentes; foi por isso que se desenvolveu a teoria da responsabilidade objetiva. Na sequência, entramos num segundo momento, no qual se verifica haver hipóteses em que se prescinde também do *nexo de causa-*

7 Para o entendimento acerca do equívoco da invocação de requisitos previdenciários para a imputação de responsabilidade civil aos empregadores v. MOLINA, André Araújo. O nexo causal nos acidentes de trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIV, n. 283, janeiro de 2013, p. 60-82.

lidade, para se exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade lesiva. Na agravada, que diz respeito unicamente a certas e determinadas atividades excepcionalíssimas, vai-se mais longe e o agente deve reparar os danos simplesmente acontecidos durante a atividade que desenvolve, embora se exija que os danos estejam ligados a essa atividade e que possam ser considerados riscos próprios, típicos dela (relação de conexidade)⁸.

Tomamos de empréstimo a classificação do professor referido para dividir a responsabilidade civil em dois grandes sistemas, subjetivo e objetivo, conforme a lei dispense o elemento da culpa do agente para estabelecimento da relação indenizatória. Na primeira espécie há três microssistemas: da responsabilidade civil subjetiva comum, da restrita a dolo ou culpa grave⁹ e a com presunção relativa de culpa. Do segundo grupo fazem parte a responsabilidade objetiva normal e a agravada¹⁰. É a legislação que indicará, expressamente, quais são as relações sujeitas às quatro últimas espécies, de modo que não havendo indicação legislativa, estaremos diante da subjetiva comum.

Segue que a responsabilidade civil subjetiva é residual, ou seja, primeiro o intérprete deve analisar se a situação fática se enquadra em algumas das situações que a lei especial previu como de responsabilidade objetiva, comum ou agravada; se não, depois avançar para verificar se ela se enquadra na cláusula geral pelo risco da atividade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil; havendo nova negativa, avançar para verificar se há alguma presunção legal de culpa ou a exigência de dolo ou culpa grave; apenas havendo negativa quanto às três primeiras tentativas de enquadramento é que se concluirá que no caso o sistema de responsabilidade civil incidente é o subjetivo comum ou clássico, com os requisitos do dano, nexa causal, ato ilícito e culpa. Por outro lado, poderá ocorrer de a relação fática em estudo enquadrar-se no descritor de dois microssistemas diferentes, quando a aparente antinomia será resolvida em

8 Noronha, *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, p. 37-38.

9 Exemplos da espécie de responsabilidade subjetiva restrita a dolo ou culpa grave estão a denúncia infundada de crime que ocasione a prisão da vítima, indenizável apenas se a denúncia for falsa e de má-fé (ou seja, dolosa), conforme o art. 954, parágrafo único, II, do Código Civil e no transporte aéreo quando, em regra, a responsabilidade é limitada, contudo os limites não se aplicarão se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos (art. 248 do Código de Aeronáutica – Lei nº 7.565, de 1986).

10 O professor Fernando Noronha classifica as hipóteses de responsabilidade civil objetiva em dois grandes grupos: objetiva normal e objetiva agravada. As do primeiro grupo, a despeito de dispensar a prova da culpa, exigem prova do nexa causal e, por isso, admitem a comprovação pelo agente das quatro excludentes de nexa causal (caso fortuito, força maior, fato de terceiro e fato da vítima), sendo que na modalidade agravada a legislação resolveu afastar a possibilidade de prova de alguma das quatro excludentes de nexa causal, chegando ao extremo de tornar irrelevante quaisquer delas em casos excepcionais, quando haverá imputação de responsabilidade sem a necessidade de nexa causal, naquilo que os autores apontam como opção pela teoria do risco integral (*Responsabilidade civil, passim*).

favor da norma mais favorável ao trabalhador; seria a hipótese de um acidente por vazamento de gás ocorrer com um empregado público, hipótese fática que reclama a incidência tanto do microsistema de responsabilidade objetiva do Estado quanto do por acidentes ambientais, preferindo o interprete àquela mais favorável, conjuntamente analisado (teoria do conglobamento).

3 – REQUISITOS GERAIS DO MACROSSISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A meditação acerca dos vários textos legais que preveem a responsabilidade civil sem culpa, no que se convencionou chamar de responsabilidade civil objetiva, nos mostra que essa última modalidade trata-se, na verdade, de um grande gênero, dentro do qual se inserem diversas espécies de responsabilidade civil sem culpa, conforme cada um dos microsistemas e da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. A inclusão das espécies no mesmo conjunto, que se dá pelo traço comum da desnecessidade de comprovação da culpa do ofensor, não autoriza a enunciação de que os seus outros requisitos sejam os mesmos, muitos menos o são as hipóteses de excludentes. Dito em termos pragmáticos, o reconhecimento de que a relação jurídica acidentária insere-se na teoria objetiva não esgota a questão, sendo o mais importante definir qual das várias modalidades de responsabilidade civil objetiva ela se enquadra: se nos microsistemas das leis especiais ou na cláusula geral pelo risco da atividade; se se trata de responsabilidade objetiva normal ou objetiva agravada.

Os requisitos gerais do sistema de responsabilidade objetiva são dano e nexa causal, dispensando prova de culpa e do ato ilícito¹¹. Quanto à dispensa de prova do requisito do ato ilícito, significa dizer que não se investiga se houve violação objetiva de uma norma jurídica pela conduta do agente, bastando confirmar o resultado lesivo da atividade de risco para gerar antijuridicidade, conhecida como “ilícito pelo resultado”. Em outras palavras, quando um agente cria uma situação de risco potencial aos direitos de outrem, assume a responsabilidade pelos resultados que essa atividade venha causar, independente de qualquer conduta ilícita sua, omissiva ou comissiva. Aquele que, por exemplo, recebe autorização para exercer atividade nuclear, em razão dos potenciais riscos que ela proporciona, é obrigado a reparar os danos causados

11 “Confrontando as duas espécies de responsabilidade, subjetiva e objetiva, pode-se dizer, em rápida síntese, que verificado um fato danoso para uma pessoa ou para seu patrimônio, no domínio da responsabilidade subjetiva é preciso averiguar se o seu autor agiu com culpa ou dolo, porque só nestes casos ele estará obrigado a reparar o dano; no domínio da responsabilidade objetiva, prescinde-se de indagações sobre a culpa do agente, bastando que haja nexa causal entre o fato e o dano, para que ele seja forçado à reparação.” (Noronha, *Responsabilidade civil*, p. 16)

independentemente se agiu diligentemente, tomando todas as medidas legais para evitar o acidente nuclear; basta ao lesado pelo acidente nuclear comprovar, então, dano e nexo causal.

Roberto Senise Lisboa também é da posição de que apenas dano e nexo causal são elementos da responsabilidade objetiva, sendo irrelevantes a culpa e o ato ilícito, isso porque “a reparação do dano causado à vítima ou aos seus bens advém da atividade em si, e não de sua licitude ou ilicitude. Torna-se desnecessária a discussão sobre a ilicitude da atividade perigosa, já que a responsabilidade objetiva se dá mesmo quando a atividade é lícita. O que se cogita é o *resultado* provocado em razão do exercício da atividade do agente”¹².

Fernando Noronha adverte com acerto que a responsabilidade civil objetiva é independente de culpa e ato ilícito, mas não dispensa os outros dois requisitos e, em especial, exige que haja um nexo de causalidade adequado entre a atividade do agente e o dano. Decorre que cessa o liame de responsabilidade civil, rompendo com o nexo causal, quando provado que o dano é devido a fato que, em relação ao agente, seja externo, imprevisível e irresistível, isto é, quando o agente comprovar que o dano se deve a caso fortuito externo, força maior, fato de terceiro ou fato da vítima, nas hipóteses em que a responsabilidade é classificada como objetiva comum, ressalvando que nas excepcionais hipóteses de responsabilidade objetiva agravada cada microsistema é que vai impedir a possibilidade de o causador do dano demonstrar uma ou algumas das quatro excludentes de nexo. No limite, quando o microsistema recolher a teoria do risco integral, não socorrerá ao ofensor comprovar nenhuma das quatro excludentes de nexo, quando haverá dever de indenizar pela mera existência de dano¹³.

Haverá responsabilidade civil objetiva por risco integral quando estabelecida em contrato¹⁴, ou quando a legislação vedar a possibilidade de o ofensor demonstrar as quatro hipóteses de excludentes de nexo causal. As duas situações previstas na lei que impõe responsabilidade civil pelo risco integral são na proteção previdenciária, quando mesmo havendo força maior, caso fortuito, fato de terceiro e fato da vítima, remanesce o dever de indenizar pelo INSS (Lei nº 8.213, de 1991), e nos casos de seguro obrigatório de veículos automotores,

12 Lisboa, *Manual de direito civil*, p. 539.

13 Noronha, *Responsabilidade civil*, p. 33-34.

14 O art. 393 do Código Civil estabelece que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, mas admite que expressamente seja responsável, inclusive nesses casos, quando houver contratado. Nessa última hipótese estar-se-á diante de obrigação de garantia, ocasião em que o agente responde pelos danos, independente de culpa e nexo causal, não podendo sequer invocar nenhuma excludente de responsabilidade.

o seguro DPVAT (Leis ns. 6.194, de 1974, e 8.441, de 1992). Observe-se que nenhuma das duas legislações, previdenciária e de seguro obrigatório, têm incidência nas relações de acidente de trabalho. Disso segue que, conceitualmente, há no direito atual duas hipóteses de responsabilidade por risco integral, entretanto, nenhuma delas incidentes nas relações de trabalho. Também decorre da premissa que não há no tema de acidentes de trabalho uma única espécie de responsabilidade objetiva em que não possa o empregador comprovar pelo menos uma das quatro modalidades de excludentes denexo causal, quando não todas as quatro.

Algumas palavras ainda são necessárias quanto às excludentes de nexode causalidade. O Código Civil atual recolheu as hipóteses de caso fortuito e força maior, diferenciando-as, daí porque os civilistas deram início à incessante estudo a respeito do tema¹⁵. A posição decantada é a que na responsabilidade civil subjetiva, basta a comprovação de que não houve culpa do alegado ofensor para romper o dever de indenizar; não precisa comprovar nos autos qual a razão de sua isenção de culpa, se relacionada a fato humano ou a fato da natureza, daí segue que a ausência de culpa, o caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade. Já na responsabilidade civil objetiva é irrelevante a prova de ausência de culpa do agente ofensor, pois ainda assim remanesce o dever de indenizar. Também não o exonera o chamado caso fortuito interno, inerente aos riscos da atividade. Em último nível, apenas o caso fortuito externo e a força maior rompem com a relação obrigacional, na medida em que ambos são inevitáveis e irresistíveis. O mestre Agostinho Alvim resume os dois níveis de excludentes ao asseverar que se “a responsabilidade fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerar o devedor”, porém, “se a responsabilidade de devedor fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou, como dizem alguns, caso fortuito externo”. E arremata com precisão: “A força maior, portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa ou à empresa por nenhum laço de conexidade. Enquanto o caso fortuito, propriamente, traduz a hipótese em que existe aquele nexo”¹⁶.

Exemplo típico para explicar essa gradação é a do acidente de transporte. O microsistema especial é da modalidade objetiva agravada, isto é, apenas a força maior e o fato da vítima são excludentes de nexo causal. Disso resulta que não socorre ao transportador comprovar que não teve culpa no acidente, como

15 No particular, conferir o trabalho do professor Carlos Alberto Dabus Maluf: Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jônes Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*. Questões controvertidas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

16 Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 315-316, *passim*.

também não basta provar que houve um fortuito interno, como um estouro do pneu ou a quebra da barra de direção do veículo, na medida em que continuará havendo uma relação de conexão entre o dano e a sua atividade. Apenas o evento externo, inevitável e irresistível o exonerará, configurando-se força maior, como no caso de uma tempestade inesperada ou a ação de um assaltante que atira de fora do ônibus, ferindo um passageiro. O principal evento que gerou discussões na jurisprudência foi justamente o assalto ou roubo, tendo o entendimento se pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ao classificá-lo como força maior, ou seja, externo e irresistível, e não como risco conexo à atividade empresarial (caso fortuito interno)¹⁷.

Com acerto observou Erik Frederico Gramstrup que há tendência em confundir responsabilidade sem culpa com responsabilidade por risco integral, as quais são absolutamente diferentes. Afirma ele que não se pode extrair da desnecessidade de provar culpa que não haja outros requisitos, notadamente a possibilidade de prova das excludentes de responsabilidade, no que chamou de “salto heroico” o que é praticado por grande parte dos autores ao derivar da objetivação da responsabilidade a integralidade do risco¹⁸. O “salto heroico” é também observado, com frequência, na jurisprudência trabalhista, quando se reconhece que a atividade da empresa é de risco e a responsabilidade civil é objetiva, já avançando para a condenação direta pelos danos sofridos pelos empregados, sem investigar a presença do nexo de causalidade (ou quais das excludentes de nexo causal estão demonstradas). É deveras comum os julgados especializados não admitir o fato de terceiro como uma excludente de nexo, justamente por confundir responsabilidade civil objetiva com responsabilidade civil por risco integral.

A teoria geral da responsabilidade civil considera o grau de culpa das partes da relação jurídica como relevantes para o fim de fixação do valor da

17 “Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto à mão armada. Força maior. Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo. Precedentes” (STJ, REsp 435.865/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12.05.03); “Provado o roubo da mercadoria, sob ameaça de arma, fica evidente, na linha dos precedentes, que há força maior a excluir a responsabilidade do transportador” (STJ, REsp 110.099/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.12.97); e “(...) parte da jurisprudência defende que a frequência e notoriedade desses eventos tiram-lhe o caráter de força maior capaz de exonerar o transportador de sua responsabilidade, cabendo-lhe tomar providências para evitá-los. Restou, no entanto, que não deve prevalecer tal entendimento. O que define tais ocorrências não é a imprevisibilidade, mas, ao contrário, sua inevitabilidade, não devendo ser atribuído poder de polícia a tais empresas, em substituição ao Estado a quem cabe zelar pela segurança pública” (STJ, REsp 164.155/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 03.05.99). No mesmo sentido, é a doutrina de Carlos Alberto Dabus Maluf, *Do Caso Fortuito e da Força Maior* (p. 56).

18 Gramstrup, *Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada*, p. 139.

indenização; se houve dolo ou a culpa do ofensor foi grave, leve ou levíssima, a lei possibilita a redução equitativa do valor da indenização (CC, art. 944); se também houve culpa do ofendido no evento, a lei possibilita a redução proporcional no valor da indenização (CC, art. 945).

No macrossistema de responsabilidade civil objetiva, que tem o traço comum de que em todas as espécies se dispensa a investigação do elemento culpa do causador do dano, é inaplicável a disposição do art. 944, parágrafo único, do Código Civil¹⁹. De outro lado, quanto à participação do ofendido, ela será relevante juridicamente, tanto quando é só dele a culpa pelo evento, hipótese em que haverá rompimento do nexo causal (fato da vítima, impropriamente chamada de culpa exclusiva da vítima), assim como quando a vítima contribuir em parte para o dano, ocasião em que a indenização será reduzida, cuja inovação na lei brasileira espelhou-se na moderna legislação portuguesa sobre acidentes de trabalho²⁰.

Observamos nesse tópico que os diversos microssistemas do grande gênero objetivo irão prever especificidades, como a possibilidade de demonstração das excludentes de nexo de causalidade, nas modalidades de responsabilidade objetiva normal, ou a vedação legal expressa de se invocar uma delas, na modalidade objetiva agravada, assim como, em hipóteses alheias aos acidentes de trabalho, há na legislação nacional duas adoções legislativas da teoria do risco integral, quando o ofensor não pode alegar nenhuma das excludentes.

Coerente com o reconhecimento da vigência de dezenas de microssistemas de responsabilidade civil é que se faz impositiva a aceitação de que em cada um deles há eleição legislativa de um prazo de prescrição para o exercício da pretensão. A prescrição tem natureza jurídica material e, por isso, são nos regramentos materiais onde os juristas irão encontrar os respectivos prazos

19 O Enunciado nº 46 da I Jornada de direito civil diz que: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”, cuja posição é compartilhada por Regina Beatriz Tavares da Silva: “O parágrafo único deste artigo adota a teoria da gradação da culpa, a influenciar o *quantum* indenizatório, mas somente possibilita sua diminuição diante de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Esse parágrafo é inaplicável nas hipóteses de responsabilidade objetiva em que não há apuração da culpa e, portanto, descabe a diminuição da indenização consoante o critério aqui estabelecido” (*Da responsabilidade civil*, p. 855).

20 Em comentários ao Código do Trabalho português de 2009 e a Lei de Acidentes de Trabalho de 1997 a professora Maria do Rosário de Palma Ramalho anota que “sendo a responsabilidade por acidente de trabalho uma responsabilidade objectiva pelo risco, a lei não deixa de valorizar o elemento subjectivo da culpa para efeitos de conformação concreta da reparação devida pelo facto acidentário. Assim, a culpa do trabalhador ou de terceiro no acidente pode constituir causa de exclusão ou de redução da responsabilidade do empregador” (*Direito do trabalho*, p. 833).

prescricionais. Reafirmamos, com isso, que os prazos prescricionais para pretensão de responsabilidade decorrente de acidente de trabalho são diversos e especiais, não se confundindo com o prazo trabalhista genérico previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição, aplicável apenas às verbas de natureza jurídica trabalhista em sentido estrito e não de natureza jurídica civil²¹.

4 – MICROSSISTEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

4.1 – *Acidente nuclear*

A Convenção de Viena, de 21 de maio de 1963, cuidou da responsabilidade por danos nucleares, fixando a diretriz de que a responsabilidade do operador nuclear independe de prova da culpa, normativa internacional que influenciou a aprovação de uma das primeiras legislações especiais brasileiras que reconheceu a responsabilidade civil objetiva para determinada atividade de risco (Lei nº 6.453, de 1977), dizendo em seu art. 4º que: “Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear”. Ocorre que a citada lei excluiu a sua incidência dos acidentes de trabalho ao estatuir que: “As indenizações pelos danos causados aos que trabalham com material nuclear ou em instalação nuclear serão reguladas pela legislação especial sobre acidentes do trabalho” (art. 17). Enfim, após o ano de 1977, todas as possíveis vítimas de danos nucleares gozavam da proteção da responsabilidade civil objetiva, facilitadora para obtenção da reparação, a exceção dos empregados dos operadores nucleares, pois não havia uma legislação de responsabilidade civil especial para os empregados e nem fora aprovada nos anos que se seguiram, estando, com efeito, submetidos às regras da responsabilidade aquiliana do vigente Código Civil de 1916.

A Constituição Federal de 1988 reafirmou no art. 21, XXIII, que os danos ocasionados por atividade nuclear sujeitam objetivamente os seus responsáveis, no que ela recepcionou a regulamentação da Lei nº 6.453, de 1977, em essência. A questão passa a se concluir se a regra de exceção do art. 17 também for recepcionada, na medida em que a regra constitucional não estabeleceu restrição à aplicação da responsabilidade civil objetiva aos acidentes nucleares com os trabalhadores. A maioria dos juristas concluiu que alguns artigos da Lei nº 6.453, de 1977, principalmente aqueles que estabeleciam restrições – como

21 Para aprofundamento v. MOLINA, André Araújo. A prescrição das ações de responsabilidade civil na justiça do trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XVIII, n. 217, julho de 2007, p. 79-110.

a limitativa do valor das indenizações, a excludente da proteção aos empregados – não teriam sido recepcionados, em função do princípio interpretativo de que possuem máxima efetividade as normas constitucionais, devendo o intérprete optar por aquela interpretação que confira maior expansividade aos direitos fundamentais. Também em nosso sentir, desde a Constituição de 1988 a responsabilidade pelos acidentes nucleares causados aos empregados das operadoras é integrante do gênero objetivo.

Para encerrar qualquer resquício de discussão, a Convenção de Viena, de 21 de maio de 1963, passou a ter validade interna com o Decreto Presidencial nº 911, de 1993, de modo que as suas disposições passaram a pertencer ao direito interno com *status* atual de supralegalidade²², em cuja norma internacional não há restrição quanto à aplicação aos empregados das operadoras nucleares, por corolário revogou diretamente o art. 17 da Lei nº 6.453, de 1977, para aqueles que ainda o entendia recepcionado.

A normatização atual sobre os acidentes nucleares é formada pelo art. 21, XXIII, da Constituição de 1988, regulamentado pela Convenção de Viena de 1963 e complementado, residualmente, por algumas das disposições da Lei nº 6.453, de 1977, que passaram pelo duplo filtro da recepção constitucional e da compatibilidade convencional com o tratado internacional²³.

O fato de a responsabilidade civil por acidentes nucleares ser do gênero objetivo apenas remete à conclusão de que a sua caracterização independe de prova da culpa, contudo os seus requisitos específicos, as excludentes e a prescrição estão previstos no microsistema especial.

A vítima deve provar a existência do dano e o nexo causal entre aquele e a atividade nuclear²⁴ para obter a condenação do operador nas indenizações,

22 A posição atual do Supremo Tribunal Federal é que os tratados internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados e internalizados terão hierarquia supralegal ou constitucional, conforme tenham sido aprovados aqui pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, respectivamente. No caso da Convenção de Viena, ela não foi aprovada com quórum qualificado, logo possui *status* supralegal, trazendo como primeira consequência a revogação de toda a legislação infraconstitucional com ela incompatível. Para maiores aprofundamentos quanto ao tema dos tratados internacionais e o Direito do Trabalho v. MOLINA, André Araújo. Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgeton de Souza Franco Filho, *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XXII, n. 253, julho de 2010, p. 17-30.

23 Sobre o duplo controle de constitucionalidade e convencionalidade v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

24 “Lei nº 6.453, de 1977, art. 1º Para os efeitos desta Lei considera-se: (...) VII – ‘dano nuclear’, o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados; VIII – ‘acidente nuclear’, o fato ou sucessão de fatos da mesma origem, que cause dano nuclear;”

além de a legislação imputar à União a responsabilidade subsidiária em caso de o operador nuclear não possuir recursos suficientes.

Entre as excludentes de responsabilidade reconhecidas pelo microsistema está o fato exclusivo da vítima²⁵ e o acidente causado por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza²⁶. O fato de terceiro não exclui o dever de indenizar, pois o art. 6º da Lei nº 6.453, de 1977, reconheceu o fato da vítima como excludente “apenas em relação a ela”, o que significa que o dano nuclear causado por um indivíduo exonera o operador nuclear do dever de indenizar o referido indivíduo, mas não outras vítimas do acidente. Analisando o acidente, tendo em foco a relação jurídica entre o operador e as outras vítimas, o fato causado pelo primeiro indivíduo é fato de terceiro e não exonera o operador nuclear. O operador, além de indenizar as outras vítimas, ainda que o acidente tenha origem em fato de terceiro, somente terá ação regressiva contra o terceiro se provar o dolo desse último e não mera atuação culposa²⁷.

No conceito de acidente nuclear, para efeito de submissão ao microsistema de responsabilidade, não se enquadram as atividades empresárias que submetem seus empregados aos efeitos de radiações ionizantes, como hospitais, clínicas e laboratórios de análises clínicas²⁸, o que não afasta a possibilidade de se enquadrar o acidente nos limites da cláusula geral por atividade de risco do art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil, mas, nesse caso, deverá haver comprovação do risco acentuado, o prazo prescricional será o da lei civil e as excludentes àquelas do Código Civil de 2002.

O prazo prescricional para o exercício da pretensão de responsabilidade civil nos acidentes nucleares é de dez anos, contados da data do acidente nuclear²⁹.

4.2 – *Acidente ambiental*

A Constituição Federal de 1988 enunciou direitos fundamentais de todas as dimensões – direitos de liberdade, igualdade e solidariedade –, entre

25 “Lei nº 6.453, de 1977, art. 6º Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.”

26 “Lei nº 6.453, de 1977, art. 8º O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.”

27 “Convenção de Viena, art. X. O operador só terá direito de regresso: (...) b) quando o acidente nuclear decorrer de ação ou omissão com intento danoso, caso em que se responsabilizará quem agiu ou deixou de agir dolosamente.”

28 “Lei nº 6.453, de 1977, art. 16. Não se aplica a presente Lei às hipóteses de dano causado por emissão de radiação ionizante quando o fato não constituir acidente nuclear.”

29 Convenção de Viena, art. VI, 1, e Lei nº 6.453, de 1977, art. 12.

os quais se encontra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O estudo sistêmico do texto constitucional revela ao intérprete a preocupação do constituinte com o meio ambiente em quatro perspectivas: natural ou físico, artificial, cultural e do trabalho³⁰. A eficácia do princípio geral do meio ambiente equilibrado gerou reflexos especificamente nos limites do Direito do Trabalho com a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho por intermédio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, Art. 7º, XXII) e com a implementação pelo Sistema Único de Saúde da proteção do meio ambiente do trabalho (CF, Art. 220, VIII).

O meio ambiente do trabalho é conceituado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo como o local onde as pessoas desempenham as suas atividades laborais, remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade psicofísica dos trabalhadores, independente da condição jurídica que ostentem, ou seja, o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado pertence a todas as espécies de trabalhadores, empregados, servidores públicos, autônomos, temporários, etc.³¹.

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal garante a repercussão dos danos ambientais em três esferas diferentes, quais sejam administrativa, criminal e civil. Pela perspectiva da reparação civil o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 impõe a reparação dos danos em favor do meio ambiente (direito difuso) e de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, com a particularidade que “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, havendo opção pela responsabilidade civil objetiva, quando o legislador dispensou a demonstração de culpa.

Também da interpretação do art. 225 da Constituição extrai-se os princípios inerentes ao direito ambiental: da prevenção³², da educação, do desen-

30 Arts. 5º, XXIII, 21, XX, 170, VI, 182, 196, 216, 220, VIII, e 225. A vertente natural engloba a terra, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna, a vertente artificial abrange o espaço urbano construído, quer através de edificações, quer por meio de equipamentos públicos, a vertente cultural abarca o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico, e a vertente trabalhista alberga o meio ambiente do trabalho, que prima pela vida, pela dignidade e pela saúde do trabalhador, rechaçando a insalubridade, periculosidade e à desarmonia no ambiente de trabalho.

31 *Curso de direito ambiental brasileiro*, p. 21.

32 Em relação ao princípio da prevenção em tema de direito ambiental do trabalho e a exigência das tutelas processuais mandamentais como mecanismos processuais adequados, consultar: CESÁRIO, João Humberto. *Técnica processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

volvimento sustentável, do poluidor-pagador, da participação e da ubiquidade, aplicáveis ao Direito do Trabalho.

Por sua vez, as normas infraconstitucionais trabalhistas que materializam o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado são as normas internacionais ratificadas e internalizadas³³, que ocupam o *status* de supralegalidade, a CLT (Capítulo V), a Lei nº 7.369/85 (trabalho por contato com energia elétrica), a Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego (com as suas normas regulamentadoras – NRs) e a Portaria nº 3.393/87 (trabalho com radiações ionizantes ou substâncias radioativas). Objetivamente, todos aqueles que estão submetidos ao meio ambiente do trabalho – gerentes, empregados, estagiários, voluntários, autônomos – possuem o direito subjetivo de que as normas dos tratados internacionais, das Leis ns. 6.938/81 e 7.369/85, do Capítulo V da CLT, das NRs da Portaria nº 3.214/78 e da Portaria nº 3.393/87 sejam integralmente atendidas. Se não o forem, havendo ocorrência de danos, estar-se-á diante de acidente ambiental do trabalho, sujeitando-se o poluidor à reparação independente de apuração de ato ilícito ou culpa.

Existe grande cizânia doutrinária acerca da espécie de risco abraçada pelo sistema ambiental brasileiro, pois nem a Constituição, nem a lei regulamentadora fazem a opção de forma expressa. Há aqueles que defendem a modalidade por risco integral, quando nenhuma excludente de nexos causal seria admitida³⁴, assim como outros são da posição que a teoria adotada foi a do risco criado, quando se admite as excludentes clássicas de nexos causal³⁵. Annelise Monteiro Steigleder, com apoio em extensa pesquisa de direito com-

33 Convenção nº 115 da OIT sobre a proteção dos trabalhadores contra radiações ionizantes (Decreto nº 61.151/68), Convenção nº 136 da OIT sobre a proteção contra os riscos de intoxicação provocados por benzeno (Decreto nº 1.253/94), Convenção nº 139 da OIT sobre a prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias ou agentes cancerígenos (Decreto nº 157/91), Convenção nº 148 da OIT sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho (Decreto nº 93.413/86), Convenção nº 152 da OIT relativa à segurança e higiene nos trabalhos portuários (Decreto nº 99.534/90), Convenção nº 155 da OIT sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho (Decreto nº 1.254/94), Convenção nº 162 da OIT sobre a utilização do asbesto com segurança (Decreto nº 126/91), Convenção nº 164 da OIT sobre a proteção da saúde e a assistência médica aos trabalhadores marítimos (Decreto nº 2.671/98), Convenção nº 167 da OIT sobre a segurança e saúde na construção (Decreto nº 6.271/07), Convenção nº 170 da OIT relativa à segurança na utilização de produtos químicos no trabalho (Decreto nº 2.657/98), Convenção nº 174 da OIT sobre a prevenção de acidentes industriais maiores (Decreto nº 4.085/02) e a Convenção nº 176 da OIT sobre segurança e saúde nas minas (Decreto nº 6.270/07).

34 Desses grupos fazem parte Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, p. 164), Édis Milaré (*A tutela jurídico-civil do ambiente*, p. 33), Nelson Nery Jr. (*Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*, p. 38), Antonio Herman Benjamin (*Responsabilidade civil pelo dano ambiental*) e José Afonso da Silva (*Direito ambiental constitucional*, p. 322).

35 Entre outros estão: Toshio Mukai (*Direito ambiental sistematizado*, p. 61) e Andreas Joachim Krell (*Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do risco integral*, p. 14-15).

parado, defende a posição intermediária de que apenas a força maior e o fato de terceiro seriam causas excludentes, pois consistem em fatores externos, desvinculados ao empreendimento, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos à atividade ou estabelecimento³⁶. Essa também é a nossa posição, pois a teoria do risco integral é excepcionalíssima em nosso sistema de responsabilidade objetiva, de modo que quando o legislador quis adotá-la o fez expressamente (como no direito previdenciário e no seguro obrigatório para proprietários de veículos), também pela razão de que a força maior e o fato de terceiro, quando imprevisíveis, irresistíveis e exteriores, não podem ser incluídos dentro da malha de responsabilidade do agente ambiental, por absoluta falta de conexão entre a atividade e o dano³⁷.

Coerente com os pilares do macrossistema de responsabilidade objetiva, em que não se investiga culpa ou ato ilícito do causador do dano, relembra José Afonso da Silva que não libera o poluidor nem mesmo a prova de que a atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo, já que as autorizações e licenças são concedidas com a inerente ressalva dos direitos de terceiros prejudicados. Mesmo que o poluidor exerça a atividade dentro dos padrões fixados pelas licenças administrativas, isso não o exonera de verificar se sua atividade é prejudicial, se está ou não causando dano, quando é responsável objetivamente³⁸.

Quando o dano ambiental for ocasionado por mais de um agente serão todos eles solidariamente responsáveis pela reparação, na medida em que o art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 considera como poluidores as pessoas físicas ou jurídicas que atuem, tanto direta como indiretamente, para causar a degradação ambiental, solidariedade que atualmente foi reforçada pelo art. 942 do Código Civil³⁹.

Em relação à figura do Estado haverá sua responsabilidade em três diversas situações. Quando a pessoa jurídica de direito público causar diretamente

36 *Responsabilidade civil ambiental*, p. 182.

37 José Rubens Morato Leite aprofunda o tema ao asseverar que “o motivo de força maior, para sua caracterização, requer a ocorrência de três fatores: imprevisibilidade, irresistibilidade e exterioridade. Se o dano foi causado somente por força da natureza, como um abalo sísmico, sem a ocorrência do agente poluidor, dita força maior, nestas condições, faz excluir o nexo causal entre o prejuízo e ação ou omissão da pessoa a quem se atribui a responsabilidade pelo prejuízo. Porém, se, de alguma forma, o agente concorreu para o dano, não poderá excluir-se da responsabilidade, prevalecendo a regra segundo a qual a imprevisibilidade relativa não exclui a responsabilidade do agente” (*Dano ambiental*, p. 208-209).

38 *Direito ambiental constitucional*, p. 323.

39 Essa é a posição do Superior Tribunal de Justiça, valendo-se consultar os recentes julgados da 2ª Turma, REsp 1.056.540-GO, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 14.09.09 e o REsp 647.493-SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22.10.07.

um dano de natureza ambiental, será objetiva e diretamente responsável (CF, art. 37, § 6º). Já na ocasião em que os danos forem causados diretamente pelas empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, responderá o Estado de forma solidária, pois ele é considerado o responsável indireto da poluição ambiental, na forma do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81. Anote-se que embora a Lei nº 8.987, de 1995, vede a imposição de responsabilidade ao Estado nas modalidades de concessões e permissões de serviços públicos, considera os autores e a jurisprudência a lei das concessões uma regra geral, que cede na ocasião para a lei especial dos acidentes ambientais⁴⁰. Pelo mesmo fundamento o Estado é responsável solidário com o autor direto do dano quando se omite na sua função de fiscalização das atividades poluidoras e na concessão sem critério de autorizações administrativas e licenças ambientais⁴¹.

Não há na legislação específica ambiental prazo prescricional para a pretensão reparatória. Houve longo dissenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, sedimentando-se o entendimento de que os danos ambientais podem alcançar o coletivo e o individual. O art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 impõe a reparação dos danos em favor do meio ambiente (direito difuso) e de terceiros (direitos coletivos, individuais homogêneos ou individuais puros, conforme a situação). Na primeira modalidade de danos aos direitos difusos, a pretensão é imprescritível⁴² e, na segunda modalidade, o prazo é de 3 anos, conforme art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Transportando as conclusões acima para as relações de trabalho, afirmamos que quando a vítima do dano ecológico for o trabalhador, incidirá na sua relação jurídica, que o enlaça ao tomador de sua mão de obra, o microsistema por danos ambientais, no qual a responsabilidade civil do poluidor é objetiva, independente de prova de culpa e ato ilícito, podendo haver a comprovação das excludentes denexo causal por força maior e fato de terceiro, desde que

40 Por todos: STJ, 2ª Turma, REsp 28.222-SP, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 15.02.01.

41 Por todos: STJ, 2ª Turma, REsp 604.725-PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 22.08.05.

42 “(...) 4. O dano ambiental, além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações, pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado, seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.120.117-AC, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 19.11.09)

imprevisíveis, irresistíveis e exteriores. Segue que, a depender da situação concreta, o Estado responderá solidariamente pela reparação, devendo integrar a relação jurídica processual⁴³. O prazo de prescrição é de três anos, a teor do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Os exemplos multiplicam-se, conforme haja o enquadramento nas normas de proteção ao meio ambiente do trabalho. Considera-se acidente ambiental do trabalho a doença que acometeu motorista profissional de ônibus em razão de sua submissão às vibrações, por adequação à Convenção nº 148 da OIT, como também é acidente ambiental o causado pela explosão de uma caldeira em frigorífico, por adequação na NR-13, e a morte do operário pela descarga de energia elétrica de alta tensão, por enquadrar-se na Lei nº 7.369/85, incidindo o microsistema de responsabilidade objetiva do empregador nesses casos, ajustando-se à figura do poluidor. Significa dizer que ainda que o empregador tenha tomado todos os cuidados impostos pela legislação, como a entrega de EPI, instalação de dispositivos de segurança, treinamento dos empregados, entre outros, tais fatos não o exime da responsabilização, salvo se comprovar força maior ou fato de terceiro, imprevisíveis, irresistíveis e exteriores, afastando a relação de conexidade entre a atividade e o dano ambiental.

4.2.1 – Acidente ambiental biológico

A Lei nº 11.105, de 2005, regulamentou o art. 225 da Constituição de 1988 para estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados, considerando dentro da incidência legislativa as atividades de construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento, pesquisa, comercialização, consumo, liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, cujos danos causados sujeitam os seus responsáveis, solidariamente e independentemente da existência de culpa, à responsabilização civil objetiva (art. 20), no que a legislação especial apenas reafirmou a objetividade civil da responsabilidade, pois o acidente biológico é uma espécie de dano ambiental.

43 Essa também é a posição do Enunciado nº 38 da 1ª Jornada de Direito do Trabalho promovida pela Anamatra e pelo TST de 2007: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, e 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81”.

Inserem-se no conceito de acidente biológico todos aqueles verificados a partir das atividades com os organismos geneticamente modificados, como nas indústrias farmacêuticas, de herbicidas agrícolas, sementes transgênicas, alimentícias, entre tantas outras, expondo os seus empregados ao risco de acidentes ou doenças.

A doença ocupacional contraída por empregado que manipula organismo geneticamente modificado na atividade de pesquisa para a qual foi contratado, sujeita o empregador na responsabilidade objetiva, devendo o empregado apenas provar dano e nexa causal, ou seja, relação de conexidade entre a doença desenvolvida e o organismo geneticamente modificado manipulado, mesmo que o empregador tenha tomado todas as medidas de proteção, como treinamento, oferecimento de equipamentos de proteção e que possua licença para a atividade. Por se tratar espécie de dano ambiental, socorre o empregador apenas a prova de uma das duas excludentes de nexa causal admitidas: o fato de terceiro e a ocorrência de força maior, externa, irresistível e imprevisível.

4.3 – Acidente de transporte

Já vimos no tópico introdutório que o advento do maquinismo e das diversas formas de transporte é que empolgaram os doutrinadores a desenvolver as teorias de responsabilidade civil, na medida em que essas descobertas da sociedade industrial potencializaram a ocorrência de acidentes, tanto com os trabalhadores como com os usuários dos novos meios de transporte em geral; por exemplo, a primeira legislação brasileira a recolher a teoria subjetiva com presunção de culpa se deu no transporte ferroviário. É por essa razão que houve caudalosa atividade legislativa, nacional e internacional, acerca dos acidentes de transporte, em todas as suas modalidades, invariavelmente adotando a responsabilidade civil objetiva. Com a promulgação da Constituição de 1988 todos esses microssistemas foram recepcionados, com o reforço constitucional quanto à adoção da teoria objetiva, na medida em que o transporte aéreo, aeroespacial, ferroviário, aquaviário, rodoviário interestadual e internacional de passageiros, além do transporte coletivo municipal, são considerados serviços públicos (CF, arts. 21 e 30) e as empresas privadas delegatárias que os executam respondem objetivamente (art. 37, § 6º).

O novo Código Civil unificou a teoria objetiva para todas as modalidades de transporte (art. 734), optando pela espécie objetiva agravada, admitindo apenas a força maior como uma excludente de nexa causal, afastando, expressamente, a alegação de fato de terceiro como possível excludente (art. 735) e também caso fortuito, enquanto eventos imprevisíveis, porém inerentes aos

riscos da atividade (art. 741). Da leitura do art. 738 depreende-se que também o fato exclusivo da vítima é relevante para a fixação da indenização, reduzindo-a equitativamente conforme a vítima houver concorrido para o dano, *a fortiori*, concorrendo sozinha a vítima para a ocorrência do dano, haverá fato exclusivo e o rompimento do nexa causal. Rui Stoco também defende que: “se o dano decorrer de transgressão de normas e instruções por parte da vítima e essa for a única causa eficiente do dano, estaremos diante de hipótese de culpa exclusiva da vítima, circunstância que rompe o nexa causal entre o transportador e o dano e exsurge como causa excludente de responsabilidade”⁴⁴.

Com percuciência observa Fernando Noronha que a empresa de transporte urbano responde pelos danos sofridos por passageiros em consequência de colisão por terceiro (mesmo que por culpa exclusiva deste), como a empresa ferroviária responde pelas lesões sofridas por pingentes que viagem sobre o teto dos vagões⁴⁵.

Ressalvou o Código Civil, por outro lado, a recepção dos microssistemas de responsabilização das empresas permissionárias, concessionárias e autorizadas pelo Estado (art. 731) e as demais legislações especiais, inclusive internacionais (art. 732). Significa dizer que as regras gerais para todas as modalidades de transportes estão previstas no Código Civil, principalmente a responsabilidade civil na espécie objetiva agravada – com admissão de apenas força maior e fato exclusivo da vítima como excludentes de nexa causal –, ficando para os microssistemas especiais a pormenorização dos seus demais efeitos.

A questão passa a ser a seguinte: quem são as pessoas que se inserem na relação jurídica prevista no Código Civil, são apenas os passageiros, ou também empregados do transportador e terceiros? A partir dos textos dos arts. 730 e 736, a nossa interpretação é a de que podem ocupar os polos da relação qualquer pessoa física ou jurídica na qualidade de transportador e qualquer pessoa física ou jurídica na qualidade de contratante, cujo objeto dessa relação é o transporte de um lugar para outro de pessoas ou coisas. A obrigação poderá ser onerosa ou gratuita, havendo retribuição pecuniária pelo transporte ou quando o transportador a faz graciosamente, mas obtendo vantagens indiretas. A lei exclui, expressamente, da sua incidência o transporte gratuito, quando realizado por amizade ou cortesia.

Segue que, em nossa opinião, poderá o microssistema incidir nas relações de trabalho, na medida em que o empregador forneça o transporte para levar seus empregados de um lugar para outro, havendo cobrança de valores ou mesmo

44 *Tratado de responsabilidade civil*, p. 309.

45 Noronha, *Responsabilidade civil*, p. 37.

graciosamente, nesse último amoldar-se-á ao transporte gratuito com ganhos indiretos. São exemplos o transporte itinerário, de casa ao local de trabalho, o transporte de empregado que presta labor fora do estabelecimento empresarial, visitando clientes. Excluiu-se, de outra banda, da incidência normativa as relações em que os empregados são os motoristas dos veículos, pois aqui perde ele a condição de transportado, passando a ser agente de eventual dano. Refinando as situações é de se exemplificar o caso de uma empresa que compra um micro-ônibus e contrata um motorista para transportar seus empregados de casa para o local de trabalho. Havendo acidente com o veículo, causando danos aos passageiros, a relação jurídica entre os transportados e o empregador incidirá nas malhas do microsistema civil por acidente de transporte, ressalvado o motorista, em relação ao qual incidirá outras normas. Na última relação jurídica poderá ser que até outro microsistema de responsabilidade civil objetiva venha a aplicar-se, por exemplo, se comprovar o motorista que a atividade era de risco (cláusula geral codificada), ou mesmo delegação de serviço público (risco administrativo); não havendo a incidência de nenhum outro microsistema de responsabilidade objetiva, recolhê-lo-á na teoria subjetiva.

Excluem-se, também, do microsistema os terceiros que, não sendo transportados, possam sofrer danos com a atividade, como pedestres atropelados, passageiros do outro veículo abalroado, etc.

Acrescentamos em alento à nossa tese que os empregados enquadram-se no conceito de “pessoas transportadas” do art. 734, para fins de submissão ao sistema de responsabilidade. O legislador civil quando quis pormenorizar, fez a expressa referência aos passageiros de forma específica (art. 739), dividindo a espécie do conceito amplo de pessoas transportadas. Também uma leitura da legislação civil à luz da Constituição Federal levaria à mesma conclusão, pois o art. 37, § 6º, protege tanto os empregados, usuários e terceiros de forma objetiva pelos danos causados pelas empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos⁴⁶.

Por essas razões, aplaudimos a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que já é remansosa na aceitação das disposições do Código Civil para regular as relações trabalhistas em que o empregador concede transporte aos empregados, ocupando esses a condição de pessoas transportadas, ainda

46 Não é essa, contudo, a posição de Sergio Cavalieri Filho, para quem a responsabilidade do Código Civil aplica-se apenas em relação aos passageiros, daí que os empregados sujeitam-se à indenização aquiliana de direito comum, havendo culpa ou dolo do empregador, conforme art. 7º, XXVIII, da Constituição (*Programa de responsabilidade civil*, p. 315). Parece-nos que o autor sequer admite a aplicação da teoria objetiva aos empregados, por entender que o elemento dolo ou culpa presente na Constituição é indispensável.

que de forma gratuita, pois, mesmo que não haja cobrança de tarifa, haverá sempre proveito indireto pelo empregador, amoldando-se à previsão do art. 736, parágrafo único, do Código Civil⁴⁷.

Nas oportunidades em que o empregador contrata terceiros para transportar seus empregados, assume ele a responsabilidade objetiva indireta pelos danos que ocorrer aos transportados. A responsabilidade encontra regência no art. 932, III, do Código Civil, na medida em que o terceiro contratado é juridicamente preposto do empregador. E o preposto da lei civil não se confunde com o preposto representante do empregador nas audiências trabalhistas; enquanto esse deve ostentar a condição de empregado, na forma da Súmula nº 377 do TST, o preposto da lei civil não, bastando configurar a relação de direção com o preponente, com subordinação hierárquica ou não, com habitualidade ou não. Para Sílvio de Salvo Venosa, o conceito de empregado é perfeitamente definido, mas não o é o de preposto. Nesse último, inserem-se todas as figuras intermediárias, nas quais surge mitigada a ideia de poder diretivo; o vínculo de subordinação é ténue. “Não é necessário que essa relação tenha caráter oneroso: aquele que dirige veículo a pedido de outrem, ainda que de favor, tipifica a noção de preposto. A responsabilidade surge, como mera explicação, porque se escolheu mal o preposto, culpa *in eligendo*, ou porque não foram dadas a ele as instruções devidas, culpa *in instruendo*, ou porque não houve a devida vigilância sobre a conduta do agente, culpa *in vigilando*”⁴⁸.

Rui Stoco, após revisar extensa doutrina nacional e estrangeira, conclui que o empregador responde objetivamente pelos atos de todos aqueles que desempenham atividades sob suas ordens, com vínculo de emprego, mera prestação de serviços eventuais ou prepostos a quem o tomador de serviços delegou funções que, originalmente, lhe pertencem. Dessa relação surge um

47 “RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TRANSPORTE DE TRABALHADORES. ACIDENTE DE TRÂNSITO. O cerne da controvérsia está em saber se a primeira reclamada poderia ser responsabilizada de forma objetiva pelo acidente de trânsito que vitimou o reclamante durante o trajeto percorrido até o local de trabalho por transporte por ela fornecido e conduzido por preposto seu, não obstante o acidente tenha sido causado por culpa de terceiro. A modalidade de responsabilidade civil a incidir no caso é a objetiva, pois se trata de responsabilidade do transportador, regulada de forma específica no diploma civil, aplicável ao caso de forma subsidiária. Certo que não há falar em transporte desinteressado, ainda que o acidente tenha decorrido de culpa de terceiro, a reclamada é responsável pela indenização pelos danos sofridos no acidente, o que não elide eventual ação regressiva sua contra o terceiro causador do acidente. Incidência do art. 734 do CC e da Súmula nº 187 do STF. Precedentes do STJ e da 3ª Turma do TST. Recurso de revista não conhecido” (TST, 2ª Turma, RR 81300-68.2009.5.08.0115, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 04.11.2011). No mesmo sentido, a seguinte decisão de outra turma do Tribunal: (TST, 8ª Turma, AIRR 806-26.2011.5.15.0028, Red. desig. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 14.09.2012).

48 Venosa, *Direito civil*, p. 69.

vínculo de subordinação, pois o subordinado passa a agir em nome ou por ordem do preponente⁴⁹.

O artigo referido diz que *são também responsáveis* os empregadores pelos atos dos seus prepostos, significando que tanto àqueles como esses são juridicamente responsáveis solidários pela obrigação, na forma do art. 942 do Código Civil, devendo figurar ambos na relação jurídica processual indenizatória.

4.3.1 – Acidente de transporte ferroviário

A atividade de transporte ferroviário de passageiros e cargas é regulada pelos Decretos ns. 2.681/1912, 2.089/63 e 1.832/96, contudo, os dispositivos dos antigos decretos que ainda continuam em vigor referem-se aos danos causados às bagagens e aos proprietários marginais, tendo o regramento, quando ao acidente com as pessoas transportadas, recebido inteira regulamentação pelas normas gerais do Código Civil e pela teoria objetiva pelo risco administrativo do art. 37, § 6º, da Constituição, de modo que remetemos aos tópicos 4.3 e 4.4.

O art. 47 do Decreto nº 1.832/96 reforça a regra geral da lei civil de que o fato exclusivo da vítima rompe onexo causal, excluindo o dever de indenizar pela empresa transportadora.

4.3.2 – Acidente de transporte aeronáutico

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, tanto a Convenção de Varsóvia de 1929 (Decreto nº 20.704/1931) quanto o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) foram recepcionados para regular os acidentes aeronáuticos. Posteriormente, o Brasil promulgou a Convenção de Montreal de 1999 (Decreto nº 5.910/06), que trata de unificar regras sobre transporte aéreo internacional, substituindo a antiga Convenção de Varsóvia e outras normas internacionais sobre a temática. Atualmente, e atendendo ao mandamento do art. 178 da Constituição, a Convenção de Montreal regula o transporte aéreo internacional e o Código Brasileiro de Aeronáutica o transporte aéreo nacional ou interno.

Os julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça aplicam o Código de Defesa do Consumidor, de forma supletiva, a ambos os sistemas de acidentes aeronáuticos, entretanto, quanto ao tema dos acidentes de trabalho, nosso objeto específico da pesquisa, não há falar em aplicação, direta ou supletiva, do

49 Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 962.

CDC⁵⁰. Mesmo assim, a aplicação da lei consumerista e do Código Civil pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é alvo de oposição da doutrina especializada⁵¹ e de decisão recente do Supremo Tribunal Federal⁵².

O art. 1º da Convenção de Montreal diz que se aplica “a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Aplica-se igualmente ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo”. Com efeito, não há vedação expressa quanto à incidência nas relações jurídicas entre os tripulantes e as companhias aéreas – como, p. ex., havia na legislação quanto aos acidentes nucleares – pelo que o entendimento atual é no sentido de sua aplicação para os acidentes de trabalho sofridos pelos empregados das empresas aéreas, estando os aeronautas, enquanto espécie, inseridos no conceito amplo de “pessoas” da Convenção⁵³. Acrescente-se tudo que dissemos quanto aos transportes em geral (item 4.3, retro), principalmente o fato de a Convenção de Montreal, assim como o art. 736 do Código Civil, ser aplicável aos transportados gratuitamente, como se dá com os empregados, e não só aos passageiros em sentido estrito, os quais pagam contraprestação pelo serviço.

Segue que os acidentes de trabalho ocorridos com os empregados das empresas aéreas, enquanto na realização de transporte aéreo internacional, são recolhidos pelo microsistema de responsabilidade objetiva⁵⁴, bastando apenas

50 *Vide* os fundamentos na nota de rodapé nº 6, acima.

51 Helena Campos Refosco elenca vários argumentos para rechaçar a aplicação do código consumerista, reclamando a incidência da Convenção de Montreal de 1999, entre eles a observância da reciprocidade e segurança jurídica em âmbito internacional, o fato de a norma internacional ser mais moderna (temporalidade) e mais específica (especialidade) que a lei civil e o regramento consumerista, e mesmo a opção constitucional do art. 178 em prestigiar a Convenção quanto ao transporte internacional. (*A Convenção de Montreal e a responsabilidade no transporte aéreo internacional, passim*).

52 “Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia (...)” (STF, 2ª Turma, RE 297.901/RN, Relª Minª Ellen Gracie, DJ 31.03.06)

53 O Tribunal Superior do Trabalho invocou expressamente a Convenção de Varsóvia para condenar empresas aéreas pela morte de empregados, conjugando-a com o Código Brasileiro de Aeronáutica. Na época da morte dos trabalhadores no acidente aéreo ainda não vigia a Convenção de Montreal, daí porque a aplicação da antiga norma internacional. TST, 6ª Turma, AIRR 70240-10.2006.5.01.0015, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 19.05.2011; e também: TST, 6ª Turma, ED-AIRR 270063-57.2010.5.05.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 26.08.2011.

54 Na Convenção de Varsóvia, a teoria adotada era a da presunção de culpa, pois o transportador poderia provar que tomou todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano (art. 20), contudo, o sistema evoluiu para a teoria objetiva com a Convenção de Montreal, não mais se admitindo prova de que o transportador não agiu com culpa. O art. 17, 1, dessa última norma internacional tem a seguinte redação: “O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque”.

prova do dano e do nexo de causalidade, o qual pode ser rompido pelo fato exclusivo da vítima; sequer as hipóteses de caso fortuito, força maior e fato de terceiro excluem a relação obrigacional, motivo pelo qual se trata de responsabilidade civil objetiva agravada. O art. 21 da Convenção refina a situação ao prever que a indenização é limitada a um teto, podendo excedê-lo apenas se comprovada culpa da transportadora. No julgado referido na nota nº 50 acima, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que as limitações tarifárias da norma internacional não se amoldam com o princípio da reparação integral do art. 5º, V e X, da Constituição, havendo, então, posições divergentes quanto à constitucionalidade da indenização tarifada⁵⁵.

O prazo prescricional para responsabilidade civil no transporte aéreo internacional é de dois anos, contados a partir da data da chegada ao destino, ou no dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou da interrupção do transporte, conforme art. 35 da Convenção de Montreal. Inobstante a posição de alguns autores quanto à aplicabilidade dos prazos prescricionais do Código Civil, mais benéficos, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento pela incidência do prazo específico da norma internacional⁵⁶, cuja posição tem o nosso assentimento, tanto porque as normas internacionais têm *status* supralegal como porque os prazos de prescrição são sempre aqueles dos microssistemas de direito material, havendo incidência do Código Civil apenas quando aqueles foram omissos.

Já no transporte aéreo doméstico, o Código Brasileiro de Aeronáutica também adotou a teoria objetiva agravada para os acidentes, rompendo-se o nexo causal apenas se houver fato exclusivo da vítima ou se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro. O mesmo art. 256 do Código estende a sua incidência aos passageiros gratuitos, tripulantes, diretores e empregados da companhia aérea. Já os arts. 246 e 257 fixam teto indenizatório para a modalidade objetiva, à semelhança do transporte internacional, devendo a vítima comprovar culpa da empresa aérea ou seus prepostos para lograr indenização além do limite. Aplica-se aqui tudo o que dissemos linhas acima quanto à cizânia doutrinária a respeito da constitucionalidade da tarifação da indenização e a posição do TST no sentido de sua não recepção.

55 Helena Campos Refosco é da posição que a Tarifação fixada pela Convenção de Montreal deve ser respeitada, na medida em que representa ponderação legislativa quanto aos valores das indenizações, cujos montantes são satisfatórios, inclusive havendo culpa ou dolo do transportador aéreo internacional ou seus prepostos, os limites não serão observados, construção legislativa que em nada afronta às disposições constitucionais de reparação integral dos danos morais e materiais (Op. cit., *passim*).

56 STF, 2ª Turma, RE 297.902, Relª Minª Ellen Gracie, DJE 31.03.06.

Também é de dois anos o prazo prescricional para a pretensão indenizatória quanto ao transporte doméstico, na forma do art. 317 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

O mesmo Código Brasileiro de Aeronáutica conceitua diversas espécies de serviços aéreos, entre as quais estão os serviços aéreos especializados, os públicos, regulares e irregulares, e mesmo os serviços aéreos privados, realizados sem remuneração, nas atividades de recreação, desportivas, realização de serviços especiais ou para transporte reservado ao proprietário, inserindo todas as espécies dentro da responsabilidade objetiva do microsistema. Significa que tanto estão protegidos pela malha legislativa especial os empregados das empresas aéreas regulares nacionais, das empresas não regulares (fretamentos) ou mesmo os empregados transportados no avião particular do empregador, no trajeto da fazenda onde trabalha para a cidade, por exemplo.

4.3 – Acidente de transporte aquaviário

O transporte aquaviário engloba as espécies marítima, lacustre e fluvial, nacional e internacional, estando regulado pelas Leis ns. 2.180/54 (Tribunal Marítimo), 9.432/97 (Ordenação do Transporte Aquaviário), 9.537/97 (Segurança do Tráfego Aquaviário) e 9.578/97 (Reformulação do Tribunal Marítimo), entretanto, em nenhuma delas há regramento quanto à responsabilidade civil. Apenas em relação ao transporte marítimo de cargas há disciplina específica de responsabilidade, sendo o doméstico regulado pelo Código Comercial de 1850, naquilo que não revogado pelo Código Civil, e o transporte internacional pela Convenção de Bruxelas de 1924.

Em relação ao transporte marítimo, lacustre e fluvial de pessoas, que interessa ao tema de acidentes do trabalho, todavia, incidem integralmente as disposições gerais do Código Civil quanto aos transportes em geral e as disposições do art. 37, § 6º, da Constituição, nas ocasiões de realização de serviços públicos⁵⁷. Ressalve-se que no transporte rudimentar, pessoal ou coletivo, que não se caracterize como serviço público regular de responsabilidade do Estado, como barcos de passeio, recreação ou turismo, travessias dentro do mesmo Estado, não haverá incidência do sistema de responsabilidade pelo

57 A leitura do art. 21, XII, da Constituição revela que se consideram serviços públicos o serviço aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, excetuando-se, por uma leitura *a contraio sensu*, aquele realizado dentro de um mesmo Estado ou Território ou o que não liga os portos brasileiros às fronteiras nacionais. É serviço público, sujeitando-se à normativa do art. 37, § 6º, da Constituição, o transporte internacional de passageiros e aquele, marítimo, lacustre ou fluvial, cujos pontos de partida e destino encontram-se em Estados ou Territórios diferentes (transporte interestadual aquaviário).

risco administrativo, aplicando-se a regra geral civilista da responsabilidade no transporte (*vide* itens 4.3 e 4.4).

4.3.4 – Acidente de transporte terrestre

Também quanto ao tema não há regramento específico de responsabilidade civil, pelo que incidem integralmente as disposições gerais do Código Civil quanto aos transportes em geral e as disposições do art. 37, § 6º, da Constituição, nas ocasiões de realização de serviços públicos⁵⁸. O Protocolo de São Luiz de 1996, com a errata de Assunção de 1997, celebrado entre os países integrantes do Mercosul, foi promulgado pelo Decreto nº 3.856/01 e passou a regular o direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente em casos de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito ocorridos no território de um Estado-parte, nos quais participem, ou dos quais resultem atingidas, pessoas domiciliadas em outro Estado-parte.

4.4 – Empregados públicos e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos

Consentânea com todo o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado, que oscilou desde a irresponsabilidade, passando pela teoria subjetiva para os atos de gestão, pela teoria subjetiva para todos os seus atos, a Constituição de 1988 consagrou definitivamente que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (art. 37, § 6º).

O constituinte consagrou a teoria objetiva da responsabilidade, na espécie do risco administrativo, para os danos que seus agentes causarem. A primeira conclusão é que não só as pessoas jurídicas de direito público, mas inclusive, também, as de direito privado prestadoras de serviços públicos estão enquadradas na responsabilidade civil objetiva. Desse segundo grupo fazem parte as fundações governamentais de direito privado, as empresas públicas, sociedades

58 No mesmo art. 21, XII, e no art. 30 da Constituição estão inseridos na categoria de serviços públicos o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e o transporte coletivo municipal de passageiros.

de economia mista, organizações sociais⁵⁹, atividades delegadas⁶⁰, empresas permissionárias e concessionárias, desde que prestem serviços públicos, o que afasta do microsistema objetivo os entes da administração indireta que exerçam atividades econômicas de natureza privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto ao último requisito, anota que o artigo constitucional exige que as entidades prestem serviços públicos, o que exclui os entes da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; por isso é que, quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, não incidirá a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo Código Civil, quando não desempenharem serviço público⁶¹. Para a mesma autora, serviço público é toda a atividade material que a lei atribuiu ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, tendo como exemplos as atividades de serviço postal, correio aéreo nacional, telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, gás canalizado, educação, saúde, previdência social, assistência social e navegação aérea, por exemplo⁶². Para nós, o art. 175 da Constituição deixou bem claro que incumbe ao Estado, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, a prestação de serviços públicos, os quais serão especificados pela Constituição e mediante lei.

Justamente por não se enquadrarem no conceito de prestadoras de serviços públicos⁶³ é que a cláusula de responsabilidade civil objetiva não alcança as

59 No bojo do processo de privatização que o Governo Federal levou a cabo na década de 1990 é que foram gestadas as organizações sociais, as quais possuem natureza jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que se habilitam perante a Administração Pública para obter a qualificação de organização social. Obtida a qualificação podem atuar em diversas áreas, mediante contrato de gestão, desempenhando ou não serviços públicos, conforme absorva uma atividade material que a lei atribuiu ao Estado, na forma da Lei nº 9.637, de 1998. Por exemplo, se uma organização social habilitar-se e mediante contrato de gestão passar a executar atividade de saúde, serviço público em essência, inserir-se-á no qualificativo de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público do art. 37, § 6º.

60 Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconhece como incidente a responsabilidade civil objetiva nos casos de danos causados em atividades cartorárias e notariais. “Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do art. 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante a das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (...)” (STF, RE 201.595, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.04.01).

61 Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 530.

62 Di Pietro, *op. cit.*, p. 99-107. No mesmo sentido é a lição de Edmir Netto de Araújo, para quem, “serviço público é toda atividade exercida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, para a realização direta ou indireta de suas finalidades e das necessidades ou comodidades da coletividade, ou mesmo conveniências do Estado, tudo conforme definido pelo ordenamento jurídico, sob regime peculiar, total ou parcialmente público, por ele imposto” (Araújo, *Curso de direito administrativo*, p. 106).

63 “Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não de prestação de serviço público. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio de instrumento da descentralização. Trata-se, isso sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.” (Di Pietro, *op. cit.*, p. 416)

entidades paraestatais e do terceiro setor, como os serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e Senac), entidades de apoio, organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs) e as organizações não governamentais (ONGs).

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal interpretou o art. 37, § 6º, como fundamentador da responsabilidade objetiva apenas quanto aos administrados e usuários dos serviços públicos, pois a qualificação de *terceiros* não alcançava os servidores ou empregados públicos⁶⁴. Mas, a partir de julgamento do ano de 2005, o Tribunal evoluiu sua jurisprudência para que a proteção constitucional da responsabilidade objetiva alcance não só os usuários e administrados, mas, também, os servidores públicos, os empregados públicos e os empregados das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos⁶⁵. Recentemente, a Corte evoluiu uma vez mais para entender protegidos pela responsabilidade objetiva e, também, os não usuários dos serviços públicos⁶⁶.

Considerando que a teoria adotada foi a do risco administrativo e não a do risco integral, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a responsabilidade do Estado pode ser afastada nos casos de excludentes denexo causal, como a força maior, fortuito externo, fato de terceiro e fato da vítima⁶⁷. Ao admitir as quatro clássicas excludentes denexo causal, classificamos a responsabilidade

64 “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da CF.” (STF, RE 262.651, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.05.05)

65 “O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo ‘terceiro’ contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não” (STF, AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.10.05). Também o Tribunal reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado pela infecção que acometeu servidora pública gestante que, no desempenho de suas funções em berçário de hospital público, foi exposta à contaminação por vírus (STF, RE 495.740-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJE 14.08.09).

66 “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da CF. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.” (STF, RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 18.12.09, com repercussão geral)

67 “(...) o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima” (STF, 1ª Turma, RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.08.96). O Tribunal considera o fato de terceiro como uma modalidade de caso fortuito (STF, RE 184.118/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18.09.98), posição que é reforçada pelo art. 14, § 3º, II, *in fine*, do CDC.

civil do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos na espécie objetiva normal.

Aplica-se, então, para os acidentes sofridos pelos empregados públicos e os empregados das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilidade civil objetiva normal, fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, desde que a causa do infortúnio seja o serviço público desenvolvido. Por exemplo, reclamam a teoria objetiva os acidentes sofridos pelos empregados das empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e gás canalizado; o empregado que sofrer uma descarga elétrica ao instalar postes de transmissão de energia ou sofrer inalação de gás canalizado, em razão de um vazamento, basta comprovar dano e nexo causal, sem a necessidade de comprovar ato ilícito ou culpa⁶⁸.

Essa mesma posição foi abraçada pelos estudiosos em torno da 1ª Jornada de Direito do Trabalho promovida pela Anamatra e pelo TST em 2007⁶⁹.

Nas modalidades de permissão ou concessão de serviços públicos, após um longo debate entre os autores sobre a responsabilidade subsidiária do Estado, com vozes autorizadas no sentido da responsabilização⁷⁰, a atual legislação afastou-a, conforme se verifica dos arts. 25 e 34 da Lei nº 8.987, de 1995, e também pelo art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADC 16 (DJ 09.09.2011). Também o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de decisão da SDI-1, pacificou seu entendimento de que não há responsabilidade, solidária ou subsidiária, das pessoas jurídicas de direito público nas ocasiões de permissões ou concessões de serviços públicos⁷¹.

68 Os exemplos se multiplicam conforme analisemos os serviços públicos que o Estado autoriza, permite ou concede, por exemplo, nas empresas de telecomunicações (CF, art. 21, XI), radiodifusão sonora (XII, a), energia elétrica e o aproveitamento energético de cursos de água (XII, b), navegação aérea (XII, c), transporte ferroviário e aquaviário (XII, d), transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (XII, e), serviços locais de gás canalizado (CF, art. 25, § 2º) e o transporte coletivo municipal (CF, art. 30, V).

69 “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal e do art. 43 do Código Civil.” (Enunciado nº 40)

70 “o Estado responde apenas *subsidiariamente*, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.” (Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, p. 267-268)

71 “RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.496/07. CABIMENTO. ART. 894, II, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. SPTrans. Responsabilidade. Período de intervenção. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EMPRESA GESTORA. A segunda reclamada – SPTrans – é mera gestora dos serviços gerais de transportes públicos na cidade de São Paulo e, como

O prazo prescricional para o microsistema de responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos está regulado no art. 1º-C da Lei nº 9.494/97 e é de cinco anos para o exercício da pretensão.

4.5 – Acidente em razão de ruína de edifício ou construção

O art. 932 do Código Civil de 2002 impõe responsabilidade ao dono do edifício ou construção pelos danos que resultarem de sua ruína, não se cogitando do elemento culpa, embora condicione o liame obrigacional à prova de que a ruína proveio da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. Os autores pacificaram o entendimento de que se trata de modalidade de responsabilidade civil objetiva, incumbindo ao lesado comprovar dano e nexo causal, este último temperado pela exigência de que o nexo seja verificado em razão da falta de reparos, de necessidade manifesta, no edifício ou construção. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, amparados nas lições de Silvio Rodrigues, Álvaro Villaça Azevedo e Aguiar Dias, avançam para singelamente concluir que se houve ruína é porque necessitava de reparos⁷². Excepcionalmente, acrescentamos nós, se houve ruína em edifício que não necessitava de reparos é porque ocorreu fato de terceiro, fato exclusivo da vítima, caso fortuito externo ou força maior, eventos imprevisíveis e inevitáveis, quando o nexo causal estará rompido.

Amoldam-se ao conceito legal de ruína tanto a sua destruição total como a parcial, como nos casos de desprendimento de revestimentos das paredes, soltura de placas de concreto da laje, queda de telhas, vidros ou outros componentes do edifício ou da construção.

Segue que os empregados vitimados pela ruína do edifício ou construção de propriedade da empresa na qual prestem seus serviços sujeitam a última à responsabilidade objetiva, podendo o empregador comprovar uma das excludentes de nexo causal; se houve ruína, presume-se que havia necessidade manifesta de reparos, incumbindo ao ofensor comprovar que houve ruína em edifício que

tal, limita-se a assegurar, fiscalizar e exigir a prestação de serviços de transporte à população por parte das contratadas, entre as quais se inclui a primeira reclamada. Resulta daí que a SPTrans não é tomadora dos serviços, não havendo como lhe imputar culpa *in vigilando* ou *in eligendo* nem condenação subsidiária, ante a ausência de obrigação da recorrente para com os empregados da concessionária do serviço público. Mesmo no período em que atuou como interventora da primeira reclamada, não é a SPTrans responsável pelas verbas trabalhistas, visto que a intervenção administrativa não caracteriza a sucessão de empregadores, ante a ausência de mudança na estrutura jurídica da empresa concessionária e diante do fato de que tal ação tem por objetivo evitar a interrupção dos serviços públicos de transporte. Recurso de embargos conhecido e provido.” (RR-202900-76.2006.5.02.0067, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 08.10.2010)

72 Gagliano e Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, p. 197-198.

não necessitava de reparos, ou seja, que ela se deu em razão de fortuito externo, força maior, fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima. Poderá ocorrer ruína do edifício da sede da empresa, quando o empregador responde objetivamente, como poderá ocorrer ruína de uma construção de terceiro – como na construção civil –, local no qual o empregador designou o empregado para desempenhar suas atividades. Nesse segundo caso, a responsabilidade é exclusiva do terceiro, não se cogitando de responsabilidade do empregador, o qual não se amolda ao conceito legal de “dono de edifício ou construção”. Não se deve confundir, com efeito, a responsabilidade civil objetiva direta do dono da obra nos casos de ruína com a irresponsabilidade do dono da obra quanto aos direitos de natureza jurídica trabalhista violados pelo empregador (OJ nº 191 da SDI-1 do TST).

4.6 – Acidente em razão de objetos candentes

Semelhante à hipótese do tópico anterior, o art. 938 do Código Civil impõe ao habitante do prédio, inserindo-se nessa figura não apenas o proprietário, mas também os possuidores (comodatário, locatário, etc.), a responsabilidade objetiva pelos danos causados por objetos candentes ou lançados em lugar indevido. Difere da modalidade anterior porque aqui o objeto candente não era parte integrante da estrutura construtiva do edifício, mas qualquer adorno ou objeto utilizado pelo habitante. Se o filho do empregador arremessa inadvertidamente uma garrafa de vidro do sobrado onde mora e lá embaixo atinge o jardineiro da residência, o empregador, pai do menor, responderá objetivamente pelos danos, não se cogitando de culpa, ou seja, não haverá investigação se se comportou culposamente, se não vigiou adequadamente seu filho (culpa *in vigilando*). Também aqui poderá o habitante provar uma das quatro excludentes de nexa causal.

4.7 – Acidente causado por animais

Principalmente nas regiões mais interioranas do país, é comum a ocorrência de acidentes de trabalho com animais, notadamente nas atividades de pecuária, como queda de cavalos, ataque de bovinos durante procedimentos veterinários, entre outros, situações que se inserem no microsistema de responsabilidade civil objetiva. Na vigência do Código de 1916, o revogado art. 1.527 previa hipótese de responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa, pois ao ocorrer o acidente a culpa do seu dono era presumida, contudo esse poderia demonstrar que guardava e vigiava o animal com cuidado preciso, invertendo a presunção legal e, por corolário, afastando o seu dever de indenizar. Poderia, com efeito, o dono do animal provar durante a instrução processual que

não agiu com culpa, demonstrando que tomou todos os cuidados exigidos para evitar o dano. O atual art. 936 do Código de 2002 reproduz em essência àquele antigo, porém migra da modalidade subjetiva com presunção de culpa para a objetiva e agravada. Isso porque o texto atual diz que o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano causado, sem cogitar de culpa, inclusive avança para dizer que entre as quatro modalidades de excludentes de nexo, apenas duas são admitidas, quais sejam a culpa da vítima e a força maior.

Quando o legislador impôs ao dono ou detentor do animal a responsabilidade civil pelos danos que esse causar, implicitamente está reconhecendo que somente em relação aos animais domésticos, domesticados ou capturados para domesticação é que poderá cogitar de sua propriedade. Segue que nos sinistros causados por animais não domesticados ou selvagens não há responsabilização civil, amoldando a hipótese aos casos de força maior (evento inevitável da natureza). Se dado empresário domestica abelhas com a intenção de produzir mel para consumo próprio ou para venda, eventual acidente com elas, caso ataquem seu empregado, gerará a responsabilidade civil objetiva agravada, muito diferente da situação de outro trabalhador, vaqueiro, que é surpreendido no campo por um enxame de abelhas selvagens; ainda que se investigue e confirme que as abelhas selvagens habitam uma mata incrustada na propriedade do empregador, não há relação de propriedade entre este e os animais. Faltarão, nesse segundo caso, nexo de causalidade, rompido pela força maior, entre a atividade do vaqueiro e o dano causado pelas abelhas (evento natural inevitável e imprevisível), afastando a responsabilidade civil, ainda que haja relação previdenciária acidentária⁷³, a qual é marcada pela teoria do risco integral, não suscetível, pois, de excludentes de nexo causal, sequer caso fortuito e força maior.

Em estudo específico, José Fernando Simão diferencia os conceitos de dono e detentor do animal previstos na legislação ao concluir que, em regra, responderão pelos danos causados por animais seus donos em razão da guarda e direção do animal, não respondendo os seus prepostos ou empregados. Excepcionalmente, responderá o detentor e não o dono. Detentor é o locatário, comodatário, depositário, arrendatário, usufrutuário ou o usuário, ou seja, toda pessoa que tem o animal sob sua guarda, com poder de direção sobre o mesmo, ainda que não seja seu dono, como nos exemplos de animais deixados em clínicas veterinárias ou *pet shops*⁷⁴.

73 Art. 21, II, e, da Lei nº 8.213, de 1991.

74 Simão, *Responsabilidade civil pelo fato do animal*, p. 356.

4.8 – Acidente nas atividades de mineração

A atividade de mineração está regulamentada desde o ano de 1940, estando vigente o Código de Mineração de 1967 (Decreto-Lei nº 227), que substituiu àquela primeira regulamentação e que foi recepcionado pela Constituição de 1988. No sistema atual, o art. 1º atribui à União a competência para administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais, qualificando a atividade como serviço público essencial, cujo enquadramento legal já atrai a responsabilidade civil objetiva do Estado ou das empresas privadas autorizadas, permitidas ou concedidas (v. tópico 4.4.), em reforço ao art. 47, VIII, da legislação de regência que já previa a responsabilidade civil sem cogitar de culpa.

Aplica-se aos empregados das empresas que explorem atividade de mineração a responsabilidade civil objetiva do explorador da jazida ou da mina, tendo como exemplos as atividades de garimpo, extração de mármore e granitos, extração e beneficiamento de calcário, fábricas de cimento, extração e beneficiamento de petróleo e seus derivados, entre tantas outras. O decisivo é que o acidente de trabalho ou doença ocupacional guarde relação de conexão com a atividade mineraria. São os exemplos do operário soterrado em mina de extração de diamante e a empregada que contraiu doença ocupacional por respirar partículas em suspensão nas fábricas de calcário, respondendo os empregadores de forma objetiva, independente de investigação de culpa ou de prática de ato ilícito; significa que mesmo que ele tenha obtido todas as licenças administrativas para a atividade, que tenha fornecido EPI, treinamentos e fiscalização, mesmo assim se houver conexão entre o sinistro e a atividade haverá sua responsabilidade direta, bastando o laudo médico pericial constatar que a doença apresentada é decorrência da exposição da trabalhadora à substância, por exemplo.

4.9 – Acidente nas atividades de risco (cláusula geral codificada)

A disposição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil atual é considerada a maior inovação legislativa no tema de responsabilidade civil, na medida em que firmou cláusula de recepção expressa quanto às legislações especiais que preveem hipóteses de responsabilidade sem culpa e, principalmente e ao lado dela, criou uma nova norma de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, sem indicar atividades específicas.

Comentando acerca da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva por atividade de risco, Miguel Reale afirma que em princípio responde-se

apenas por culpa, mas “se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de por em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais subjetiva”⁷⁵.

Ao interpretar a nova disposição legal, Leonardo de Faria Beraldo atenta ao conceito de *atividade normalmente desenvolvida* pelo autor do dano. Defende que a palavra atividade é entendida como sendo equivalente aos serviços praticados por determinada pessoa, natural ou jurídica, de forma organizada, habitual, reiterada e profissional, e não de forma isolada. E ainda é preciso que a atividade seja normalmente desenvolvida pelo autor do dano, significando, então, que ela não pode ser apenas esporádica ou momentânea, devendo, ainda, guardar ligação direta com o objeto social por ela desenvolvido. Exemplificando, anota que quem explora uma atividade habitual com uma grande máquina de escavação e terraplanagem, gera uma permanente situação de risco para operários e terceiros que convivam com a atividade, porém, por outro lado, quem usa eventualmente um trator para alguma tarefa, não se pode dizer que desempenhe atividade normalmente desenvolvida⁷⁶.

Também atenta o mesmo autor à palavra *por sua natureza* inserida no tipo legal, o que para ele significa que não é o risco ordinário, inerente a toda e qualquer atividade, não é o risco empresarial ordinário em se imiscuir no mercado, que reclamará o enquadramento na cláusula objetiva, mas que deve haver na atividade normalmente desenvolvida uma intrínseca potencialidade lesiva, ou seja, que na sua essência exista uma potencialidade fora dos padrões normais. Conclui seu raciocínio para afirmar que as “atividades de risco são, portanto, aquelas que criam para terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade, ou, ainda mais, a probabilidade de receber um dano, probabilidade esta maior do que a normal derivada das outras atividades”⁷⁷.

Flávio Tartuce também estudou com profundidade a nova disposição civil e a partir dela faz um trabalho de desmonte ou destrinche dos qualificativos legais. Segue para o autor que a palavra “atividade” deve ser compreendida como vários atos que mantêm entre si uma correlação temporal, lógica e coordenada, excluindo do raio de alcance da cláusula geral de responsabilidade objetiva os atos isolados praticados. E quanto ao conceito de “risco” diz que ele decorre da própria natureza da atividade, da sua essência, configurando um risco excepcional, extraordinário, acima da situação corriqueira de normalidade,

75 Reale, *O projeto de Código Civil*, p. 10.

76 Beraldo, *A responsabilidade civil*, p. 219-220.

77 Beraldo, op. cit., p. 224.

englobando as atividades – para além dos riscos – que são comprovadamente perigosas. Para o autor, inserem-se no conceito legal as atividades de fabricação e armazenamento de fogos de artifício, serviços de diversão, como salto de paraquedas, voo de asa-delta, *bungee jump*, esportes como artes marciais e lutas de combate, motoboy nos grandes centros, trabalhos insalubres e perigosos, trabalho com menores infratores e presidiários, construção civil, com a utilização de ferramentas pesadas, perigosas ou nas alturas (local elevado), transporte rodoviário em estradas em péssimo estado de conservação ou quando a carga é valiosa e no transporte de valores⁷⁸.

A tese de Flavia Portella Püschel é a de que toda atividade humana envolve riscos, como dirigir automóvel, praticar esportes, andar a pé, porém os riscos relevantes para o enquadramento no sistema objetivo são aqueles extraordinários que podem ser determinados pela grande probabilidade da ocorrência de danos, pelo valor elevado dos prejuízos potenciais ou pelo desconhecimento do potencial danoso da situação ou atividade regulada. No entanto, caberá ao Poder Judiciário definir o que, na hipótese, se deve considerar como atividade naturalmente perigosa de modo a imputar responsabilidade ao sujeito que normalmente a exerce⁷⁹.

Algumas jornadas de estudos jurídicos promovidas no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça auxiliam na definição das hipóteses de incidência⁸⁰.

Na mesma toada é a interpretação do professor trabalhista Raimundo Simão de Melo acerca da previsão genérica da parte final do parágrafo único do art. 927 do Código. Considera atividade de risco aquela em que pressupõe maiores probabilidades de danos para as pessoas, quando os danos são esta-

78 Tartuce, *A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002*, *passim*.

79 Püschel, *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil*, p. 98-100.

80 “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores” (Enunciado nº 37 da 1ª Jornada de Direito na Justiça do Trabalho). Na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado nº 38 com o seguinte texto: “Risco da atividade. Caracterização. A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do CC, art. 927, parágrafo único, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Já na V Jornada de Direito Civil de 2011 houve um refinamento do conceito para prever que: “A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas da experiência” (Enunciado nº 448).

tisticamente esperados, pelas suas características. Não é um risco qualquer, específico e normal a qualquer atividade produtiva, mas a atividade cujo risco específico, acentuado e agravado em razão da natureza do trabalho é excepcional e incomum, como nos exemplos das atividades perigosas, insalubres, com o uso de arma de fogo, o trabalho em minas, nas alturas, subaquático e nas atividades nucleares⁸¹.

Uma atividade que gera acesa discussão doutrinária e jurisprudencial é a de motorista de veículos automotores. Para os ordenamentos jurídico italiano e português, nos quais o legislador brasileiro inspirou-se para a positivação do art. 927, parágrafo único, *in fine*, a posição é uniforme em não enquadrar a atividade de motorista como de risco potencial. Nas atividades especiais de transporte de produtos perigosos, inflamáveis, explosivos ou de cargas valiosas, por essas circunstâncias e não pela atividade de dirigir em si, pensamos estar preenchido o descritor da norma jurídica especial, incidindo o microsistema objetivo.

Em nossa opinião também se inserem na atividade de risco àquelas que, normalmente e desde que obedecidas as determinações legais e administrativas, não exporiam os empregados a risco acentuado, porém a violação das imposições de proteção acabam por, naquelas situações concretas, potencializar os riscos para a ocorrência de acidente. A atividade de manipulação de carnes em açougues, desde que com a utilização das luvas metálicas anticorte, não geraria riscos potenciais aos açougueiros, porém a não disponibilização desses equipamentos pelos empregadores, coagindo os empregados a manipular as carnes sem a proteção, potencializa os riscos de acidentes, por corolário atraindo a incidência do microsistema objetivo pelo risco da atividade no caso de o açougueiro cortar seus dedos durante a atividade.

A utilização da tabela de riscos do Ministério do Trabalho e Emprego deve ser feita com cuidado, na medida em que ela escalona o risco da atividade geral da empresa, enquanto para o direito civil o decisivo é o risco da atividade específica do empregado acidentado. A empresa que explora a atividade de fabricação de explosivos é considerada de risco acentuado, mas a secretária lotada no escritório administrativo da empresa, localizado em edifício no centro da cidade, não estará pessoalmente submetida ao potencial lesivo da atividade principal da empresa, com isso não se enquadrando na cláusula geral codificada.

O decisivo quanto ao risco da atividade – e objeto de muita confusão jurisprudencial especializada – é a imprescindibilidade de que os danos guardem relação de conexão com o risco específico da atividade, excluindo-se

81 Melo, *Ações acidentárias na justiça do trabalho*, p. 79-82.

da esfera de proteção civil objetiva os outros danos oriundos de causas diversas. Muito embora a atividade dos frentistas exponha-os ao risco potencial de explosão (periculosidade por contato com inflamáveis e explosivos), os acidentes causados por esses agentes importarão em responsabilidade objetiva do empregador, mas não será objetiva a responsabilidade no caso de alegada doença ocupacional por problemas na coluna, por absoluta falta de conexão entre o alegado dano físico-postural e o risco potencial específico da atividade.

5 – REVISÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

O estudo profundo da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho revela a existência de sincretismo equivocado, mormente porque muitos dos julgados confundem os requisitos de um microsistema com outro. Também observamos que os julgados derivam da simples atividade de risco a certeza da condenação, sem perquirir quanto às excludentes denexo causal que a legislação admite, transformando, por interpretação inadvertida, responsabilidade objetiva comum em responsabilidade por risco integral, a qual, recordemos, não tem incidência nas relações de trabalho.

Um julgado paradigmático reconheceu que a atividade de motoboy é de risco, fazendo incidir nessa hipótese a cláusula geral codificada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil⁸². Até aqui não dissentimos da conclusão do julgado. Os equívocos tiveram início quando o julgado derivou desse enquadramento a certeza da indenização, desconsiderando a excludente denexo causal presente no caso, qual seja o assalto seguido de morte. Se o motoboy transportasse valores, cargas preciosas, etc., até poder-se-ia assentir com a teoria de que os assaltos não são imprevisíveis e externos à atividade, antes seriam riscos conexos a ela. Contudo, no caso dos autos, a hipótese fática passou ao largo dessa especificidade, na medida em que se tratava de motoboy entregador

82 “RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MOTOBOY. ASSALTO SEGUIDO DE MORTE. AÇÃO DE TERCEIROS. Embora hoje haja verdadeira controvérsia na doutrina e na jurisprudência com o fim de afastar a responsabilidade do empregador, por fato de terceiro, ainda que em atividade de risco, a matéria merece uma reflexão mais cuidadosa, na medida em que tal afastamento decorre da possibilidade de o autor vir a ajuizar ação de regresso ao terceiro, causador do dano. Tal entendimento, todavia, no direito do trabalho, não pode ser recepcionado, quando é certo que a responsabilidade pela atividade econômica é do empregador, e não do empregado. A leitura a ser feita da norma inscrita no art. 2º da CLT c/c art. 927, parágrafo único, do CC, em conjugação com os princípios que regem a relação jurídica trabalhista, é no sentido de que a indenização é devida ao empregado e que, eventual ação de regresso, a ser intentada, deverá ser feita pelo empregador, contra aquele cuja conduta ensejou a sua responsabilidade na reparação do dano. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST, 6ª Turma, RR 795-38.2010.5.04.0351, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 10.08.2012)

de encomendas comuns. Outro equívoco do acórdão foi invocar disposições da legislação previdenciária especial (Lei nº 8.213, de 1991) para o fim de caracterização de acidente de trabalho, misturando as consequências de natureza jurídica previdenciária com as de natureza civil⁸³.

Em outra situação, analisando acidente de trabalho em que se discutia a responsabilidade do dono da obra e do empregador do trabalhador vitimado, asseverou com acerto que a irresponsabilidade do dono da obra, prevista na OJ nº 191 da SDI-1, é restrita às verbas de natureza jurídica trabalhista, nada dizendo quanto à responsabilidade civil. Contudo, em nosso sentir, equivocou-se a decisão ao manter a responsabilidade solidária entre o dono da obra e a empregadora no caso concreto ao argumento de que ambas concorreram para o acidente. A atuação concorrente do dono da obra teria se dado porque se “esquivou de fiscalizar o cumprimento das obrigações” quanto à segurança e saúde do trabalhador, assim “agiu com culpa e deve ser responsabilizada solidariamente”⁸⁴. A questão central é saber se o contratante de uma empreiteira tem a obrigação legal de fiscalizar e exigir que essa última adote as medidas de prevenção de acidentes de trabalho, como o uso de EPI. Inobstante o senso comum direcione a conclusão da existência dessa obrigação, na verdade ela não existe, ressalvados os casos de contratações pelo Poder Público mediante procedimento formal de licitação. Por outras palavras, não há obrigação legal alguma – daí porque não se cogita de omissão culposa do dono da obra – de fiscalização quanto às medidas de prevenção de acidentes de trabalho inseridas na relação jurídica entre o trabalhador e o empregador. Não havendo obrigação de fiscalização, decorre que não há omissão e muito menos participação ilícita na ocorrência do dano, requisito indispensável à imposição da condenação solidária, na forma do art. 942 do Código Civil, incorretamente invocado pela decisão.

Noutro caso idêntico⁸⁵, a decisão também perfilhou a distinção entre a responsabilidade do dono da obra quanto às verbas trabalhistas e civis, admitindo a responsabilidade no último caso. Entretanto, também avançou para condenar, dessa feita subsidiariamente, o dono da obra pelas indenizações civis. Sequer o acórdão debateu o fundamento da responsabilidade do dono da obra; não investigou se era objetiva ou subjetiva no caso dos autos, para discutir sua eventual culpa. Invocou, como meros topoi argumentativos, que

83 Para o entendimento acerca do equívoco da invocação de requisitos previdenciários para a imputação de responsabilidade civil aos empregadores v. MOLINA, André Araújo. O nexos causal nos acidentes de trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIV, n. 283, janeiro de 2013, p. 60-82.

84 TST, 6ª Turma, RR-133500-73.2008.5.04.0511, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJE 23.03.2012.

85 TST, 1ª Turma, RR-75600-59.2005.5.03.0061, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DJE 25.11.2011.

houve atuação culposa do dono da obra, sem apontar qual, bem como enunciou alguns princípios para concluir que condenava “como forma de tornar efetivos os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho em ordem a afastar o uso abusivo do direito daquele em benefício do qual o serviço fora prestado (dono da obra)”⁸⁶.

Também é divergente a posição no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho quanto à atividade de motorista ser de risco ou não, havendo decisões recentes em ambos os sentidos⁸⁷. Embora em nossa opinião não consideremos a atividade de motorista como de risco, essa não é a questão principal, na medida em que a correto enquadramento é um problema interpretativo judicial. O decisivo é, mesmo para aqueles que entendem que a atividade de motorista seja de risco, enquadrando-a no microsistema do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, compreender que a modalidade é objetiva comum, ou seja, a legislação admite que o réu prove uma das quatro excludentes denexo causal (fortuito externo, força maior, fato de terceiro e fato exclusivo da vítima), o que tem ficado fora de debate nas decisões da Corte; para os acórdãos, têm bastado dizer que a atividade é de risco, inserindo-a na cláusula geral codificada, para, em “salto heroico”, derivar a condenação, sem a necessária investigação do requisito do nexo causal e das hipóteses de seu rompimento.

A Corte Superior também reconheceu corretamente que a atividade de vigilante transportador de valores é de risco, incidindo a cláusula geral codificada⁸⁸, mas não avançou na hipótese para debater se o dano causado por assaltantes importa no rompimento do nexo causal. Admite-se a defesa, com refinada argumentação jurídica, que o risco de assalto nessa atividade específica não é considerado externo e inevitável, mas integra, por relação de conexidade, os riscos normais do empreendimento; também é defensável a posição, como faz o Superior Tribunal de Justiça, que os assaltos e roubos, mesmo nas atividades de risco em que a ocorrência desses eventos sejam mais comuns, ainda assim são inevitáveis, classificados como força maior. A grande questão é a necessidade de as decisões do Tribunal Superior do Trabalho e, por conseguinte, dos tribunais especializados, estarem analiticamente fundamentadas em relação a qual macrosistema o acidente se insere – se no subjetivo ou objetivo –, depois avançar

86 A respeito do tema da força normativa dos princípios e a sua incidência nas relações de trabalho v. MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

87 No sentido de não considerá-la como de risco: TST, 7ª Turma, AIRR-0001406-45.2010.5.08.0006, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 24.02.2012; e no sentido de considerá-la: TST, 3ª Turma, RR-148100-16.2009.5.12.0035, Rel. Min. Alberto Bressiani, DEJT 25.02.2011.

88 TST, SDI-1, E-RR-84700-90.2008.5.03.0139, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 11.12.09.

para identificar qual dos microssistemas objetivos é incidente, se da espécie comum ou agravada, uma vez mais avançar para verificar as modalidades de excludentes denexo causal admitidas pela legislação, jamais esquecendo que não há microssistema algum que preveja responsabilidade por risco integral.

Na prova de sentença do XIII concurso público para juiz do trabalho do TRT da 18ª Região, que foi realizada em 21.04.2013, a questão de mérito principal a ser discutida envolvia a morte de um trabalhador e o tema dos acidentes de trabalho. Tratava-se de um motorista empregado de empresa de transporte coletivo urbano municipal que morreu em razão de incêndio provocado no veículo pelos colegas motoristas que integravam o movimento grevista. Alguns motoristas, entre os quais o sinistrado, resolveram trabalhar durante o período de greve e, após o início das atividades e no itinerário, o motorista foi interceptado por piquete dos grevistas, os passageiros foram retirados do veículo, mas o motorista recusou-se a tanto, quando foi provocado o incêndio e o motorista faleceu. Havia alegação de que o motorista trabalhou com medo de perder o emprego e por coação indireta do diretor da empresa, além de alegações de responsabilidade civil objetiva.

Para resolver a questão, o primeiro passo é verificar em qual microssistema de responsabilidade a relação fática se insere, tendo início pelos da espécie objetiva, enquanto excepcionais. Não houve acidente de natureza ambiental, nuclear, por objetos candentes, ruína de edifício, com animais e na atividade de mineração. Resta a possibilidade de incidência nos microssistemas do acidente de transporte, da cláusula geral codificada e da responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos. Não houve também acidente de transporte, ao contrário do que possa parecer em uma análise descuidada, na medida em que apenas os passageiros, empregados ou clientes, podem ser vítimas dessa modalidade de acidente, mas o próprio motorista não (*vide* tópico 4.3. *supra*). Também não se insere na cláusula geral codificada, pois a atividade de motorista de ônibus municipal não é atividade que o submeta a risco potencial maior que os demais membros da coletividade. Por fim, há enquadramento no microssistema por risco administrativo, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição, na medida em que a atividade de transporte público municipal é considerada serviço público e a responsabilidade das pessoas jurídicas privadas é objetiva, na modalidade do risco administrativo. Para resolver a questão submetida à análise, poder-se-ia argumentar fundamentadamente que a atividade é de risco acentuado, até porque há jurisprudência do TST nesse sentido, mas ainda assim tratar-se-ia, como na modalidade por risco adminis-

trativo, de responsabilidade civil objetiva normal⁸⁹. Significa dizer que dispensa a prova de ato ilícito e culpa, mas exige-se prova de dano e nexo, inclusive quanto ao nexo admite-se a prova dos quatro excludentes. E é exatamente o caso prático do concurso, em que o nexo causal foi rompido pelo fato dos terceiros que, em evento inevitável, imprevisível e irresistível, não se inserindo nos riscos normais da atividade, provocaram o incêndio criminoso que gerou a morte. Enfim, por qualquer ângulo do enquadramento, seja inserindo a relação fática no macrosistema objetivo, tanto da cláusula geral codificada como nos acidentes por risco administrativo, ou mesmo considerando a responsabilidade subjetiva genérica, o nexo causal é indispensável para estabelecer a relação jurídica indenizatória e, no caso concreto, foi rompido pelo fato de terceiro, fortuito externo, inevitável, imprevisível e irresistível. Sequer, por interpretação relaxada, poderia dizer que o empregador responderia então pelos atos dos grevistas que causaram o incêndio, invocando-se o art. 932, III, do Código Civil, na medida em que a responsabilidade objetiva indireta do empregador, nesses casos, dar-se-á apenas quando os danos causados pelos empregados ou prepostos se derem no exercício do trabalho ou em razão dele, o que não se verificou também.

A mesma relação fática será recolhida nas malhas da responsabilidade previdenciária, que adota a teoria do risco integral, na qual mesmo a atitude criminosa dos causadores do incêndio não isentará o INSS da sua obrigação de pagar os benefícios aos dependentes do motorista vitimado, amoldando-se a situação no conceito de acidente de trabalho previdenciário, cujos requisitos são muito diferentes dos da responsabilidade civil.

6 – CONCLUSÕES

– O ordenamento jurídico revela dois grandes sistemas de responsabilidade civil: o subjetivo e o objetivo, conforme a lei dispense o elemento da culpa do agente para estabelecimento da relação indenizatória, havendo algumas espécies dentro dos dois grandes conjuntos, formando-se microsistemas, os quais convivem harmonicamente, sem preferência de um sobre o outro; são as situações fáticas que serão, indistintamente, enquadradas em um ou outro sistema, conforme os requisitos específicos estejam atendidos.

89 Importante rememorar que o risco da atividade para enquadramento na cláusula geral codificada insere o acidente no microsistema objetivo apenas quanto aos danos causados pelo próprio risco potencial, dispensando-se prova da culpa e ato ilícito. No caso em debate, ainda que se considere a atividade de motorista como de risco, tais riscos são aqueles de acidentes, inerentes à atividade, mas não em relação a outros possíveis danos, como a atitude imprevisível de terceiros, sem conexão alguma com a atividade, ainda que de risco.

DOCTRINA

– Na espécie subjetiva há três microsistemas: responsabilidade civil subjetiva comum, da restrita a dolo ou culpa grave e a com presunção relativa de culpa. Do grupo objetivo fazem parte a responsabilidade normal e a agravada. É a legislação que indicará, expressamente, quais são as relações sujeitas às quatro últimas espécies, de modo que não havendo indicação legislativa, estaremos diante da subjetiva comum. Segue que a responsabilidade civil subjetiva é residual, ou seja, primeiro o intérprete deve analisar se a situação fática se enquadra em algumas das situações que a lei especial previu como de responsabilidade objetiva, comum ou agravada; se não, depois avançar para verificar se ela se enquadra na cláusula geral pelo risco da atividade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil; havendo nova negativa, avançar para verificar se há alguma presunção legal de culpa ou a exigência de dolo ou culpa grave; apenas havendo negativa quanto às três primeiras tentativas de enquadramento é que se concluirá que no caso o sistema de responsabilidade civil incidente é o subjetivo comum ou clássico, com os requisitos do dano, nexos causal, ato ilícito e culpa.

– As hipóteses fáticas acidentárias ou de doenças ocupacionais poderão amoldar-se a dois ou mais microsistemas de responsabilidade objetiva, quando a aparente antinomia será resolvida em favor da norma mais favorável ao trabalhador, globalmente analisada (teoria do conglobamento). É exemplo da sobreposição de microsistemas o acidente generalizado ocorrido em mina de exploração de minerais radioativos, cujo acidente amoldar-se-á nos microsistemas por acidentes nucleares, acidentes ambientais, acidentes nas atividades de mineração e na responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas de direito público ou das de direito privado prestadoras de serviços públicos, optando-se, no caso concreto, pelo microsistema nuclear, mais benéfico, pois não se admite excludente de nexos causal mesmo que haja fato de terceiro ou caso fortuito, além de o sistema específico admitir a responsabilização subsidiária do Estado, caso o devedor principal não tenha recursos.

– Os requisitos gerais do sistema de responsabilidade objetiva são dano e nexos causal, dispensando prova de culpa e do ato ilícito. Porém, os diversos microsistemas do gênero objetivo irão prever especificidades, como a possibilidade de demonstração das excludentes de nexos causal, nas modalidades de responsabilidade objetiva normal, ou a vedação legal expressa de se invocar uma delas, na modalidade objetiva agravada, bem como em cada sistema especial há eleição legislativa de um prazo de prescrição para o exercício da pretensão. Os prazos prescricionais para pretensão de responsabilidade decorrente de acidente de trabalho são diversos e especiais, não se confundindo com o prazo trabalhista genérico previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição,

DOCTRINA

aplicável apenas às verbas de natureza jurídica trabalhista em sentido estrito e não de natureza jurídica civil.

– É indispensável que as decisões judiciais fundamentem analiticamente em qual macrosistema a relação acidentária se insere, depois avançar para identificar qual dos microsistemas objetivos é incidente, se da espécie comum ou agravada, analisando as modalidades de excludentes denexo causal admitidas pela legislação, significando que só o fato de dizer que a responsabilidade é objetiva passa ao largo da correta fundamentação e não resolve a questão.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano 3, vol. 9, jan.-mar. 1998.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e alguns apontamentos do direito comparado. *Revista de Direito Privado*, vol. 5, n. 20, out.-dez. 2004, p. 217-234.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannela. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos micro-sistemas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jônes Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*. Questões controversas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

DOCTRINA

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do risco integral. *Direitos e Deveres*, n. 1, 1997, p. 9-38.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. Obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Do caso fortuito e da força maior excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jônes Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*. Questões controvertidas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. *Ações acidentárias na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

MILARÉ, Édis. A tutela jurídico-civil do ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 0, 1996.

MOLINA, André Araújo. A prescrição das ações de responsabilidade civil na justiça do trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XVIII, n. 217, julho de 2007, p. 79-110.

_____. Imunidade jurisdicional das pessoas jurídicas de direito público externo: um diálogo com Georgenor de Souza Franco Filho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, ano XXI, n. 253, julho de 2010, p. 17-30.

_____. O nexa causal nos acidentes de trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIV, n. 283, janeiro de 2013, p. 60-82.

_____. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY Jr., Nelson. Responsabilidade civil pelo dano ecológico e ação civil pública. *Justitia*, v. 46, jul.-set. 1984.

NICOLAU, Gustavo Rene. Efetiva aplicação da teoria do risco no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jônes Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil*. Questões controvertidas. Responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 761, março de 1999, p. 31-44.

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*, ano 17, n. 64, abr.-jun. 1993, p. 12-47.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte II – situações laborais individuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, maio de 2005, p. 91-107.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*. Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

DOCTRINA

- REFOSCO, Helena Campos. A Convenção de Montreal e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 12, vol. 46, abr.-jun. 2011, p. 53-77.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Aspectos gerais acerca da responsabilidade civil no transporte terrestre de passageiros. *Revista Forense*, ano 107, vol. 414, jul.-dez. 2011, p. 263-275.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Da responsabilidade civil. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil pelo fato do animal: estudo comparativo dos códigos civis de 1916 e de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jônes Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas. Responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
- TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 13, vol. 50, abr.-jun. 2012, p. 93-134.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL: ALGUNS DILEMAS

Dierle Nunes*
Alexandre Bahia**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já se teve oportunidade de tematizar em outras ocasiões¹, o Brasil e os tradicionais sistemas de *civil law* vêm vivenciando um movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente², devido à colocação de, cada vez maior, destaque ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio.

Há de se perceber que após a efetiva falência do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990, que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)³ e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial⁴, que alguns vêm, a alguns anos, em face da explosão exponencial

* Advogado; doutor em Direito Processual (PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); mestre em Direito Processual (PUC Minas); professor permanente do PPGD da PUC Minas; professor adjunto na PUC Minas e na UFMG; membro do IBDP e do IAMG.

** Advogado; doutor e mestre em Direito Constitucional pela UFMG; professor adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto, IBMEC-BH e FDSM; professor do programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); membro do IBDP, IHJ e SBPC.

1 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 3, São Paulo: RT, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 38, São Paulo: RT, set. 2011.

2 HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

3 NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Cit.* p. 38

4 Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro, conferir: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

de demandas e dos altos índices de “congestionamento judicial”, defendendo um peculiar uso dos precedentes (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação⁵, mediante a técnica de causa piloto⁶, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) *formaria um julgado* (interpretado por nós como precedente) *que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”*.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais *eficiente quantitativamente* através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema. Nesse particular, o movimento reformista brasileiro converge para uma aproximação com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Falta, assim, aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

Isso vale para as súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Sú-

5 Cf. NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. PUC Minas, 2003, dissertação de mestrado; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 29, p. 73-85, maio-jun./2004; NUNES, Dierle; THEODORO Jr., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, v. 168. THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 177-206, 2009.

6 “Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de ‘caso-piloto’, ‘caso-teste’ ou ‘processo-mestre’. Consiste no mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5.

mula nº 309, por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. No HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.06), a Relatora, Min^a Nancy Andrighi, mostrou que dos dez precedentes citados para formar a Súmula, apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito.

Devemos perceber (o quanto antes) que os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram. Eles não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto (BAHIA, 2009, p. 199 et seq.). Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial permite a aplicação de ‘súmulas’ mecanicamente.

Ao se perceber tal movimento no Brasil para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, entra na pauta jurídica o modo como a jurisprudência deve ser formada e aplicada; em especial, pelo necessário respeito ao *processo constitucional em sua formação*.

Inclusive, essa é uma grande preocupação que vimos defendendo junto à Comissão do CPC projetado na Câmara dos Deputados (com alguma repercussão no substitutivo acerca da técnica de *distinguishing*). Nesse aspecto, o projeto busca ofertar algumas premissas na formação e aplicação dos precedentes⁷.

7 Apesar de ser criticável a tentativa de uma metodologia, nos termos postos:

“DO PRECEDENTE JUDICIAL.

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e os tribunais seguirão a súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e os tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;

IV – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;

V – os juízes e os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça seguirão, em matéria de direito local, os

DOCTRINA

E mesmo que o projeto não se converta em lei, as discussões nele espostas demonstram claramente a preocupação com a ausência de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação de nossos “precedentes”, como buscaremos mostrar com alguns exemplos no presente texto.

Isso, pois, com a percepção do contraditório como uma garantia de influência e de não surpresa, se vislumbra que sua aplicação não se resumiria a formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais.

O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar⁸.

precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

§ 1º Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 2º A mudança de entendimento sedimentado, que tenha ou não sido sumulado, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 3º Nas hipóteses dos incisos II a V do *caput* deste artigo, a mudança de entendimento sedimentado poderá realizar-se incidentalmente, no processo de julgamento de recurso ou de causa de competência originária do tribunal, observado, sempre, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 5º Não possuem o efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

§ 6º O precedente ou a jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

§ 7º Os tribunais deverão dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os preferencialmente por meio da rede mundial de computadores.

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.”

8 Acerca das premissas essenciais para o uso dos precedentes, veja-se: “Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios), inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.

do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nesses termos, mostra-se estranha a formação de um ‘precedente’ a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/Regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*), o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjeto) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (‘comparação de casos’): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constitui-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais ‘de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, na qual qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*’. 6º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: a ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nesses termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*”. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 38, São Paulo, RT, set. 2011.

DOCTRINA

Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos.

Assim, os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros *padrões decisórios (standards)* que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório.

Extrair-se-ia, inclusive, se um dado argumento foi levado em consideração, pois caso contrário seria possível a superação do entendimento (*overruling*), ou mesmo se verificar se o caso atual em julgamento é idêntico ao padrão ou se é diverso, comportando julgamento autônomo mediante a distinção (*distinguishing*).

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreendem parcamente as bases de construção e aplicação desses padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas” e quebra da integridade (Dworkin) do direito são apenas alguns dos “vícios”.

Repetimos: aos Tribunais deve ser atribuído um novo modo de trabalho e uma nova visão de seus papéis e forma de julgamento. Se o sistema jurídico entrou em transição (e convergência), o trabalho dos tribunais também deve ser modificado, por exemplo, a) com a criação de centros de assessoria técnico-jurídica (unificação das assessorias) a subsidiar a todos os julgadores de uma Câmara pressupostos jurídicos idênticos para suas decisões; b) respeito pleno do contraditório como garantia de influência, de modo a levar em consideração todos os argumentos suscitados para a formação de um padrão decisório, pelos juízes e pelas partes, entre outras medidas; c) criação de centros de estudo e pesquisa para subsidiar dados de pesquisa especializada para cada grande matéria em debate, inclusive para promover críticas para aprimoramento das decisões (o que poderia ser feito em parceria com instituições de pesquisa, v.g. Universidades).

Ademais, não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil, qual seja a credulidade

DOCTRINA

exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em RE, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado).

Aqui, o “precedente” dos Tribunais Superiores é visto quase como um esgotamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas. E esses importantes Tribunais e seus Ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos, ferindo de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade.

Sabe-se que após a CRFB/88 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número maior. E que a partir desse momento, o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados, mas para o auferimento de direitos fundamentais, pelo déficit de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes” (Executivo/Legislativo), entre outros fatores.

Vistas essas premissas, devemos fazer uma breve análise de alguns dos fundamentos do *common law* na sistemática de precedentes, para que, na sequência, possamos verificar alguns exemplos na ausência de sistemática da própria construção dos padrões decisórios no Brasil.

2 – BREVES DIGRESSÕES DO *COMMON LAW*

O objetivo deste breve tópico é tão só o de demonstrar que apesar de não podermos aplicar os modos próprios do *common law* no uso dos precedentes, pois não devemos abandonar nossa tradição, a desprezando, e nem mesmo seria possível partirmos de um marco zero interpretativo e aplicativo do direito, se faz imperativo aprendermos com aqueles que possuem mais experiência e densidade no uso destas técnicas.

Partindo-se desse pressuposto devemos nos ater aos seguintes aspectos.

Somente a título exemplificativo de um dos sistemas estrangeiros de *common law*, há de se perceber que um juiz inglês quando julga *um caso* está preocupado com “a real substância *do caso*” e com os “valores e opções políticas (...) envolvidos”, somada a isso a prática de fundamentar de forma extensa e livre (presença de vários estilos argumentativos), sobrepondo-se argumentos e revisando os argumentos das partes, dizendo por que eles devem ser aceitos ou

rejeitados⁹. Ao mesmo tempo, chama-se a atenção nessa tradição pela manutenção dos precedentes, uma vez que os juízes apenas, raramente, estabelecem um novo precedente (o que significa “superar” o anterior – *overruling*) e isso somente caso as partes o tenham instigado a isso¹⁰. O que acontece com relativa frequência é o órgão julgador “distinguir” (*distinguishing*) a situação atual em face do precedente em razão de particularidades daquela.

De onde vem a “autoridade” de um precedente? O fato de se valer dos precedentes para um novo julgamento não significa que os juízes “simplesmente” deem para o caso “a mesma decisão” do caso anterior. O juiz Edward Re (1994, p. 8) deixa isso claro: *o precedente é um ponto de partida*; “o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo”.

Entre os precedentes há uma divisão que deve ser considerada: há os precedentes “vinculativos” e os meramente “persuasivos”; saber qual a *autoridade* de um precedente é uma questão de hermenêutica e de argumentação: será tido como “vinculativo” se vindo de parte da sentença em que o juiz delibera sobre o direito aplicável aos fatos controvertidos¹¹. Thomas Bustamante (2012) mostra que, tradicionalmente, na Inglaterra os precedentes vinculativos mereciam ser seguidos em razão da fundamentação dada nos casos anteriores. No entanto, com a ascensão do Positivismo naquele país (período que vai do início do século XIX até meados do século XX), principalmente com Bentham, ganha terreno a ideia de que a força do precedente vem somente da “autoridade” do órgão decisor (e não dos seus fundamentos) – de forma semelhante ao Positivismo na Europa Continental, onde uma lei vale simplesmente porque foi feita por um órgão previamente constituído (o Direito é o que o legislador diz que é) – e a fundamentação do juiz se resolve em citar a lei.

Por isso, vai se afirmar na Inglaterra que “o Direito é o que o juiz diz ser” (REID apud BUSTAMANTE, 2012, p. 49), logo, um juiz poderia apenas citar um caso anterior para que isso bastasse à fundamentação ou, caso não houvesse, estaria livre para “criar” direito, já que o precedente seria vinculante (não pelos fundamentos trazidos, mas) em razão do órgão superior que o emitiu¹². Aliás, é

9 Interessante pensar que a jurisprudência majoritária no Brasil é bem diferente, isto é, afirma que “o juiz não é obrigado a responder a todas as questões postas pelas partes”, o que leva a uma série de consequências para o processo (e.g., a técnica do “pinçamento” dos arts. 543-B e 543-C do CPC).

10 Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 43 et seq.

11 Mas também contribuem para determinar a autoridade do precedente a posição da Corte que o proferiu (Superior ou não), sua razoabilidade jurídica e até o prestígio do juiz que proferiu a decisão. Cf. RE (1994, p. 9).

12 Mais à frente, Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, 2012, p. 75-77 e 86-90) lembra que a radicalização quanto ao *stare decisis* (não apenas de vinculação

interessante que um maior uso dos precedentes no Brasil coincida com a proposta de “Pós-positivismo”, uma vez que “a teoria inglesa dos precedentes judiciais é também uma teoria fortemente positivista” (BUSTAMANTE, 2012, p. 252).

Bustamante (2012, p. 107) ainda lembra, com Damaška, que tanto juízes do *common law* quanto juízes de *civil law* têm preocupação com precedentes, apenas a atitude deles frente aos mesmos é que muda. Enquanto juízes de *common law* buscam estabelecer uma comparação entre o precedente e o caso a julgar a partir dos chamados “fatos materiais”, o outro toma o precedente não como um caso concreto, mas busca ali *um pronunciamento em forma de regra*.

É dizer, o juiz de *civil law*, mesmo lidando com precedentes, os trata de forma abstrata para dali encontrar uma “norma”¹³. A diferença está em que *juízes de civil law tratam o precedente como se ele fosse uma regra abstrata, enquanto que os do common law buscam no caso passado os fatos que foram determinantes (“materiais”) para a decisão e, aí, comparam com o caso que têm no presente*.

Seja qual for a sistemática adotada, o fato é que a aplicação do Direito, hoje, tem de ser justificada discursivamente. Não nos basta apenas citar a autoridade de uma lei (geral e abstrata) ou de um precedente ou súmula (também tomados de forma abstrata) apenas em razão da “autoridade” que lhes deu origem; da mesma forma que não basta simplesmente citar uma lei para fundamentar uma sentença, o mesmo se dirá sobre apenas citar uma Súmula (retomaremos essa questão abaixo).

vertical, mas, inclusive, que a Casa dos Lordes e a Corte de Apelações também estavam vinculadas aos seus precedentes) é uma construção do Positivismo, ou seja, algo muito recente na longa história do *common law* da Inglaterra. Isso apenas perdeu força a partir do final dos anos 1960. Enquanto no período anterior (que coincide com o Iluminismo) a autoridade do precedente repousava mais sobre a *ratio*, o positivismo descolou esse fundamento para a *auctoritas*. Há, outrossim, uma diferença prática muito relevante para nós. Se antes a ideia era a de que o juiz apenas “descobria” o direito (pré-existente) – e, portanto, o precedente possui vinculatidade mais débil porque apenas “declaratório” “evidenciário” do direito –, com o positivismo o direito cria efetivamente o direito e, uma vez feito isso, tal entendimento é certo e deve ser vinculante e (praticamente) imutável (*idem*, p. 87).

- 13 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 107. Ver também: “Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito” (BUSTAMANTE, 2012, p. 82). E: “Não seria crível supor que no Direito continental o juiz apenas interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz apenas aplicasse, estendesse ou modificasse regras jurisprudenciais. Trata-se de uma visão caricaturada, que dificilmente poderia ser empiricamente comprovada. Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades, em qualquer sistema jurídico” (*idem*, p. 106).

DOCTRINA

Outra característica relevante do *common law* inglês é que a presença de argumentos dissidentes nas decisões colegiadas não apenas não é raro como também é valorizado: o dissidente irá tentar mostrar o porquê da opinião da maioria estar “equivocada”. A Corte não aparece como *poker-faced*, mas “abertamente dividida”, o que de um ponto de vista de “correção” da decisão é um *plus* (pois valoriza o debate discursivo como forma de se obter a melhor decisão). Como mostra Bustamante, isso “permite (...) externar quais foram as pretensões de validade normativa sustentadas por cada juiz nas suas *opinions*, submetendo-as todas à crítica e permitindo que o processo de evolução do Direito seja de alguma forma controlado pelos jurisdicionados”.

Ademais, a leitura de um precedente naquela tradição viabiliza “um retrato” das temáticas que foram levadas em consideração, ofertando os limites discursivos tratados, fator que viabiliza com alguma clareza saber os argumentos que foram tratados ou não. Assim, da fundamentação conseguiremos viabilizar, na hipótese de surgimento de novos argumentos, ainda não tratados, se cogitar de uma superação (*overruling*), caso contrário, quando o acórdão não apresenta com linearidade e clareza na *ratio decidendi*, se torna muito difícil viabilizar a superação ou mesmo perceber se o tema foi ou não levado em consideração.

3 – NECESSIDADE DE UMA TEORIA PARA O BRASIL

Querer instituir um sistema pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para perceber se (e em que medida) é coerente (Dworkin) aplicar-se o entendimento anterior.

Esse trabalho não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”¹⁴. Como já disse Ovídio Baptista da Silva em texto comemorativo aos 10 anos do STJ:

“[A] súmula obrigatória – como o regime dos assentos praticado em Portugal – submete-se ao princípio iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade, a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas,

14 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 259.

nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito.”¹⁵
(SILVA, 1999, p. 159)

Assim, pensar que o uso de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso.

Do que adiantam súmulas, repercussão geral, etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções), não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “universalizabilidade”¹⁶ de suas decisões¹⁷?

Se estamos em uma *comunidade de princípios* (DWORKIN, 2007), o direito não é apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado (sistema de regras); ao contrário, se concebemos o Direito como um sistema principiológico, permitimos que o sistema possa “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (DWORKIN, 2007, p. 229).

A ideia de coerência (integridade) em Dworkin exige que o órgão julgador deve tomar o ordenamento jurídico (normas e precedentes) “como se” ele compusesse “conjunto coerente de princípios” (DWORKIN, 2007, p. 261). Perceba-se que a fonte normativa, mesmo num sistema de leis, não é um dado acabado, mas uma (re)construção a ser levada a cabo pelas partes e pelo juiz do caso. Quando somamos às possibilidades normativas os casos passados isso torna o sistema mais complexo (e não menos, como, por vezes, se lê nalguns discursos de reforma do processo). Essa “indeterminação inicial” do Direito a ser usado no caso é compensada, então, pelo trabalho reconstutivo que se faz do Ordenamento e do caso.

Quanto ao primeiro, Dworkin (2007, p. 274 et seq.) faz a conhecida alegoria com o “romance em cadeia” para mostrar que cada nova decisão se

15 Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (1997, p. 12-13), mesmo antes da aprovação da EC nº 45/04, já entendia que a introdução de súmulas vinculantes significaria retroagirmos para a época em que havia os assentos; donde conclui: “faz parte da nossa ‘memória histórica’ um tipo de hierarquia/subserviência interpretativa da lei, imposta de ‘cima para baixo’”. Cf., também, Bahia (2009a).

16 O critério da “universalizabilidade” é o principal fundamento para a técnica do precedente, nos lembra Thomas Bustamante (2012, p. 268).

17 Isto é, que a decisão dada respeita e dá curso ao “edifício jurídico” que se está procurando construir, ao mesmo tempo em que poderá servir de base para futuros casos similares.

liga num *continuum* entre passado e futuro: a decisão “integral”¹⁸ é aquela que, de alguma forma, dá curso ao passado ao lhes resgatar os princípios jurídicos jacentes (sem, contudo, lhes ser subserviente, como a postura “convencionalista”) e se abre a ser reapropriada (e ter rediscutidos seus fundamentos) no futuro (mas sem pretender visualizar todos seus possíveis desdobramentos metajurídicos, como os “realistas”). A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law*, tradicionalmente, se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado¹⁹. Afinal, para Dworkin: (1999, p. 274): “As declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza”.

Em sentido semelhante, Edward Re (1994, p. 8) toma como natural a ideia de que essa ação do juiz significa contribuir para o desenvolvimento de um direito que jamais se toma como uma “decisão do passado” (como talvez alguns pensem, ao julgarem a prática do *stare decisis*), mas que está sempre em construção.

Quanto ao segundo, isto é, ao caso, este deve ser reconstruído nos autos de forma que, uma vez identificadas suas particularidades, seja possível aplicar o direito “descoberto” e aí obter “a única decisão correta”, o que, adicionalmente, impede que se tome a decisão como um *standard*²⁰ que predetermine automaticamente a solução dos outros casos futuros.

Perceba-se que tanto a reconstrução do “Ordenamento” (normas e precedentes) quanto do caso presente se dá em contraditório, com a presença do juiz,

18 A integridade do Direito é garantida quando um Tribunal, diante de um caso a ser decidido, procura, ao mesmo tempo, reconstruir a história institucional do Direito até aquele ponto, ao mesmo tempo em que a aplica às especificidades do caso *sub judice*, isto é, dando continuidade à história. Cf. Dworkin (1999, p. 275 et seq.).

19 Cf. Dworkin (2001, p. 235-253, e 2007, p. 141).

20 Já nos manifestamos contrariamente ao tratamento de casos como se os mesmos fossem “temas”: “(...) apenas podemos manifestar nossa perplexidade: na crença de que as questões em Direito podem ser tratadas de forma tão ‘certa’, que se possa realmente dizer que as causas são idênticas; no tratamento dos casos como *standards*, como temas, pois que as características do caso e as pretensões que são levantadas em cada um são desconsideradas e então um deles servirá para que se tente sensibilizar o Tribunal da importância de sua apreciação. Se não conseguir, todos os demais recursos perecerão, sem que tenha havido apreciação individual; se conseguir, todos os demais serão julgados da mesma forma, também sem apreciação individual”. E: “O tratamento de casos em bloco, ao suposto de que se pode reunir diferentes causas em torno de temas (porque as causas são idênticas) apenas pode ser dar diante de certos supostos: um deles a crença que a aplicação do Direito pode ser feita de forma simples, matemática – uma compreensão presa a concepções superadas quanto ao Direito pelo menos desde Kelsen” (BAHIA, 2009a, p. 175 e 310.). No mesmo sentido: BAHIA (2009b, p. 366-369). E recentemente Lenio Streck (2010, p. 106): “O que resta do direito? (...) Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir ‘teses’ jurídicas”.

questão que não aparece clara em Dworkin (e sua figura do juiz Hércules)²¹, mas que é explicitada por Klaus Günther (1992, p. 269), para quem no processo deve ser garantido um procedimento tal em que se busque que todas as características relevantes do caso sejam trazidas.

Quanto ao Direito, ao invés de tomar as normas como um dado, ele as compreende como “mar revolto” de normas competindo entre si para regerem a situação e não como “uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 483). Dessa forma, cada um parte por levantar diferentes pretensões de direito baseadas em normas que o juiz avaliará, a partir do contraditório instaurado, se elas são aplicáveis “em tese” (*prima facie*) ao caso, procedimento que ele denomina de “discurso de justificação” (GÜNTHER, 2000, p. 99) (o que pode eliminar, por exemplo, normas inconstitucionais ou precedentes inaplicáveis ao tema tratado).

Tendo as normas (e precedentes) em tese aplicáveis, o juiz pode (mais uma vez se valendo dos debates em contraditório não apenas quanto às pretensões de direito, mas, como dissemos, também quanto à reconstrução o mais completa possível das características do caso) perceber qual delas é a norma adequada (esse segundo passo é o que Günther chama de “discurso de aplicação”) (GÜNTHER, 1992, p. 281 e 289). Em sentido semelhante, referindo-se à prática do *common law*, Bustamante²²:

“O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais²³ sejam tratadas da mesma forma, a não ser que, em um discurso de aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto.”

A partir disso percebemos que nenhuma norma (mesmo “principiológica”) pode prever todas as suas hipóteses de aplicação. Ela é pensada para algumas situações, mas a vida é muito mais rica e complexa do que a necessária simplificação que significa a textificação de condutas de forma hipotética. Pelas mesmas razões, também precedentes e súmulas, como textos que são (e mais,

21 Esse conhecimento de todos os princípios não é uma tarefa fácil. Aparece aí a figura do Juiz Hércules (DWORKIN, 2007, p. 87 et seq.) enquanto recurso argumentativo. Cf. também Habermas (1998, p. 286).

22 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 274.

23 O autor está se valendo da ideia de “norma adscrita”, no sentido dado por R. Alexy, isso é, de “normas criadas no processo de concretização do direito, seja pelos tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado Direito Fundamental” (BUSTAMANTE, 2012, p. 269-270).

erigidos a partir de situações concretas, o que os vincula mais de perto a certas hipóteses e não outras), também não podem “prever todas as suas situações de aplicação”. Não é mais plausível acreditar-se que a inclusão de mais textos (súmulas, súmulas vinculantes, etc.) terá a capacidade de resolver o problema da diversidade de interpretação dos textos originais (as normas), tomando o lugar destas (ou ao menos concorrendo com elas) como fonte do direito²⁴.

A primeira constatação não fez com que abandonássemos a produção de normas; de igual forma, ao tomarmos ciência da realidade da segunda constatação, isso também não nos fará abandonar por completo a jurisprudência, as súmulas, etc. Isso apenas mostra que a aplicação do Direito se torna mais complexa para nós, hoje, e que “esquemas de simplificação” e “fórmulas” não conseguirão contornar tal realidade.

No que tange às súmulas e aos julgados, nossos Tribunais hão de ter claro que uma coisa é “tomar em conta um precedente judicial”, outra, bem diferente, é querer, com isso gerar uma “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial”²⁵.

O trabalho com precedentes, de um lado, possibilita o reaproveitamento de razões já testadas e aplicadas no passado, de outro, envolve um trabalho árduo de reconstrução de qual (das) *ratio decidendi* está (estão) ali presente(s) e se a mesma (ou qual delas) é (são) relevante(s) para o caso atual. Esse trabalho é ainda maior quando se trata de querer aplicar um enunciado de súmula, pois o mesmo só pode fazer sentido se repassados os casos que lhe deram origem, para, aí, então, comparar-se com o caso a ser julgado.

A ideia de uma “interpretação construtiva do direito”, como fizemos referência com Dworkin, somada a esse “senso de adequabilidade”, referido por Günther, são elementos que reputamos extremamente importantes para Tribunais que pretendem lidar com a aplicação do Direito nessa quadra da

24 Assim, por exemplo, MANCUSO (2001, p. 96 et seq.) e um Relatório do STF de 2008: “[a] Lei nº 11.417/06 possibilitou ao Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. As súmulas vinculantes são resultantes, principalmente, de julgamentos de questões de massa, que individualmente proliferam nos fóruns, em repetidas ações. A consolidação desses precedentes ou de entendimento uniforme adotado pelo Tribunal em certos casos evita o surgimento de ações semelhantes e a multiplicação de processos para apreciação em todos os níveis de jurisdição. Com a aplicação desse instrumento, espera-se uma deflação da demanda que atualmente sobrecarrega a Justiça Federal e as Varas de Fazenda Pública, e com esse espírito, então, alcançar mais célere desempenho nas demais questões atribuídas ao Tribunal” (BRASIL, 2008, p. 37).

25 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 270.

história²⁶ (seja em sistemas de *common law*, *civil law* ou, o que tem sido mais comum, em sistemas híbridos).

4 – PROBLEMAS EM SE DESCOBRIR O QUE FOI REALMENTE JULGADO E PADRONIZADO...

Ao se partir das premissas anteriormente discutidas, necessitamos, diante de um caso concreto, verificar se o modo como os julgados são formados num Tribunal Superior atenderiam à referida linearidade argumentativa para a criação de um padrão decisório ou não.

Na formação de um acórdão, o Tribunal há que ter o devido cuidado, de forma a que o que se “acordou” seja, de fato, um entendimento comum, seja quanto à procedência/improcedência, seja quanto aos fundamentos, sob pena de a decisão ser ou enganosa ou tenha pouca força como precedente – é o que se pode ver, somente como hipótese exemplificativa, no REsp 422.778 do STJ²⁷: a decisão da Turma foi por maioria, aparecendo como votos vencedores a Min^a Nancy Andrighi, o Min. Ari Pargendler e o Min. Menezes Direito.

Na *ementa* se lê: “Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento”.

Contudo, quando se lê os votos dos Ministros, percebe-se que, de fato, os três apontados inicialmente concordaram quanto ao não conhecimento do recurso. No entanto, a tese de fundo, que fez parte da ementa – sobre ser a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC uma “regra de julgamento” – apenas foi adotada pela Min^a Nancy Andrighi. O voto da Ministra Andrighi possui vários fundamentos²⁸, entre eles a questão sobre a melhor compreensão do CDC ao caso:

“Afirma a recorrente que o Tribunal *a quo* violou o art. 6º, VIII, do CDC, porquanto entendeu que a inversão do ônus da prova é regra de

26 Cf. Cattoni de Oliveira (2003, p. 183-184).

27 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

28 Como mostra Thomas Bustamante (2012, p. 256-258), dificilmente um precedente possui apenas “uma *ratio decidendi*”. Sendo, então, uma decisão colegiada o problema só aumenta. Assim é que podemos visualizar nos votos que diferentes fatos foram ressaltados por um e não por outro Ministro e que um mesmo julgador, como a citada Ministra Nancy, se apoiou em mais de um “fato material” para dar seu entendimento. Ora, se um caso pode possuir mais de uma *ratio decidendi*, seu uso para outros casos no futuro deverá considerar tal complexidade e a escolha entre o que é “essencial” e o que é meramente *obiter dicta* não é nem óbvia e nem neutra.

juízo e, segundo a recorrente, seria regra de instrução processual. Contudo, conforme posicionamento dominante da doutrina, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento.”²⁹

E, após citar doutrina, continua:

“E não poderia ser diferente, porquanto se o inciso VIII do art. 6º do CDC determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (...).”³⁰

Também menciona precedente da própria 3ª Turma: “Por fim, registro que esta Turma já teve oportunidade de decidir, por unanimidade, no REsp 241.831/RJ, Rel. Min. Castro Filho (...), que ‘A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.078/90 não é obrigatória, mas regra de julgamento’”.

Interessante observar-se que no REsp 422.778, que buscamos comentar, o Min. Castro Filho também era o Relator original, no entanto, sua posição não é aquela que a Minª Nancy buscou no caso precedente. O Min. Castro Filho aqui sustenta claramente que a regra do CDC é que o juiz deve, observado o caso, proceder à inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória.

Aliás, mesmo no REsp 241.831 (citado pela Minª Andriighi), o Min. Castro Filho, apesar de usar a expressão “regra de julgamento” para se referir ao art. 6º, VIII, do CDC, o faz lembrando que o inciso fala de “inversão *ope judicis*”, que, pois, deve ser verificado pelo juiz do caso na sua aplicação, não sendo, então, obrigatória. Em nenhum momento o caso citado trabalha a diferença entre “regra de julgamento” e “regra de procedimento”³¹.

29 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andriighi, j. 19.06.07.

30 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andriighi, j. 19.06.07.

31 Ver: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 241.831, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. 20.08.02.

Voltando ao caso (REsp 422.778), o Min. Ari Pargendler apenas indiretamente tratou sobre o tema da inversão do ônus da prova³².

Já o Min. Menezes Direito adotou tese diretamente oposta (para ele o dispositivo traz uma “regra de procedimento”). Após revisitar os votos do Relator, Min. Castro Filho (que conhecia do recurso por entender que o citado CDC trata de “regra de procedimento”), e a divergência aberta pela Min^a Andrichi (que entende ser “regra de julgamento”), o Ministro Menezes Direito entendeu que o voto do Min. Ari Pargendler não se alinhou com os anteriores. De toda sorte, ele concorda (nesse ponto) com o Ministro-Relator (e não com a Min^a Andrichi):

“Anoto que o voto do Ministro Ari Pargendler não cuidou especificamente da inversão do ônus da prova tal como disciplinado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Cuidou, sim, da situação decorrente dos resultados da instrução probatória, cabendo ao Juiz (...) ‘ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória (...)’. Pedi vista porque me alertou o destaque posto pelo eminente Relator no que diz especificamente com a inversão automática do ônus da prova, tal e qual afirmado no acórdão. É que, de fato, o acórdão apresentou uma interpretação que não me parece a melhor para o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, afirmou que ‘apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que

32 “O Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento ‘para determinar o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que se possibilite à recorrente fazer a prova dos fatos por ela alegados’. Dele divergiu, em voto-*vista*, a Ministra Nancy Andrichi, para quem ‘a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento’, razão pela qual não conheceu do recurso especial. Sigo, no particular, as lições de Barbosa Moreira, expostas em ‘Julgamento e Ônus da Prova’ (...). ‘Mesmo diante de material probatório incompleto’ – escreveu o eminente jurista –, ‘o órgão judicial está obrigado a julgar. Essa eventualidade gera riscos para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente, no sentido desejado, sobre o convencimento do juiz. (...) A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava’. (...) Ora, *semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento em que julga*” (grifos nossos). Na citação que o Ministro faz da obra de Barbosa Moreira ele parece indicar que o art. 6º, VIII, estabelece regra de julgamento e não de instrução, o que o colocaria ao lado da Ministra Nancy. Os que lhe seguiram, no entanto, assim não compreenderam, entendendo que o Ministro Ari Pargendler havia aberto uma outra linha de raciocínio.

se não deve inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério' (...), ou seja, inverte-se o ônus da prova independente da expressa manifestação do Juiz; segundo, relegou a existência de elementos concretos para a inversão, ou seja, deu pela presunção da hipossuficiência do consumidor e deixou a verossimilhança 'da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor' (...). Isso, sem dúvida, contraria a nossa jurisprudência que não hesita em afirmar que a hipossuficiência deve ser reconhecida diante de elementos compatíveis de prova e que é necessária a presença das circunstâncias concretas que demonstrem a verossimilhança da alegação, estando a inversão no contexto da facilitação da defesa como apreciado nas instâncias ordinárias (REsp 541.813/SP, da minha relatoria, DJ 02.08.04; REsp 122.505/SP, da minha relatoria, DJ 24.08.98; REsp 598.620/MG, da minha relatoria, DJ 18.04.05). Nesse último precedente assinalei em meu voto que não se pode impedir que o Juiz, 'presentes os requisitos do dispositivo de regência, defira a inversão no momento da dilação probatória, para fazê-lo em outro, após a produção da prova'. Essa orientação foi também acolhida pela Quarta Turma, isto é, 'dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes –, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal'.³³ (REsp 662.608/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05.02.07)

Então, após mostrar que há dissidência sobre o tema, conclui:

“No plano teórico, portanto, não me parece que deva ser prestigiada a orientação defendida pela ilustre Ministra Nancy Andrighi (...). É que o momento oportuno para a inversão é o da dilação probatória considerando que a inversão dar-se-á a critério do Juiz e desde que, no contexto da facilitação da defesa, esteja presente um dos elementos mencionados no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, isto é, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.”³⁴

Até esse momento, então, o Ministro Menezes de Direito concordava com o Relator: *o inciso VIII do art. 6º trata de “regra de procedimento” e não*

33 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

34 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Minª Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

DOCTRINA

de regra de julgamento como queria a Min^a Nancy Andrichi – razão pela qual, até aí, o voto do Min. Menezes Direito seria por conhecer do recurso, como fez o Relator.

Contudo, na sequência percebe-se que o Ministro Menezes Direito entende que, *no caso*, há outra questão que deve ser examinada:

“Mas, no caso concreto, há outra questão a ser examinada, qual seja a identificação da responsabilidade independente dessa inversão acolhida pelo Tribunal local. É que o acórdão considerou amplamente que houve o dano e o nexa causal com base na prova dos autos. Mas, e aí, a controvérsia, a sentença, embora reconhecendo tudo isso, deixou de condenar a empresa porque não comprovada a sua legitimidade passiva, ou seja, não seria ela a responsável pela garrafa que provocou o evento danoso. O acórdão, entretanto, antes mesmo de mencionar a inversão do ônus da prova, asseverou que o ‘autor, ao opor a presente ação contra Refrigerantes Marília Ltda. (...), assim o fez considerando que era aquela empresa a responsável pela fabricação e distribuição do refrigerante Coca-Cola na região em que ocorreu o evento danoso – esse fato, ressalte-se, resultou incontroverso (...)’. Na realidade, se há ação de responsabilidade civil ordinária, isto é, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor, e a parte ré entende que não é a responsável, sendo parte ilegítima passiva, deve desde logo provar esse fato, haja, ou não, a inversão do ônus da prova. É que o art. 333, II, do Código de Processo Civil impõe ao réu provar a existência ‘de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor’. Ora, se não faz essa prova (...), e é pertinente no sistema processual brasileiro que assim faça, desde que tenha o autor provado o fato constitutivo do seu direito. (...) Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.”³⁵

Assim, o Ministro Menezes Direito deixou claro que concorda com o Relator sobre ter o Tribunal recorrido interpretado mal o art. 6º, VIII, do CDC (quanto a esse ponto, ele acompanhava o Relator e discordava da Min^a Nancy Andrichi). No entanto, enfrentou questão não tratada pelo Ministro-Relator,

35 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrichi, j. 19.06.07.

mas que o foi pela Min^a Nancy Andrighi, ou seja: que, uma vez comprovado o direito do autor, cabe à ré mostrar o fato impeditivo do direito do autor.

Esse é o ponto sobre o qual concordam os Ministros Menezes Direito e Nancy Andrighi. Na ementa do acórdão, contudo, cuja redação coube à Min^a Andrighi (em razão da divergência), os fundamentos para não se conhecer do recurso foram:

“– Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita, a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n^o 7 deste STJ.

– Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’.

– Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6^o do CDC, é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.”³⁶

O primeiro fundamento, da forma como colocado, fez parte apenas do voto da Min^a Andrighi, os demais que também não conheceram do REsp não trataram sobre estar a questão do exame sobre os requisitos da responsabilidade impedida ou não pela Súmula n^o 7 do STJ. O segundo fundamento também faz parte do voto da Min^a Andrighi, mas não é tratado dessa forma pelos outros dois Ministros. O Min. Ari Pargendler cuida dos riscos acerca do ônus da prova. Quem se aproxima da Min^a Andrighi é o Min. Menezes Direito, quando discorre sobre o art. 333 do CPC.

Quanto ao terceiro fundamento, mostramos que ele foi primeiramente defendido pela Min^a Nancy Andrighi e indiretamente mencionado pelo Min. Ari Pargendler no mesmo sentido. Contudo, não há “acordo” sobre esse ponto

36 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 422.778, 3^a T., Rel. p/ acórdão, Min^a Nancy Andrighi, j. 19.06.07.

no julgamento, uma vez que o terceiro Ministro que compõe a maioria discorda do entendimento da Relatora – *e ele diz isso expressamente* –, o que nos leva a concluir que isso não poderia ter feito parte da ementa e ainda que uma das partes poderia intentar Embargos de Declaração para ter esclarecido esse ponto.

Qual a força argumentativa (qual o peso argumentativo)³⁷ de um caso desses para se tornar um precedente? Qual(is) ratio decidendi se pode(m) extrair aqui que sirva(m) para futuros casos se nenhum dos três fundamentos do “acórdão” contou com o “acordo” dos que figuram como votos vencedores?

O caso ainda rendeu “Embargos de Divergência” julgados pela 2ª Seção do STJ³⁸. Aqui também a polêmica foi grande e a decisão foi tomada por maioria de votos no sentido de superar o entendimento da Min^a Andrichi:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90, ART. 6º, INCISO VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.

(...)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprionexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida ‘preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos,

37 Cf. BUSTAMANTE, 2012, p. 283.

38 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel^a p/ ac. Min^a Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade' (REsp 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.09.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.”³⁹

Também aqui há uma pluralidade de fundamentos. Primeiramente, o então Relator, Min. João Otávio de Noronha, entendia que havia duas questões a serem uniformizadas: uma sobre o valor da indenização e outra sobre a melhor interpretação do art. 6º, VIII, do CDC e que sobre o primeiro ponto a Corte Especial já havia se manifestado previamente e, logo, apenas o segundo ponto deveria ser tratado e, sobre este, que a 2ª Seção já possuiria precedente (REsp 802.832, cuja solução fora afetada à 2ª Seção)⁴⁰ que fixara em sentido contrário o decidido pela 3ª Turma. Por isso, o Min. Otávio de Noronha deu provimento aos Embargos.

Por sua vez, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que, como mencionado, havia sido o Relator do acórdão citado pelo Min. Noronha para dar seu voto, entende que *o caso que agora se apresentava*, tratava de “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço” (arts. 12 e 14 do CDC), e não de “responsabilidade por vício do produto” (art. 18), sendo, então a inversão do ônus da prova *ope legis*, independente, pois, de atividade do juiz⁴¹, razão pela qual divergiu do Relator.

39 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Relª p/ ac. Minª Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

40 Nesse caso, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator, advoga que a inversão do ônus da prova no CDC pode ser *ope legis* (arts. 12 e 14), quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto/serviço – e aí caso a parte não se desincumba do mesmo o juiz irá lhe aplicar o ônus pela falta de prova –, ou *ope judicis* (art. 18), responsabilidade por vício do produto – nesse último caso o juiz deve avaliar caso a caso e, se determinar a inversão, isso deve ocorrer no saneamento do processo (art. 6º, VIII) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, REsp 802.832, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.04.2011).

41 “Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*). Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova. Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante. Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei. A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *ope judicis*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a ‘verossimilhança’ e a ‘hipossuficiência’ a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC. (...) O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor

Então vem o voto da Min^a Maria Isabel Gallotti. Primeiramente ela aderiu à diferença feita pelo Min. Paulo de Tarso quanto à inversão do ônus de prova *ope legis* e *ope judicis*. Contudo, divergiu sobre a própria aplicabilidade do art. 12 ao caso:

“(...) porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau. (...) Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (...). Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (...), mas essa inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.” (sem grifos no original)⁴²

Aduz que a 3ª Turma, ao julgar o REsp mencionado acima, considerara que “a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC, é regra de julgamento”. A questão que deveria agora ser decidida nos Embargos

demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito. Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto. Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.”

42 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel^a p/ ac. Min^a Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

de divergência seria, tal como posto pelo Min. Noronha, apenas referente ao momento em que deveria haver a inversão do ônus da prova e, como tal questão já estava resolvida (desde o julgado mencionado pelo Min. Noronha), a Ministra vota por aplicá-lo ao caso, também dando provimento aos Embargos.

Com esse voto o Min. Raul Araújo reformou seu voto para seguir os Ministros Noronha e Isabel Gallotti. Também aderiram à tese os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ficaram vencidos os Ministros Tarso Sanseverino, Nancy Andrichi e Sidnei Beneti, sendo, pois, conhecidos e providos os Embargos de Divergência por maioria de votos.

Qual(is) *ratio decidendi* se pode auferir desse julgamento? Do que se apreende da decisão, a Seção reafirmou posição anterior quanto à aplicação do inciso VIII do art. 6º do CDC. Também restaram acordadas a forma como devem ser aplicados os arts. 12 e 13 do CDC.

E o que dizer da discussão sobre a diferença entre a inversão do ônus de prova ser *ope legis* ou *ope judicis*? Pode-se dizer que ela seja apenas *obiter dicta*? Tradicionalmente se argumenta que *obiter dicta* seria a regra jurídica enunciada pelo julgador, mas não utilizada no caso⁴³; contudo, a diferença entre aquela e a *ratio decidendi* não é um dado objetivo⁴⁴, mas também uma questão argumentativa.

Perceba-se que mesmo concordando que o resultado esteja correto (qual seja que a inversão seja regra de procedimento a ser levada a cabo em momento oportuno para viabilizar a quem tiver o ônus atribuído), o que nos preocupa é a ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros na formação de suas decisões, especialmente ao se perceber o modo com que trabalharam com julgados anteriores para servir de fundamento.

Esse singelo exemplo nos demonstra que temos ainda muito por evoluir para chegar a uma tal postura decisória que demonstre o efetivo respeito ao contraditório como garantia de influência e não surpresa, com respeito e análise dos julgados anteriormente expendidos e, especialmente, a todos os argumentos potencialmente relevantes na formação decisória.

Enquanto o “velho” *modus decidendi* prevalecer, a prolação de julgados pelos Tribunais Superiores que cumpram a real função de uniformizar a juris-

43 Ou ainda “do convencimento judicial expresso sobre questões alheias ao pedido das partes, ou da regra geral e da exceção enunciada pelo juiz mas seguida da aplicação apenas da regra geral ou da exceção, ou ainda da regra enunciada com a finalidade de encontrar, por contraposição, aquela aplicável ao caso em espécie” (BUSTAMANTE, 2012, p. 276).

44 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, p. 277.

DOCTRINA

prudência e padronizar de modo legítimo somente será uma defesa teórica de difícil e perigosa implementação prática.

Devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes.

A busca de *técnicas processuais constitucionalizadas* de formação de precedentes deve ser uma das principais temáticas daqueles que se preocupam com uma abordagem de efetividade constitucional do processualismo pátrio. Caso contrário, se padronizará de modo pobre e quantitativo, com a criação de problemas ainda maiores daqueles que já possuímos.

PROVOCAÇÕES FINAIS

Como se pode notar, estamos muito longe de perceber a verdadeira importância do Direito Jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados à tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

Evidentemente que se trata de uma tendência inexorável.

E isso torna a tarefa de todos os envolvidos mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a Jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vêm auferindo ao longo desses 25 anos pós-Constituição de 1988.

Não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa.

Precedentes, como aqui se afirmou, são princípio(s) (não fechamento) da discussão e aplicação do direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.

Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes, para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil.

E, por fim, é de se perceber que ao Direito Jurisprudencial se aplica com precisão a histórica frase de Sander, ao comentar a tendência do uso das “ADRs”,

na década de 1970: “não existem panaceias, apenas caminhos promissores para explorar. E há tanta coisa que não sabemos (...)”⁴⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b, p. 363-372.

_____. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO NETTO, Menlick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, vol. 3, p. 473-486, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Justification et Application Universalistes de la Norme en Droit et en Morale. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, tome 37, p. 269-312, 1992.

_____. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 6, p. 85-102, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n. 29, p. 73-85, maio-jun./2004.

_____. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. Puc Minas, 2003, dissertação de mestrado.

_____; THEODORO Jr., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, v. 168.

45 “There are no panaceas; only promising avenues to explore. And there is so much we do not know.” Trecho da conclusão da histórica preleção proferida por Frank A. Sander, na segunda Pound Conference, em 1976, que fortaleceu muitíssimo o movimento pró-técnicas alternativas (adequadas) de resolução de conflitos (ADR – *alternative dispute resolution*). SANDER, Frank. A. Varieties of dispute processing. LEVEN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

DOCTRINA

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, São Paulo, RT, setembro de 2011.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, abril 1994, p. 7-13.

SANDER, Frank. A. Varieties of dispute processing. In: LEVEN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*. Minnesota: West Publishing Co. 1979. p. 86.

STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 177-206, 2009.

INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM PARCELA ÚNICA: IMPLICAÇÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS DO ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

Estêvão Mallet*
Flávio da Costa Higa**

I – INTRODUÇÃO: DANO E INDENIZAÇÃO

Nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil – norma geral em matéria de responsabilidade civil –, “a indenização mede-se pela extensão do dano”¹. Quer dizer, em regra, não desempenhando e não devendo desempenhar a indenização função punitiva, concedida que é com finalidade reparatória apenas, deve ela corresponder ao dano causado, ou seja, ao prejuízo provocado. Como anota Pontes de Miranda, em matéria de responsabilidade civil, “a restituibilidade é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança”². Aliás, etimologicamente a expressão “indenização” deriva do latim *indemne*³ e significa “aquilo que se concede ou se consegue para compensação de um prejuízo”⁴.

Por conseguinte, em princípio não importa, para a fixação da indenização, se houve mera culpa do agente ou se agiu ele com dolo. “O direito moderno

* Advogado; professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; doutor e livre-docente em Direito.

** Juiz do trabalho em Coxim/MS; professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul – Ematra/MS; doutorando e mestre em Direito pela USP.

1 Com a ressalva de que tal postulado não se aplica aos danos extrapatrimoniais, por óbvia impossibilidade ontológica: “A regra da simetria do art. 944, *caput*, do Código Civil incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a ‘extensão’ do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica traduzida em valores monetários” (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 22).

2 *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo LIII. § 5.508. n. 1. p. 207.

3 MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Lisboa: Confluência, 1967. vol. II. p. 1.279

4 SILVA, António de Moraes. *Grande dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Confluência, 1953. vol. V. p. 918.

– anota Carlos Roberto Gonçalves – sublimou aquele caráter aflitivo da obrigação de reparar os danos causados a terceiro, sob a forma de sanção legal, que já não mais se confunde com o rigoroso caráter de pena contra o delito ou contra a injúria, que lhe emprestava o antigo direito⁵. Mesmo regras como as do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que reduzem o montante da indenização, diante de culpabilidade pouco relevante, ou as do art. 392, também do Código Civil, que vinculam a própria obrigação de indenizar ao grau de culpabilidade (dolo ou mera culpa), são excepcionais.

Não é a gravidade da conduta suficiente para fazer com que a indenização ultrapasse a extensão do dano, portanto. “Le montant des dommages-intérêts accordés à la victime doit être absolument indépendante de la gravité de l’acte accompli”, consoante os Mazeaud⁶. Se houve a destruição de um bem, de valor correspondente a R\$ 10.000,00, a indenização deve ser de R\$ 10.000,00.

Insista-se: no campo da responsabilidade civil, não pode a indenização superar o valor do dano. Ainda que séria a lesão, ainda que tenha o causador dela agido com dolo ou de modo malicioso, a indenização destina-se a recomposição de seu patrimônio, tornando-a indene. Logo, se o prejuízo foi de R\$ 10.000,00 – para retomar a cifra já empregada –, a indenização deve ser de R\$ 10.000,00. Deferir indenização de R\$ 20.000,00 para o prejuízo de R\$ 10.000,00 não é indenizar.

Em resumo, se a indenização deve corresponder ao prejuízo sofrido, não deve tampouco superar esse prejuízo. Eis o significado principal do art. 944, *caput*, do Código Civil. A advertência de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a propósito, é bastante oportuna ao lembrar que a norma posta consagra, na legislação brasileira, o chamado princípio da reparação integral, do qual se extraem os dois limites para o montante da indenização: “a) piso indenizatório (todo o dano); b) teto indenizatório (não mais que o dano)”⁷.

Trata-se, não custa dizer, de solução natural, desdobramento, como já dito, da função reparatória e não punitiva da indenização, encontrada, por isso mesmo, em outros sistemas jurídicos. Em França, onde também se menciona o

5 *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 11. p. 518.

6 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Paris: Montchrestien, 1957. Tome premier. n. 10. p. 7.

7 O princípio da reparação integral e os danos pessoais. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em: 6 out. 2012. Em jurisprudência: “(...) a responsabilidade civil brasileira é orientada pelo princípio da reparação integral do dano, segundo o qual a indenização é fixada de acordo com a extensão do dano” (TJRS, 12ª Câm. Civ., Proc. 70039938352, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, julg. em 30.08.2012. In: DJ 03.09.2012).

princípio da reparação integral⁸, a jurisprudência chega a dizer que “le propre de la responsabilité civile est de réparer tout le dommage, mais rien que le dommage”⁹. Por conseguinte, “la réparation du dommage ne peut excéder le montant du préjudice”, como assentado certa feita pela Corte de Cassação¹⁰.

II – PERDA OU REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO E PAGAMENTO ÚNICO

Conquanto o vigente Código Civil não tenha rompido com o princípio da reparação integral – do qual decorre, como indicado, a vinculação da indenização à extensão do dano –, explicitando-a mesmo no *caput* do art. 944, inovou, no caso de perda ou redução da capacidade de trabalho, ao abrir oportunidade para substituição de pagamentos mensais, sob a forma de pensão, por indenização arbitrada em parcela única. Trata-se da previsão do parágrafo único do art. 950, *verbis*:

“Art. 950. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

A inovação não deixa de ter sua importância. Diante do direito anterior, previsto apenas o pagamento de pensão, não se podia, *ope judicis*, atribuir ao prejudicado crédito único. Ainda que fosse o seu desejo ou ainda que entendesse o juízo mais conveniente a solução, não havia como adotá-la. Afinal, pensão “é renda, paga mensal ou anualmente”¹¹. Pensão nunca é parcela única. A legislação sempre vincula pensão a pagamento periódico¹². Logo, se a lei mencionava pensão, o pagamento tinha de ser feito por meio de prestações periódicas. Por isso, o Supremo Tribunal Federal, quando ainda vigente o Código Civil de 1916, certa feita repeliu pretensão de substituição de pensão por

8 WIEDERKEHR, Georges; HENRY, Xavier; VENANDET, Guy; TISSERAND, Alisse; JACOB, François. *Code Civil*. Paris: Dalloz, 2004. p. 1.198.

9 *Cour de Cassation, 2^{me} Chambre Civile*, Processo 01-01781, decisão de 12.09.02. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007441366&fastReqId=192461901&fastPos=1>>. Acesso em: 6 out. 2012. O mesmo enunciado reaparece em outro precedente, agora da *Chambre Commerciale*, Processo 92-20220, decisão de 22.11.94. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007242746&fastReqId=528193874&fastPos=3>>. Acesso em: 6 out. 2012.

10 *Chambre Commerciale*, Processo 98-11392, decisão de 11.05.99. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043984&fastReqId=2064685887&fastPos=1>>. Acesso em: 6 out. 2012.

11 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. XXI. p. 156.

12 Cf., por exemplo, Lei n° 8.213/91, art. 75, e Lei n° 8.112/90, art. 215.

DOCTRINA

crédito único, acolhida em segundo grau de jurisdição. Deu-se provimento a recurso extraordinário, em aresto com a seguinte ementa:

“Pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil. Pretensão inaceitável de pagamento, de uma só vez, à família da vítima, que lhe teria a gestão.” (STF, 1ª T., RE 105.151/MA, Rel. Min. Oscar Corrêa, julg. em 07.05.85)¹³

Idêntica conclusão prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça. No acórdão afirmou-se que o pagamento de pensão em uma só parcela ofendia a regra do art. 1.537 do Código Civil de 1916:

“ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PENSÃO. I – A condenação ao pagamento de uma só vez da indenização resultante de responsabilidade civil por ato ilícito afronta o art. 1537 do Código Civil.”¹⁴ (STJ, 4ª T., REsp 2.751/RN, Rel. Min. Fontes de Alencar, julg. em 12.06.90)

E o Tribunal Superior do Trabalho, a seu turno, pôde assinalar que o pagamento de pensão em parcela única “não encontra (...) guarida no art. 1.539 do Código Civil de 1916”¹⁵.

Ao legislador pareceu conveniente mudar o cenário normativo, todavia, e abrir espaço para alternativa. Com a entrada em vigor do atual Código Civil, importou-se solução encontrada em outros sistemas jurídicos, especialmente no direito alemão. O § 843 do *Bürgerliches Gesetzbuch* estabelece, no n. 1, a regra geral aplicável ao dano que afeta a capacidade de trabalho da pessoa, à semelhança do que se tem no direito brasileiro:

“(1) Se, em consequência de uma lesão corporal ou de um atentado à saúde, a capacidade de trabalho do lesado é destruída ou diminuída, ou se aumentam as suas necessidades, a indenização deve consistir em uma renda em dinheiro.”¹⁶

O n. 3, do mesmo dispositivo, no entanto, prevê:

“(3) Em lugar da renda, o lesado pode exigir a liquidação em capital, se existe uma causa grave.”¹⁷

13 DJU 07.06.85, p. 8.892.

14 DJU 06.08.90, p. 7.341.

15 TST, 3ª T., RR 9953500-98.2006.5.09.0005, Relª Minª Rosa Maria Weber, julg. em 11.10.2011. In: DEJT 21.10.2011.

16 Tradução livre da versão em francês de: MEULENAERE, O. de. *Code Civil allemand*. Paris: A. Marecq, 1897. p. 225.

17 *Idem*.

Há, é certo, diferenças entre os dois sistemas jurídicos. No direito alemão, é preciso “causa grave” para justificar a conversão da renda em pagamento único, exigência não formulada pelo legislador nacional, ainda que a jurisprudência afaste ideia de arbítrio do credor e repila o pedido, quando demasiadamente gravoso para o devedor ou presentes outras circunstâncias ponderáveis¹⁸. Mais do que examinar as diferenças entre as duas soluções, importa assinalar dois significativos pontos decorrentes da mudança.

O primeiro relaciona-se com a aplicação da nova regra no tempo. A questão está em apurar se danos produzidos antes da entrada em vigor do atual Código Civil podem, caso a ação seja ajuizada depois ou o pagamento arbitrado depois, dar margem a aplicação do parágrafo único do art. 950. A resposta é bastante simples e de fácil enunciação. É tranquilo – e correto – o entendimento de que a legislação aplicável em matéria de responsabilidade civil é aquela vigente ao tempo em que se produz o dano. A lei nova não pode retroagir a fim de disciplinar de forma diferente evento ocorrido antes de sua entrada em vigor. Para ficar em exemplo óbvio, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil não se aplica a danos ocorridos antes da entrada em vigor do Código. Roubier é peremptório: “c’est la loi du jour où le dommage a été causé qui fixera les conditions de la responsabilité civile (...) c’est également cette loi qui fixera l’étendue du droit à réparation”¹⁹. E a Corte de Cassação assentou: “dans le cas où un texte legal fixe le montant de l’indemnité due pour

-
- 18 O Tribunal de Justiça de São Paulo realçou, sobre o tema: “Pede o autor a aplicação do art. 950, parágrafo único, do Código Civil. O pagamento único da pensão, todavia, não depende só da vontade do autor, como possa parecer de uma leitura desatenta ou apressada ao dispositivo. Há de se levar em conta, também, a possibilidade econômica do ofensor. No caso, seriam 40 anos de pensão. Inexiste prova nos autos, especialmente diante do ajuizamento de outras ações relativas a outras vítimas, inclusive fatais, possa a ré despendar tal quantia” (TJSP, 21ª Câm. Dir. Privado, Apelação 990.10.042751-2, Rel. Des. Silveira Paulilo, julg. em 24.03.2010). Na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho assim decidiu: “1.2. O parágrafo único do mesmo diploma legal confere à vítima a faculdade de optar pelo pagamento da indenização de uma só vez. 1.3. Ocorre que o julgador, antes de acolher o pedido de pagamento integral, de uma só vez, deve estar atento às condições econômicas e financeiras do devedor e ao interesse social, consistente na proteção da vítima. 1.4. Assim, a depender do caso concreto, o julgador poderá indeferir o pedido de pagamento integral de uma só vez, e, sendo o caso, determinar a constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. Recurso de revista conhecido e desprovido” (TST, 3ª T., RR 104600-43.2008.5.18.0171, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julg. em 05.05.2010. In: DEJT 21.05.2010).
- 19 ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Paris, Dalloz, 1960. n. 42. p. 188. Também assim Henri Capitant: *Introduction à l’étude du droit civil*. Paris: Pedone. n. 37. p. 68. Na doutrina nacional, em sentido conforme, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho: *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. vol. 1. n. 117. p. 446/447; e Estêvão Mallet: *Conflito de leis trabalhista no tempo*. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998. n. 5. p. 34/35.

la réparation d'un prejudice, c'est la loi en vigueur a la date de l'accident qui doit etre appliquée"²⁰.

O segundo ponto envolve bem compreender a regra nova do Código Civil brasileiro. Cumpre, em particular, discorrer sobre a fixação da indenização, no caso de pagamento em parcela única, especialmente para determinar como se chega ao valor a ser pago. O assunto é um tanto mais complexo do que o anterior e reclama digressão mais alongada, em tópicos próprios.

III – CÁLCULO, ARBITRAMENTO E PAGAMENTO ÚNICO

Na interpretação do parágrafo único do art. 950 do Código Civil, é preciso considerar, para fixar o valor do pagamento único, o texto legal. Nada de extraordinário. A interpretação de qualquer norma jurídica começa sempre pelo texto, ainda que não termine nele nem fique a ele restrita. Não se ater apenas ao texto no campo hermenêutico – o que se compreende e se justifica plenamente, pois, consoante Celso, “conhecer as leis não é ater-se a suas palavras, mas compreender sua força e efeitos”²¹ – não significa licença para desprezá-lo, sem mais. Afinal, é insubstituível o papel hermenêutico do texto em qualquer situação em que seja necessário compreender algum enunciado. Geny, que nunca poderá ser acusado de literalista, realça que é pelo texto, antes de tudo mais, que se deve dar início à atividade de interpretação²², como o fazem também muitos autores, entre os quais se incluem de Ruggiero²³ e, no Brasil, Vicente Ráo²⁴. Karl Larenz é peremptório: “toda a interpretação tem que começar com o sentido literal”²⁵. Na jurisprudência, colhe-se expressivo precedente da Corte Suprema da Califórnia em que se afirma: “[t]he statutory language itself is the most reliable indicator, so we start with the statute’s words (...)”²⁶.

Pois bem, o parágrafo único do art. 950, ao tratar do pagamento de indenização em parcela única, não se referiu a cálculo. A expressão empregada é outra. Menciona-se arbitramento, *verbis*: “indenização (...) arbitrada”. Arbi-

20 *2^{me} Chambre Civile*, decisão de 18.07.67. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00000697555&fsReqId=1252866788&fastPos=3>>. Acesso em: 9 out. 2012.

21 Digesto, I, III, 17.

22 *Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif*. Paris: LGDJ, 1932. *Tome premier*. n. 101. p. 276/277. Também assim Henri Capitant: *Introduction a l'étude du droit civil*. Paris: Pedone. *Cinquème édition*. n. 68. p. 99.

23 *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1952. *Volume primo*. § 17. p. 47.

24 *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 1997. vol. 1. n. 366. p. 479.

25 *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 386.

26 *Wells v. One2One Learning Foundation* (2006) 39 Cal.4th 1164, 1190.

trar, como se sabe, é coisa completamente diversa de calcular. As operações são inconfundíveis. Cuida-se de distinção bem conhecida e corrente no direito positivo, especialmente no campo da liquidação de sentença, como se vê, por exemplo, no art. 879 da CLT, que se refere separadamente a “cálculo” e a “arbitramento”. A primeira operação envolve operação aritmética (CPC, art. 475-B). Quem liquida, no fundo, é o contador, que faz o cálculo, não o juiz²⁷. Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a condenação em valor fixo e/ou em números de salários-mínimos pode ser executada diretamente sem necessidade de liquidação por arbitramento”²⁸. Quando o caso é de arbitramento, ao contrário, há que atribuir valor a algo, atribuição que vai além de mero cálculo matemático²⁹, implicando estimação, ponderação, juízo.

Se o legislador civil de 2002 referiu-se a arbitramento, não a cálculo, deve-se entender a expressão no sentido que lhe é próprio, no seu verdadeiro sentido, ou seja, como algo diverso de mero cálculo. Afinal, na interpretação das normas legais, não se parte da suposição de uso inapropriado de termo com significado jurídico claro. Termos técnicos, lembra a doutrina especializada, devem ser entendidos no sentido que, segundo a boa técnica, lhes é próprio³⁰. Calha a citação, no caso, do art. 11 do *Civil Code* do Estado norte-americano da Luisiana: “Words of art and technical terms must be given their technical meaning when the law involves a technical matter”. Adota-se, como premissa, que foram os termos técnicos empregados corretamente³¹. É o que deflui, inclusive, do disposto na Lei Complementar nº 95/98, cujo art. 11 determina:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

-
- 27 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. Tomo VI. p. 132.
- 28 3ª T., REsp 840.606/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 01.03.07. In: DJU 19.03.07, p. 346.
- 29 Nos termos em que registrado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o arbitramento é necessário, em matéria de liquidação de sentença, quando se precisa recorrer a “perícia para apurar o crédito a ser executado, nas hipóteses em que ele não pode ser determinado mediante mero cálculo” (STJ, 3ª T., REsp 976.888/MG, Relª Minª Nancy Andrichi, julg. em 06.04.2010. In: DJe 01.07.2010).
- 30 BLACKSTONE, William; TUCKER, St. George; CHRISTIAN, Edward. *Blackstone's commentaries: with notes of reference, to the Constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia*. Philadelphia: William Young Birch and Abraham Small, 1803. § 60.
- 31 Cf. LLAMBÍAS, Jorge Joaquin. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978. Tomo I. p. 40; e, ainda: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. vol. I. n. 276. p. 545; bem como: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil interpretado*. vol. I. p. 77. No campo da técnica legislativa, como regra para a redação de normas legais, cf., novamente, art. 11, inciso I, alínea a, parte final, da Lei Complementar nº 95.

DOCTRINA

I – para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando.”

IV – ARBITRAMENTO, NÃO CÁLCULO

Qual o motivo para ter o legislador aludido, no art. 950, parágrafo único, a arbitramento e não a cálculo? A razão é simples. Quando o pagamento da pensão se faz em parcela única, beneficia-se o credor. Receber tudo antes é melhor do que receber o mesmo, de modo parcelado, ao longo de vários anos. A proposição é de uma evidência manifesta. Envolve informação de domínio comum. Qualquer um sabe que o pagamento à vista leva a valor total menor ao que se obtém em pagamento a prazo. Mesmo nas conciliações em ações trabalhistas, menos parcelas significam, quase que invariavelmente, menor valor e mais parcelas significam maior valor. Não há como imaginar que para o credor, receber R\$ 100.000,00 em um só pagamento é o mesmo que receber dez parcelas mensais de R\$ 10.000,00.

O que o senso comum e a experiência indicam a matemática confirma. O recebimento antecipado permite ganho financeiro, não alcançável antes de recebida a parcela. Assim, no exemplo figurado, a décima parcela de R\$ 10.000,00, se é recebida dez meses antes, por meio do pagamento integral antecipado, vale, após dez meses, mais do que R\$ 10.000,00. Um cálculo simples, tomados os juros de 0,5%, aplicados a partir do segundo mês, indica o seguinte:

Total: 100.000,00 (projetado para 10 meses com juros de 0,5% ao mês)					
Nº de meses	Total de 10 meses	Total aplicado	Juros 0,50% (evolução mensal)	Valor dos juros	Total com juros
1	janeiro	100.000,00			
2	fevereiro	100.000,00	0,50%	500,00	100.500,00
3	março	100.500,00	0,50%	502,50	101.002,50
4	abril	101.002,50	0,50%	505,01	101.507,51
5	maio	101.507,51	0,50%	507,54	102.015,05
6	junho	102.015,05	0,50%	510,08	102.525,13
7	julho	102.525,13	0,50%	512,63	103.037,75
8	agosto	103.037,75	0,50%	515,19	103.552,94
9	setembro	103.552,94	0,50%	517,76	104.070,70
10	outubro	104.070,70	0,50%	520,35	104.591,06
(-) Capital inicial		(100.000,00)			
<i>Ganho real</i>		<i>4.591,06</i>			

DOCTRINA

Quanto maior o lapso de tempo, maior é a vantagem do pagamento antecipado, em uma só parcela. Torna-se muito mais expressivo o ganho, pela antecipação do pagamento, sobre as parcelas devidas no final do período de apuração. Tomado sempre o valor de R\$ 10.000,00 como pensão mensal, se o pagamento é devido por 30 anos, traduzindo-se, portanto, em 360 prestações (30 X 12 = 360), a imposição de pagamento de R\$ 3.600.000,00 (360 X 10.000,00) em parcela única, mantida a taxa de juros mensal de 0,5%, nas mesmas condições do cálculo anterior, leva a um valor total de R\$ 17.973.403,75. Quer dizer, o resultado é quase cinco vezes superior.

É claro que a apuração comportaria algum refinamento. A taxa de juros pode variar, por exemplo. Sendo mais elevada, o ganho é maior. Mas não é preciso chegar a grande precisão. Basta evidenciar numericamente o que o simples senso comum indica, ou seja, receber tudo antes é muito melhor do que receber o mesmo em parcelas.

Por isso é que em França, para a conversão de pensão em pagamento único, adota-se o que se chama de *barème de capitalisation*, como forma de transformar em capital fixo *des revenus périodiques*³². Com a redução do valor, compensa-se a vantagem decorrente da antecipação do pagamento. Em Portugal, a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal de Justiça, chama a atenção para a necessidade de, em caso de pagamento de pensão em uma só parcela, “subtrair o benefício respeitante à recepção antecipada de capital”, efetuando “uma dedução correspondente à entrega imediata e integral do capital”, tudo para que não se verifique “um enriquecimento sem causa do lesado, ou credor, à custa alheia”³³. Em pronunciamento um pouco mais antigo, o mesmo Supremo Tribunal advertia que, “ao entregar-se um certo capital, por uma só vez, o respectivo quantitativo deve ser equitativamente reduzido, para evitar um enriquecimento injusto, em virtude de o lesado poder obter dele um rendimento superior ao seu valor, quer através de um investimento financeiro, industrial, ou comercial, quer mediante a sua colocação em conta que vença juros”³⁴. No Canadá, nem mesmo se discute o ponto. O que se questiona é apenas o montante a ser considerado para cálculo da dedução e a influência que a inflação pode ou não ter na definição do valor final³⁵.

32 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009. 123. p. 214.

33 3ª Sec., Proc. 2.519/06, Rel. Raul Borges, decisão de 02.12.2010. A passagem transcrita encontra-se no item XI da ementa do acórdão.

34 2ª Subsecção Criminal, Proc. 46.783, Rel. Sousa Guedes, decisão de 02.11.95.

35 Veja-se, a propósito, a exposição feita no caso *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 SCR 229, no tópico sobre a *Capitalization rate*, a partir da p. 254. Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1978/1978canlii1/1978canlii1.html>>. Acesso em: 14 out. 2012.

V – PENSÃO POR PERDA OU REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO

Além da vantagem indicada no item anterior, o pagamento antecipado oferece outra para o credor, também muito significativa no campo da pensão por redução da capacidade de trabalho, quando a escolha da alternativa fica a seu critério.

É que a decisão que defere o pagamento de pensão, em decorrência de perda ou redução de capacidade de trabalho, envolve julgamento sobre relação que se prolonga no tempo. A obrigação imposta supõe a manutenção do estado de fato constatado. Não se põe em dúvida que, recuperada a capacidade de trabalho ou atenuada a extensão da perda, deve ser revisto o valor da pensão ou suspenso o pagamento. Seria manifestamente aberrante que o empregado, vitimado por acidente de trabalho e favorecido, por força de decisão judicial, com o benefício previdenciário denominado auxílio-acidente, continuasse a receber o pagamento, mesmo depois de recuperada plenamente ou parcialmente a capacidade de trabalho. A condenação, ainda quando transitada em julgado, é sempre e necessariamente *si et in quantum*.

Trata-se de típica hipótese de relação jurídica continuativa, cujos desdobramentos não se concentram em um único instante nem ficam limitados a um dado momento. São situações regidas por regras jurídicas que, no dizer de Pontes de Miranda, “projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualitativos, de modo que a incidência delas não é instantânea”³⁶. Exemplo clássico de relação jurídica continuativa é o direito ao recebimento de alimentos. A obrigação prolonga-se no tempo e se mantém enquanto presentes os respectivos pressupostos. Se existiam em dado momento e desapareceram mais adiante, cessa a exigibilidade do pagamento³⁷.

As relações jurídicas continuativas ficam sujeitas a alteração a todo tempo. A obrigação que delas decorre nunca se reveste de caráter permanente; tem sempre natureza transitória, não se torna nunca definitiva. De acordo com isso, escreve Clóvis Beviláqua, tendo em vista os alimentos: “como se prestam periodicamente, e não de uma só vez, desde que haja mudança na fortuna de um ou de outro, deve ser alterada a dívida alimentar”³⁸. O mesmo se pode dizer, no campo do Direito do Trabalho, dos adicionais por trabalho em condições insalubres ou perigosas. Alterando-se as condições de trabalho, igualmente se

36 *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1976. Tomo VI. p. 282.

37 Cf. art. 1.699 do Código Civil.

38 *Código Civil*. São Paulo: Francisco Alves, 1943. vol. II. p. 391.

altera a obrigação de pagamento desses acréscimos salariais. A prestação de serviço em condições insalubres ou de risco, ainda que por longo período, não garante o pagamento de adicional remuneratório caso se modifique o ambiente de trabalho ou mesmo deixe de ser considerada insalubre certa condição de trabalho. O direito é expresso no particular, como se vê pelo art. 194, da CLT, assim comentado por Eduardo Gabriel Saad: “o pronunciamento da sentença que condenou a empresa no pagamento do adicional não esgota aquela relação, porque é ela mantida e prossegue, variando em seus pressupostos de qualidade ou de quantidade. Tal sentença (...), embora transitada em julgado, admite revisão quando provada a modificação do estado de fato ou de direito”³⁹. A jurisprudência aplica, sem hesitação, a solução legal, como mostram as Súmulas ns. 80 e 248, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, além de vários julgados⁴⁰.

Nada importa – cumpre advertir – tenha sido o direito ao adicional de insalubridade ou de periculosidade fixado judicialmente, por decisão transitada em julgado. Desaparecendo as circunstâncias que levaram ao deferimento do adicional, não se justifica permaneça inalterado o comando judicial. A declaração judicial da obrigação de pagamento de determinada prestação relacionada com relação jurídica continuativa – qualquer que seja – abrange apenas o aspecto da relação “già svolto nel passato, non gli effetti giuridici successivi al tempo del processo. In particolare, l’ accertamento non copre i fatti futuri, i quali tornano ad essere disciplinati dalle fonti normative astratte”⁴¹. A revisão da decisão, em face de modificação das condições que a ditaram, mostra-se imperativa e, nem de longe, esbarra na garantia da coisa julgada⁴². Aliás, a figura da coisa julgada não supõe – alerta Chiovenda – deva-se ter a sentença “in futuro come norma immutabile del caso deciso”⁴³. Como sublinhou Liebman, a coisa jul-

39 *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 1999. p. 168.

40 Cf., como ilustração: “O recebimento do adicional de periculosidade está diretamente condicionado à persistência do trabalho perigoso. Cessada a condição de periculosidade, não persiste a obrigação do pagamento do adicional respectivo. Recurso conhecido e desprovido” (TST, SDI, Ac. 4.725/94, Rel. Min. Ney Doyle. In: DJU 28.02.95, p. 3.844); “Mudança do local de risco. Uma vez afastado o fato gerador do direito ao adicional de periculosidade, com a mudança do local de prestação de serviços, não há que se falar em continuidade no pagamento de tal verba” (TRT da 2ª Região, 7ª T. Ac. 2960167060, Rel. Braz J. Mollica. In: DJSP 11.04.96, p. 46); e “Cessada a periculosidade da atividade, a suspensão do pagamento do correspondente adicional é legítima e legal, posto que não mais sujeito o empregado aos riscos da atividade perigosa (art. 194 da CLT). Recurso conhecido e desprovido” (TRT da 10ª Região, 3ª T., Ac. 2.953/95, Rel. Juiz Bertholdo Satyro. In: DJDF 18.08.95, p. 11.376).

41 CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 78.

42 DE CUPIS, Adriano. *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 352. Na doutrina nacional, com ampla indicação de precedentes jurisprudenciais: PERES, Antonio Galvão; ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. Ação revisional e meio ambiente do trabalho: a coisa julgada em face das alterações de fato ou de direito. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos – Estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38 e segs.

43 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965. § 78. p. 906.

gada em relação jurídica continuativa não determina, em caso de modificação das circunstâncias fáticas que ditaram a decisão, a intangibilidade do julgado. Pelo contrário, determina a sua revisão, na medida em que, “tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada”⁴⁴. De acordo com o que foi exposto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, aplicando o art. 471 do CPC:

“PROCESSUAL CIVIL. ART. 471. REVISÃO DE BENEFÍCIOS RECONHECIDOS EM SENTENÇA. POSSIBILIDADE. I – O dispositivo legal acena que não ofende a coisa julgada a revisão de sentença relativa a relação jurídica continuativa, desde que ocorra a modificação do estado de fato ou de direito.” (STJ, 6ª T., REsp 48.069/SP, Rel. Min. Pedro Aciole, julg. em 28.11.94)⁴⁵

VI – PERDA OU REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO, RELAÇÃO CONTINUATIVA E PAGAMENTO ÚNICO

O deferimento de pensão projetada no tempo, por conta de incapacidade profissional, envolve, como facilmente se percebe, relação jurídica continuativa. A condenação fica sujeita, portanto, nos termos do que foi exposto no item anterior, a revisão judicial, caso modificada ou cessada a limitação para o trabalho. Chironi lembra que o estabelecimento de pensão, em caso de acidente de trabalho, ainda que feito por decisão judicial, não impede que, “quando la gravità del danno diminuisca lo scompensa, il giudice possa ritornare sulla sua decisione, e togliere o diminuir l’obbligazione”⁴⁶. O direito português mostra-se expresso ao admitir a revisão do julgado. O art. 567º, n. 2, do Código Civil estabelece:

“Quando sofram alteração sensível as circunstâncias em que assentou, quer o estabelecimento da renda, quer o seu montante ou duração, quer a dispensa ou imposição de garantias, a qualquer das partes é permitido exigir a correspondente modificação da sentença ou acordo.”

44 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. n. 5. p. 25/26. Veja-se ainda, no mesmo sentido, embora por fundamento diverso, supondo conter a decisão tomada em relação jurídica continuativa implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*: GIUDICEANDREA, Nicola. *Le impugnazioni civili*. Milano: Giuffrè, 1952. *Volume primo*. § 34. p. 83.

45 DJU 06.02.95, p. 1.377. De igual modo: “Em se tratando de relação continuativa é possível rever decisão transitada em julgado, se ocorrer alteração no estado de fato” (STJ, 1ª T., REsp 193.500/PE, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 06.05.99. In: DJU 13.09.99, p. 43).

46 CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno – Colpa extra-contrattuale*. Torino: Bocca, 1906. *Volume II*. n. 432 bis. p. 364.

A jurisprudência nacional é pacífica, sendo repetidos os pronunciamentos oriundos de lides acidentárias:

“PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. ACIDENTE DE TRABALHO. RELAÇÃO CONTINUATIVA. REVISÃO DO BENEFÍCIO. (...) Em se tratando de relação continuativa, é possível revisar decisão transitada em julgado desde que tenha ocorrido a modificação no estado de fato – CPC art. 471, I.”⁴⁷ (STJ, 5ª T., REsp 74.932/SP, Rel. Min. Félix Fischer, julg. em 22.09.98)

Idêntica conclusão aplica-se no campo trabalhista, como mostra a jurisprudência dos Tribunais Regionais:

Pagamento de parcelas vincendas. Tratando-se de relação jurídica continuativa, eis que as prestações são homogêneas e de trato sucessivo, a regra é que se encontram incrustadas ao contrato de trabalho, e, portanto, há se incluir na condenação o pagamento das parcelas vincendas. Advindo modificação no estado de fato, a reclamada poderá pedir a revisão do ora determinado, a teor do inciso I do art. 471 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente por força do art. 769 consolidado.”⁴⁸ (TRT da 2ª Região, 4ª T., RO 02980418328, Rel. Juiz Afonso Arthur Neves Baptista, Ac. 19990462936, julg. em 31.08.99)

O Tribunal Superior do Trabalho assim já se pronunciou, conforme se infere do seguinte aresto:

“O art. 471, inciso I, do CPC prevê, caso cesse a condição insalubre, a revisão do que foi estatuído na sentença.”⁴⁹ (TST, 5ª T., RR 192.476, Ac. 3973, Rel. Min. Armando de Brito, julg. em 14.08.96)

Convém atentar para o precedente adiante transcrito:

“RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DE DOENÇA PROFISSIONAL ENQUANTO ESTA PERDURAR. 1. Toda relação jurídica continuativa traz a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, sobrevindo modificação

47 DJU 03.11.98, p. 186. Ainda: “Processual civil. Coisa julgada. Acidente de trabalho. Relação continuativa. Mudança no estado de fato. Possibilidade de modificação da decisão. Em se tratando de relação continuativa, é possível revisar decisão transitada em julgado desde que tenha ocorrido a modificação no estado de fato. Nessa hipótese, a coisa julgada não obsta a propositura de nova demanda. CPC, art. 471, I.” (STJ, 5ª T., REsp 57.127/SP, Rel. Min. Félix Fischer, julg. em 16.04.98. In: DJU 08.06.98, p. 154).

48 DOE SP, PJ, TRT da 2ª Região, 14.09.99. Ainda: “Relação jurídica continuativa. Art. 471, I, do CPC. Nestes casos, a sentença, embora trãnsita em julgado, não se torna imutável, podendo sofrer alterações em razão de modificações fáticas ou jurídicas posteriores” (TRT da 4ª Região, 5ª T., AP 40031.006/89-2, Rel. Juiz Carlos Alberto Robinson, julg. em 14.12.00. In: DJ 22.01.01).

49 DJU 18.10.96, p. 40.136.

no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir revisão do que for estatuído no julgado (CPC, art. 471, inciso II). O juiz, nessa hipótese, examina a situação de fato e de direito existente à época e profere decisão que produzirá efeitos enquanto as mesmas circunstâncias permanecerem inalteradas. Ocorrendo, porém, mudanças, ao longo do tempo, não fere a coisa julgada a prolação de um segundo provimento jurisdicional, adaptando aquele anterior à nova realidade fático-jurídica, exatamente por atender à natureza continuativa dessa espécie diferenciada de figura legal. 2. No caso dos autos, a convenção coletiva assegura a garantia de emprego ao portador de doença profissional enquanto esta perdurar, prevendo condição resolutiva: a alta médica, devidamente atestada pelo INSS. Sobrevindo esse fato, transmuta-se também a situação de direito. 3. Dessarte, neste caso, a reclamada deverá comunicar esse evento ao juízo da execução, pleiteando a revisão com supedâneo no art. 471, I, do CPC. Recurso ordinário da empresa a que se dá parcial provimento.”⁵⁰ (TRT da 15ª Região, 4ª T., Ac. 15.227/02, Rel. Juiz Renato Buratto)

Para a revisão, basta que prove o interessado, pelo meio adequado, a mudança do estado de fato que ditou o pronunciamento revisando. No caso de acidente ou doença, pode o empregador valer-se de perícia, a fim de evidenciar a recuperação da capacidade de trabalho. Será, via de regra, o meio próprio para demonstrar a necessidade de adequação do provimento judicial à nova realidade.

Sem embargo, é evidente que o recebimento da pensão em parcela única põe o credor ao abrigo do risco de revisão do crédito, com a redução do seu valor ou a cessação do pagamento. O que se recebeu não precisa ser restituído. Afinal, o pagamento, no momento em que feito, não é indevido. Esse pagamento tem caráter *forfaitaire et définitif*⁵¹. Não há, pois, espaço para aplicação do disposto no art. 876 do Código Civil. Na *common law*, a crítica que se faz à exigência de fixação de indenização em pagamento único – imposta desde longa data pelos tribunais⁵² e até hoje seguida, a despeito dos problemas que suscita⁵³ – é exatamente essa: “lump-sum awards (...) are not open to subse-

50 DJSP 22.04.02, p. 37 apud RDT nº 5, maio de 2002.

51 AUBRY, Charles Marie Antoine; RAU, Charles Frédéric; ESMEIN, Paul. *Droit civil français*. Paris: Librairies Techniques, 1951. *Tome sixième*. p. 516.

52 A doutrina em torno do caráter imperativo do pagamento de indenização por perda ou redução de capacidade de trabalho em parcela única é firmada pelo *Privy Council* em *Fournier v. Canadian National Railway Co.*, [1927] A.C. 167, ao reformar decisão da Corte Suprema do Canadá, que havia deferido pagamento de valor anual, em compensação de acidente provocado por trem. A decisão expressamente considera ilegal o pagamento de anuidades.

53 Ao discutir o tema mais recentemente, a Corte Suprema do Canadá reformou decisão que havia substituído pagamento único por prestações mensais, com a seguinte assertiva: “well-established limits

quente correction”⁵⁴. Na dicção da House of Lords, o pagamento determinado “is final; it is not susceptible to review as the future unfolds”⁵⁵.

Por conseguinte, conferir ao credor a possibilidade de optar pelo recebimento da pensão em parcela única, de modo a excluir a possibilidade de revisão da exigibilidade do pagamento periódico, confere-lhe evidente benefício, tanto mais quando ao devedor não se outorga a mesma possibilidade.

VII – A DUPLA VANTAGEM DO PAGAMENTO ÚNICO E O ARBITRAMENTO DO VALOR

De tudo o que foi exposto até aqui decorre que, ao converter a renda periódica em um só pagamento, nos termos do art. 950, parágrafo único, do Código Civil, o julgador tem de levar em conta, inclusive em respeito ao disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil⁵⁶, e ao princípio da reparação integral – de que decorre, como já dito, não dever a indenização superar o montante do dano –, essa dupla vantagem para o credor, que se traduz não apenas no recebimento antecipado, com ganho financeiro, como na impossibilidade de restituição do crédito, em caso de modificação do estado de fato. Consideradas tais evidentes vantagens, deve-se modular o seu valor, para fixá-lo em montante inferior ao que resultaria de mero cálculo do montante devido ao longo do tempo de pensionamento.

Por isso mesmo o legislador mencionou no art. 950, parágrafo único, arbitramento e não cálculo. Não se trata de mera multiplicação do valor mensal pelo número de meses de pensionamento. Trata-se de avaliação dos benefícios que aufero o credor, para arbitramento do valor que passa a ser devido em uma só parcela. Clóvis Beviláqua, atento ao ponto, assinalou que é mesmo “difícil de determinar”⁵⁷ o arbitramento que se deve fazer para substituir pensão por pagamento único, tudo a evidenciar a complexidade do juízo que se formula. Se o caso fosse de mero cálculo, nada haveria de difícil. Operação aritmética

on judicial law-making powers as well as the complexities associated with introduction of the concept of periodic payments into our law, preclude the court from ordering periodic reviewable payments for future cost of care in the stead of the lump sum judgment to which the plaintiff is entitled under existing legal principles” (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, decisão de 28.09.89).

54 DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Tort law*. Oxford: Clarendon Press, 2003, p. 804.

55 *Lim Poh Choo v Camden & Islington Area Health Authority*, [1980] AC 174. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1979/1.html>>. Acesso em: 14 out. 2012.

56 Assim, expressamente, a Conclusão nº 48 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se realça que na aplicação do art. 950, parágrafo único, do Código Civil, o juiz deve ter em conta “os arts. 944 e 945”.

57 Op. cit., vol. V, p. 322.

das mais elementares logo apontaria o resultado. Mera multiplicação do valor mensal por certo número de meses. Assim não é, todavia. Há e deve haver decisão judicial, integrada ao título executivo, para cumprimento ao ensejo da fase de execução.

A jurisprudência mais atenta deu-se bem conta da circunstância. Em paradigmático aresto, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho didaticamente explicou o porquê de o valor do capital ser necessariamente inferior à soma das rendas:

“Cabe aqui salientar que o valor desse montante indenizatório único não pode ser fixado levando-se em conta a soma de todas as parcelas do pensionamento que seriam pagas à vítima durante toda a sua vida, uma vez que implicaria enriquecimento sem causa da vítima e ônus excessivo à reclamada. Isso porque é notório que a disponibilidade imediata e integral de um determinado valor monetário é muito mais vantajosa ao credor do que o seu recebimento diferido no tempo de forma parcelada, assim como a indisponibilidade imediata e integral traz um ônus maior ao devedor do que o pagamento de forma parcelada.

A disponibilidade imediata permite, por exemplo, que o valor seja utilizado na aquisição de bens em condições mais vantajosas, ou mesmo que a quantia seja investida em aplicações financeiras, trazendo rendimentos outros além do capital recebido. Por conseguinte, se o pagamento em parcela única corresponder ao total do que a vítima receberia até o final da vida, na verdade a indenização trará benefício muito maior do que o que a vítima deixou de auferir em razão do evento danoso, porque além de receber de uma só vez o capital correspondente à íntegra do que lhe seria devido, os frutos desse capital trariam à vítima rendimentos outros que ultrapassariam o estrito prejuízo sofrido.”⁵⁸

Também na 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não passou despercebida a diferença entre calcular e arbitrar, pois ela deixou claro que a lei não garante, em caso de pagamento antecipado, “valor idêntico à soma dos valores referentes à pensão mensal deferida”. Consta da ementa do acórdão:

“Reza o parágrafo único do art. 950 do novo Código Civil que a parte lesionada tem o direito de postular o recebimento da pensão mensal decorrente de dano material ou o pagamento de indenização em parcela única. Contudo, o referido dispositivo não garante o recebimento de valor idêntico à soma dos valores referentes à pensão mensal deferida.

58 TST, RR-236200-28.2007.5.02.0056, 8ª T., Minª Relª Dora Maria da Costa, julgado em 05.12.2012.

Assim, a indenização paga de uma só vez deve ser arbitrada pelo juiz, consoante as disposições dos arts. 944 e 945 do Código Civil e à vista das possibilidades econômicas do ofensor.⁵⁹

De modo bastante próximo, o Tribunal do Trabalho da 24ª Região já deixou claro, mais de uma vez, que “no caso de pagamento em parcela única (art. 950, parágrafo único, do Código Civil), cabe ao juiz o arbitramento, não se aplicando mero cálculo matemático”⁶⁰. Em outro julgado, explicitou-se que, no pagamento único, a pedido do credor “a indenização não se faz por simples cálculos aritméticos, como pretende o autor. Devendo se levar em consideração que o pagamento da pensão em parcela única lhe traz consideráveis benefícios, sendo razoável a fixação de um redutor, até porque, também o empregador acaba por ser onerado com o pagamento único e antecipado do direito”⁶¹.

VIII – O MOMENTO DA OPÇÃO PELO PREJUDICADO

A questão proposta em epígrafe é crucial, desde que assumidos os seguintes pressupostos epistemológicos: i. A existência efetiva de um direito de escolha, por parte do credor, acerca do modo de cumprimento da obrigação pelo devedor; ii. A pluralidade de alternativas viáveis que permita, sob o prisma da eficiência⁶², mais de uma predileção plausível⁶³. Isso porque de nada adianta perscrutar o momento processual adequado para a escolha da vítima, se essa prerrogativa for obliterada pela jurisprudência⁶⁴.

Mais do que isso, torna-se absolutamente estéril o debate aqui proposto, se a conclusão for pela inaplicabilidade do dispositivo ao Direito do Trabalho, censurando-o no crivo do art. 8º da CLT, por suposta violação ao princípio

59 TST, 3ª T., RR 28300-32.2006.5.12.0024, Rel. Juiz Convocado: Douglas Alencar Rodrigues, julg. em 04.11.09, DEJT 20.11.09.

60 TRT da 24ª Região, 1ª T., RO 0067-67-2011-5-24-007, Rel. André Luís Moraes de Oliveira. Cf. ainda, também do TRT da 24ª Região, 1ª T., RO 0600-46-2008.5.24.0002, Rel. Abdalla Jallad.

61 TRT da 24ª Região, 1ª T., RO 135100-89-2008-5-24-0021, Rel. Amaury Rodrigues Pinto Junior.

62 O conceito tem como fundamento as lições da Escola de Washington sobre Análise Econômica do Direito. Para aprofundamento, vide: POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

63 Já que, uma vez adotada, para o pagamento antecipado, a simples operação aritmética de multiplicar a quantidade de salários pela expectativa de sobrevida da vítima, sem efetuar a capitalização, a opção pelo recebimento à vista de uma obviada econômica ululante.

64 Como aparenta ser a tendência do Tribunal Superior do Trabalho: “O pagamento em parcela única, previsto no parágrafo único do art. 950 do CC, não constitui um direito subjetivo absoluto para o lesado, mas uma faculdade para o juiz ou tribunal, que poderá determinar o pagamento do capital, a requerimento do lesado, quando se mostrar o modo mais adequado, no caso concreto, para reparação dos prejuízos” (TST, RR 753/2006-812-10-00.0, Relª Minª Rosa Maria Weber, DJe 17.06.2011, p. 975).

protetivo⁶⁵. Tal proposição deve ser vergastada, na medida em que desloca o eixo tuitivo para além do contrato de trabalho (no qual a proteção encontra fundamento⁶⁶ na desigualdade pressuposta entre os contratantes, em face da hipossuficiência do trabalhador⁶⁷), fazendo-o desaguar nos atos da vida civil, o que transforma o trabalhador em sujeito débil e incapaz de exercer pessoal e livremente⁶⁸ os atos da vida civil⁶⁹⁻⁷⁰.

Da mesma forma, se o valor pago à vista não sofrer capitalização mediante aplicação de juros reversos, ou outro método de arbitramento, que leve em conta as vantagens do recebimento antecipado, a discussão acerca da escolha é de manifesta obsolescência, porque demasiadamente óbvia. Imagine-se o

65 Nesse sentido, o seguinte acórdão: “O pagamento de uma só vez da pensão mensal decorrente de acidente de trabalho ou doença equiparada desatende ao princípio da proteção que rege a estrutura do Direito do Trabalho, posto a finalidade social da pensão mensal, no âmbito da relação de trabalho, é garantir meio à subsistência digna do trabalhador e de seus familiares, na adversidade da redução parcial ou total de sua capacidade laborativa” (TRT da 2ª Região, RO 01250-2006-341-02-00-0, [20101182567], 6ª T., Rel. Juiz Valdir Florindo, DOE/SP 23.11.2010).

66 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 85.

67 Essa hipossuficiência *na relação contratual* justificou, na Itália, sob um panorama jurídico diverso, que a Corte Constitucional declarasse a “ilegitimidade constitucional” dos artigos do Código Civil que consentiam o decurso do prazo prescricional durante o contrato de trabalho. Findo o contrato, naturalmente, corre prescrição: “Le norme impugnate, in verità, non si riferiscono al negozio di rinuncia; però consentono che la prescrizione prenda inizio dal momento in cui matura il diritto a ogni singola prestazione salariale: se si eccettua il n. 5 dell’art. 2948, il termine prescizionale decorre fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di farvi valere il diritto al salario. Vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell’effetto che l’art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione. (...) Per questi motivi, LA CORTE COSTITUZIONALE dichiara la illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del Codice civile limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro” (Sentenza 63/1966. GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE. *Deposito in cancelleria*: 10 giugno 1966. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 143 dell’11 giugno 1966. Pres. Ambrosini, Rel. Branca).

68 Por melhores que sejam as intenções, cecear a liberdade individual breca o desenvolvimento social, como explica Amartya Sen: “Ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad.: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 33).

69 Na mesma linha, “uma pessoa não pode ser corretamente forçada a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ela que faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto. Estas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e introdução: Pedro Madeira. São Paulo: Saraiva. p. 35).

70 Não se questiona o papel fundamental do magistrado de aferir se a escolha realizada é consciente e informada, bem como indene de vício de consentimento. Todavia, preenchidos tais requisitos, a recusa do juiz em acatar a opção do lesado, por entendê-la prejudicial a ele, e, além disso, substituí-lo na escolha, é criar uma nova modalidade de incapacidade, não prevista nos arts. 3º e 4º do CC.

seguinte cenário: a vítima possui 20 anos de idade e tem direito à pensão de R\$ 1.000,00 mensais enquanto viver. Todavia, a norma em questão facultava-lhe o recebimento de uma só vez, v.g., do valor devido até quando completaria 70 anos. Sem proceder aos refinamentos que o cálculo deveras comporta, tem-se que ela faria jus a R\$ 12.000,00 (doze mil reais) por ano (soma de 12 salários anuais), multiplicados por 50 (número de anos de sobrevivência estimados pelo julgador), o que resultaria na importância de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). Nesse contexto, se ela investisse o valor em poupança⁷¹, teria mensalmente, apenas com os juros decorrentes da aplicação, R\$ 3.000,00⁷², além da manutenção do capital integral⁷³. Seria um desperdício imaginar que alguém a buscar exatamente uma reparação patrimonial prefira auferir R\$ 1.000,00 mensais em vez de perceber o triplo do valor, somente com o rendimento de uma aplicação segura, e, além disso, manter um vultoso capital economizado. Por óbvio, não existe opção nesse caso. Só haveria sentido falar em preferências, se as variáveis possuíssem prós e contras que devessem ser sopesados e, racionalmente, possibilitassem escolhas distintas que maximizem as preferências, de acordo com o valor da utilidade⁷⁴ no caso concreto.

Como se sabe, na interpretação das leis deve-se evitar entendimento que leve a resultado absurdo ou torne ineficaz ou sem sentido a previsão legal. Nas palavras de Berriat-Saint-Prix, “le législateur est présumé ne rien décréter de superflue. Si un article est susceptible de plusieurs interprétations, celle qui lui donne une application sérieuse doit être préférée”⁷⁵. E Paula Baptista adverte ser defeituosa a interpretação que leva a lei a produzir efeitos apenas “em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para preveni-las”⁷⁶. Pois bem, admitir que o art. 950, parágrafo único, deixa ao credor

71 A escolha da aplicação em caderneta de poupança é propositadamente ilustrativa, na medida em que representa investimento alheio aos riscos da álea mercantil, de rendimento certo, predeterminado e isento de impostos.

72 Supondo-se juros de 0,5% ao mês.

73 O exemplo é, *mutatis mutandis*, o mesmo fornecido por: STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2004. p. 1.278.

74 “Choosing the best alternative that the constraints allow can be described mathematically as ‘maximizing’. To see why, consider that the real numbers can be ranked from small to large, just as the rational consumer ranks alternatives according to the extent that they give her what she wants. Consequently, better alternative can be associated with large numbers. Economists call this association a ‘utility function’. Furthermore, the constraint on choice can usually be expressed mathematically as a ‘feasibility constraint’. Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3rd ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000. p. 11).

75 BERRIAT-SAINT-PRIX, Félix. *Manuel de logique juridique*. Paris: Librairie Plon, s.d. n. 75. p. 50.

76 PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Garnier, 1907. § 12. p. 385.

a possibilidade de receber, em um só pagamento, exatamente o mesmo valor que seria pago em prestações, vencíveis ao longo do tempo, leva a manifesto absurdo e cria faculdade sem sentido. Afinal, quem, podendo receber todo o crédito de uma só vez, irá preferir recebê-lo parceladamente?

Interpretar o art. 950, parágrafo único, do Código Civil de modo que tenha o credor de escolher entre receber o mesmo valor à vista ou a prazo torna a previsão legal anódina. A escolha será evidentemente sempre a mesma, com opção pelo recebimento à vista, mais vantajoso do ponto de vista econômico.

IX – A EXISTÊNCIA DO DIREITO DE ESCOLHA PELO CREDOR

Como já se disse em outra oportunidade, a aplicação de qualquer norma reclama, como atividade prévia e antecedente, a sua interpretação. Na verdade, é impossível pensar em cumprimento da norma sem interpretá-la⁷⁷, por mais clara que pareça. Também não se olvida que na atividade judicante encontra-se certa margem para o exercício da atividade criativa⁷⁸, que propicia ao julgador a tarefa de colmatar lacunas ontológicas decorrentes da própria abstração normativa, bem como adequá-la a um contexto axiológico de justiça. Todavia, por maior que seja o esforço exegético, a interpretação não pode ofender a literalidade da prescrição normativa⁷⁹, tampouco esvaziar o conteúdo essencial que emana translúcido de suas palavras⁸⁰, sob pena de erosão do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*). Nem mesmo diante da traumática hipótese de declaração de inconstitucionalidade de uma lei é possível socorrer-se de técnica de interpretação que afronte seu texto expresso⁸¹, a pretexto de conformá-la à Constituição.

77 MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 13.

78 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 20/21.

79 O art. 12 do Código Civil italiano orienta que na aplicação da lei, não se pode atribuir sentido outro senão o que resulta claramente do significado das palavras segundo sua conexão e vontade do legislador: “Art. 12. *Interpretazione della legge*. Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore” (Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/home.html>. Acesso em: 14.11.2012).

80 O Código Civil venezuelano contém regra de hermenêutica que guarda bastante similitude com a do italiano, com a seguinte prescrição: “Artículo 4º A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador” (Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_venezuelano_\(em_espanhol\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_venezuelano_(em_espanhol).pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2012).

81 A propósito, o STF aludiu à “impossibilidade, na espécie, de se dar interpretação conforme à Constituição, pois essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco (...)” (STF, Pleno, ADIn 1.344-1/ES, Medida Liminar, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 19.04.96. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346988>>. Acesso em: 14 nov. 2012).

Pois bem, a norma do parágrafo único do art. 950 do CC estabelece que “o prejudicado, se preferir, poderá *exigir* que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”⁸². O verbo “exigir” traduz a força imperativa com que o novel instituto foi trazido ao ordenamento, de modo a obstar tergiversações. Não se trata de abuso da interpretação filológica⁸³, mas de reconhecer seu sentido unívoco⁸⁴ no caso.

Sendo assim, é lícito o juízo axiológico de reprovação da norma pelo intérprete, mas não o é negar-lhe vigência por conta disso⁸⁵. Aliás, os argumentos para fustigar a propalada inovação são bastante consistentes: i. O desvirtuamento do fim colimado ao pensionamento, qual seja prover uma renda à vítima de dano corporal que lhe assegure a subsistência; ii. O risco de dilapidação instantânea do capital percebido; iii. As dificuldades de se arbitrar um valor à pessoa viva⁸⁶, com base na expectativa de sobrevida, como se morta estivesse; iv. A tendência de países mais desenvolvidos de deixar ao talante do juiz a escolha entre capital e renda como formas de reparação⁸⁷; v. A impossibilidade

82 Não há destaques no texto original.

83 Até porque, conforme adverte Ráo: “O emprego isolado da interpretação filológica e o abuso de regras e filigranas gramaticais estagnam e mumificam o sentido dos textos, impedem sua adaptação às necessidades sociais sempre mutáveis e sempre revestidas de modalidades novas, dificultam a evolução natural do direito. O processo gramatical deve ser aplicado até o indispensável; seu uso excessivo manteria o intérprete dentro de uma concepção empírica do direito objetivo” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991. vol. 1).

84 Poder-se-ia objetar, com alguma razão (porque baseada em dicionário reconhecido), mas pouca sinceridade (porque é uma acepção remota e de raríssima utilização), que “exigir” também é sinônimo de “requerer, demandar” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico versão 5.0*. Correspondente à 3. ed. 1. impressão da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, O Dicionário da Língua Portuguesa, 2004. 1 CD-ROM). Ainda que assim o seja, o mesmo Ráo leciona que “se determinada palavra tem um sentido na linguagem comum e outro na linguagem jurídica, preferir-se-á este último, porque o direito tem sua linguagem própria, que o legislador deve conhecer” (Op. cit., p. 480).

85 Dizer que o prejudicado pode “exigir”, mas o juiz pode, simplesmente, “dizer não” à exigência, é fazer “jogo de palavras” para negar, por via oblíqua, vigência à norma.

86 Embora “a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 777).

87 Como, v.g., a França: “La Cour de cassation reconnaît depuis longtemps aux juges saisis de l’action en responsabilité civile, une totale liberté de choix entre l’allocation d’un capital et celle d’une rente. Et celle solution est affirmée également par Le Conseil d’État” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. Les effets de la responsabilité. 2^{ème} ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 241/242).

de revisão da decisão⁸⁸, em casos de recuperação⁸⁹ da capacidade laboral⁹⁰; vi. O processamento da execução por um meio mais gravoso ao devedor⁹¹; vii. A possibilidade de o modo escolhido de cumprimento da obrigação ser economicamente inviável, ou excessivamente oneroso a ponto de levar o devedor à bancarrota. Em situações limítrofes, devidamente comprovadas, este último seria o único argumento capaz de ser acatado⁹², haja vista a proteção constitucional ao trabalho, à livre-iniciativa, à propriedade privada e ao pleno emprego⁹³⁻⁹⁴, que reprochariam a possibilidade de que o atendimento à escolha de uma única pessoa pudesse levar à ruína todo o empreendimento econômico fonte de subsistência de diversas famílias.

Poder-se-ia opor, no âmbito laboral, que condicionar a opção do empregado pelo recebimento em parcela única à saúde financeira da empresa implicaria transferência dos riscos da atividade econômica, os quais, ontologicamente,

-
- 88 Que parece inequívoca em nosso ordenamento para as relações continuativas, conforme art. 471, I, do CPC, e, de forma ainda mais explícita, no art. 475-Q, § 3º, do CPC, *verbis*: “Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. § 3º *Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação*” (sem destaques no original).
- 89 “Ajoutons que l’amélioration éventuelle de l’état de la victime ne permet jamais au responsable d’exiger la restitution d’une partie du capital qu’il a versé, alors qu’une disposition expresse insérée dans le jugement définitif ou la transaction autorise une réduction du chiffre de la rente” (VINEY, Gineviève. *Op. cit.*, p. 244).
- 90 O Código Civil de Quebec prevê expressamente a possibilidade de postular indenização pelos danos supervenientes, limitada, contudo, ao período de até três anos após o julgamento: “1615. Le tribunal, quand il accorde des dommages-intérêts en réparation d’un préjudice corporel peut, pour une période d’au plus trois ans, réserver au créancier le droit de demander des dommages-intérêts additionnels, lorsqu’il n’est pas possible de déterminer avec une précision suffisante l’évolution de sa condition physique au moment du jugement” (Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_quebequense_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_quebequense_(em_frances).pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2012).
- 91 Que é um princípio positivado pelo art. 620 do CPC, mas cuja aplicabilidade pressupõe pluralidade de meios executórios, com idêntica eficácia e à escolha do juiz.
- 92 Foi o que ocorreu nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJF. Na primeira delas, estabeleceu-se que era direito potestativo do lesado exigir o arbitramento e pagamento de uma única vez (Enunciado nº 48). Porém, na quarta jornada, após a devida maturação e reflexão sobre o tema, a questão ficou Enunciada da seguinte forma: “381 – Art. 950, parágrafo único: O lesado pode exigir que a indenização sob a forma de pensionamento seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado” (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>>. Acesso em: 14 nov. 2012).
- 93 CF, arts. 1º, IV, 6º e 170, II e VIII.
- 94 Aliado a esses relevantes valores constitucionais, viria, por óbvio, a visão pragmática e fenomênica do Direito, pela qual seria anódina a opção que não pudesse ser exercida na prática.

pertencem ao empregador⁹⁵. Entretanto, além de ser função da norma infra-constitucional adaptar-se à Constituição, e não o contrário, também é princípio hermenêutico laboral que nenhum interesse particular ou de classe prevaleça sobre o interesse público⁹⁶.

Fora dessa hipótese, contudo, extirpar da vítima a prerrogativa da opção é menoscar a inovação trazida pela lei, reduzindo-a a inutilidade. “*Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*”⁹⁷, lembrava Serpa Lopes. Usurpar a discricionariedade da parte para convertê-la em discricionariedade judicial é transmudar o instituto, à margem da lei, em figura teratológica, qual seja a da “obrigação alternativa com escolha do juiz”⁹⁸⁻⁹⁹.

X – CAPITAL E RENDA COMO ALTERNATIVAS PLAUSÍVEIS

Sob a ótica financeira, é evidente que R\$ 100.000,00, em parcela única (capital), não são o mesmo que R\$ 100.000,00, sob a forma de pensionamento (renda), em parcelas de R\$ 1.000,00, embora, matematicamente, o número seja idêntico. As razões para as diferenças entre a primeira e a segunda hipóteses são comezinhas a ponto de dispensarem considerações além das que já foram longamente expendidas. Importa, agora, o raciocínio inverso: buscar o valor à vista que, apesar de necessariamente inferior a R\$ 100.000,00, represente, ao

95 Consoante dicção do art. 2º da CLT, *verbis*: “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (sem destaques no original).

96 É o que se conclui da parte final do art. 8º da CLT, *verbis*: “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*” (sem destaques no original).

97 “Escolha-se a interpretação dos textos viável ao seu objetivo e não a que os reduzir à inutilidade” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 135. vol. 1).

98 Embora a proposição possa parecer exagerada, é o que defende Sanseverino: “Por tudo isso, a interpretação mais razoável para essa norma é no sentido de que ela não estabelece um direito subjetivo absoluto para o lesado, mas uma faculdade para o juiz, à semelhança do que ocorre no direito francês e no direito português, que poderá determinar o pagamento de indenização da indenização em parcela única (capital), a requerimento do lesado, quando se mostrar o modo mais adequado, no caso concreto, de reparação dos prejuízos” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252). Embora não seja o espaço apropriado, é preciso anotar que o autor não considerou as diferenças de redação entre o Código Civil brasileiro (“o prejudicado pode exigir” – art. 950, parágrafo único) e o português (“pode o tribunal, a requerimento do lesado” – art. 567, 1).

99 A “opção” pelo juiz, nas obrigações alternativas, só existe na hipótese de haver pluralidade de optantes e ausência de consenso entre eles, ou de caber a terceiro e este não quiser ou não puder fazê-lo (CC, art. 252, §§ 3º e 4º).

credor, benefício financeiro mais próximo possível do recebimento da renda de R\$ 1.000,00 mensais, em cem parcelas, de acordo com os critérios eleitos pelo juiz para o arbitramento justo e equânime, a ponto de justificar uma opção *ex post* pela vítima, diante da existência de vantagens e desvantagens na aceitação de uma ou outra opção no caso concreto.

Evidentemente, haverá fórmulas e valores distintos nas diferentes decisões, já que “aucune règle légale n’impose une solution mathématique en la matière”¹⁰⁰. A doutrina argentina, e.g., apresenta seis métodos para o referido arbitramento, mas considera o mais justo exatamente aquele em que a vítima obtenha um “capital-indenização”, cuja renda é calculada, parte sobre os juros do capital antecipado e parte sobre o próprio capital, de modo que este se reduza pouco a pouco até esgotar-se em um tempo que coincida com a expectativa presumida de vida da vítima¹⁰¹. No Brasil, uma das decisões que sofisticou o arbitramento fez a opção pelo sistema de “capital como fonte de renda líquida” (*capital como fuente de renta neta*), pelo qual a vítima consegue, *somente com os juros da aplicação*, valor equivalente ao pensionamento¹⁰². O vezo deste procedimento é que o capital jamais se esgota, o que indubitavelmente gera enriquecimento¹⁰³, embora a preocupação tenha sido louvável por dar atenção ao problema do arbitramento em vez do simples cálculo matemático. Em outros países, como, por exemplo, na Espanha, alude-se ao “método de pontos de incapacidade”, que consiste em multiplicar a taxa de invalidez por um valor a que se denomina ponto de incapacidade, de acordo com uma tabela

100 CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1983. p. 555.

101 “3. *Capital como fuente de renta capitalizada*. La mayoría de la doctrina argentina considera que un resarcimiento justo consiste en obtener un capital-indemnización, cuya renta sea calculada sobre los frutos civiles (intereses) y en parte sobre el mismo capital, que de este modo se va reduciendo poco a poco hasta agotarse en un tiempo que coincide con el de la duración posible de la vida humana. El juez deberá adecuar este monto a las circunstancias específicas de las partes en la relación dañosa” (VENEGAS, Patricia Pilar. *Calculo matematico (de la indemnización por incapacidad)*. In: ALTERINI, Atilio Anibal; CABANA, Roberto M. López (Directores). *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 45/46. vol. II. C.

102 “A fixação da indenização não tem assento na mera multiplicação do valor mensal, devido ao empregado a título de pensão, pelo número de meses necessários ao atingimento da expectativa média de vida, pois o critério colide com o art. 944 do CCB. Há de ser arbitrado importe que alcance, por meio da incidência taxa de juros inerente à caderneta de poupança, valor mensal compatível com o do pensionamento. Preservação do equilíbrio entre o princípio da *restitutio in integro* e a vedação ao enriquecimento sem causa.” (TRT da 10ª Região, RO 128800-21.2009.5.10.0004, Rel. Des. João Amílcar, DJe 18.02.2011, p. 106)

103 É a crítica da doutrina francesa: “Les difficultés d’application du principe indemnitaire: celui-ci impose une indemnisation totale de la victime, mais sans enrichissement. Il en résulte que le capital ne doit pas être calculé que ses seuls intérêts compensent la perte de revenus: en effet le seuls produits du capital couvriraient alors tout le préjudice, et le capital lui-même constituerait un ‘enrichissement’. Théoriquement, au terme de la vie de la victime, c’est donc le capital lui-même qui doit être consommé avec ses produits” (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporal*. Systèmes d’indemnisaion. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 213).

preexistente que estabeleça um número de pontos e um valor econômico para cada um deles¹⁰⁴. É bastante criticado porque não há critério científico que dê suporte aos valores atribuídos aos pontos¹⁰⁵.

Conforme mencionado alhures, os números obtidos naturalmente oscilarão a depender das escolhas feitas pelos julgadores, não só porque existe uma álea ontológica que cerca a predeterminação do final da vida de qualquer ser humano, mas, também, porque as razões ideológicas de cada juiz ao arbitrar o montante hão de variar de acordo com o senso de justiça sobre o índice de juros a decrescer a fim de encontrar o valor desejado. Contudo, o arbitramento de um valor inferior ao que seria a soma dos salários até a expectativa projetada de sobrevida não significa, em nenhuma hipótese, “desconto”¹⁰⁶ ou “deságio”.

Disso decorre a importância da distinção conceitual. Levar em conta a vantagem¹⁰⁷ que a vítima obtém pelo recebimento antecipado não significa ruptura com o princípio da reparação integral. Não se trata de abatimento¹⁰⁸, já que o montante numericamente menor, à vista, tem por objetivo, justamente, equivaler-se ao montante superior, a prazo. A França possui lei¹⁰⁹ a determinar

104 TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madri: Dykinson, 2001. p. 487.

105 “Le problème est alors de déterminer la valeur du point. Il n’y a en effet aucune critère qui la justifie scientifiquement” (CHARTIER, Yves. Op. cit., p. 659).

106 A França, que possui lei a determinar a possibilidade de substituição de renda em capital, de acordo com tabelas de conversão que, invariavelmente, reduz em valor menor, repele com veemência a possibilidade de desconto: “Théoriquement, en effet, le choix des modalités de paiement ne doit pas modifier l’évaluation de la dette. La Cour de cassation a eu l’occasion de l’affirmer notamment à propos de l’allocation d’un capital. Les compagnies d’assurances avaient en effet allégué l’avantage procuré à la victime par cette modalité de paiement, qui permet d’envisager un placement fructueux, pour demander un abattement du tiers ou du quart par rapport à la somme que représenterait la rente capitalisée. Mais la Cour de cassation a formellement écarté cette prétention, que c’était effectivement injustifiée, et que le Conseil d’État avait eu déjà occasion de repousser” (VINEY, Gineviève. Op. cit., p. 242).

107 Que a doutrina italiana salienta ser imprescindível: “La determinazione dei danni futuri deve anche tenere conto del vantaggio di cui gode il danneggiato nel ricevere anticipatamente il risarcimento di un danno non ancora accaduto” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. La responsabilità. Milão: Giuffrè, 1994. p. 160. v. 5).

108 “De même y a-t-il lieu de rappeler ici que la Cour de cassation interdit aux juges du fond de procéder à des abattements lorsqu’ils attribuent un capital plutôt qu’une rente. On sait en effet que ce système qui avait été défendu par certaines juridictions au motif, principalement, que le versement d’un capital présenterait pour la victime des possibilités d’investissement que ne confère pas la rente, a été précisément condamné en raison de ce que ‘les dommages-intérêts dus à la victime d’un fait dommageable doivent couvrir intégralement la valeur du préjudice subi’” (CHARTIER, Yves. Op. cit., p. 584/585)

109 Trata-se da Lei nº 85-677, de 5 de julho de 1985, que assim estabelece em seu art. 44: “Dans tous les cas où une rente a été allouée, soit conventionnellement, soit judiciairement, en réparation d’un préjudice causé par un accident, le créancier peut demander au juge, lorsque sa situation personnelle le justifie, que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant une table de conversion fixée par décret” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068902&dateTexte=20100114>>. Acesso em: 18 nov. 2012).

que em todos os casos de “acidentes de circulação” em que houver condenação em pensionamento, o credor pode pedir ao juiz a conversão, no todo ou em parte, da renda em capital, de acordo com uma tabela que é fixada por um decreto¹¹⁰ e contém a forma de apuração do valor, a partir de uma taxa de capitalização e de tábuas de mortalidade, e faculta a conversão pelos *barèmes de capitalisation*. Mesmo assim, a doutrina francesa é peremptória ao vedar “descontos” no valor da reparação¹¹¹.

Além disso, mesmo com a regulamentação, pelo direito positivo, da capitalização, nenhum *barème* é obrigatório¹¹². São, contudo, necessários, para que a reparação integral ocorra sem enriquecimento, de modo que, à data presumida para o término da vida da vítima, o capital e seus juros tenham compensado integral e somente a perda de rendimentos¹¹³.

Não se trata, pois, de impor um “sistema de tabelas”¹¹⁴, mas, sim, sugerir algum método em que, mediante apuração do valor à vista, faça sentido permitir ao prejudicado a opção, diante de prós e contras a serem por ele livremente analisados.

XI – DIREITO À OPÇÃO CONSCIENTE: A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE LIBERDADE

Fixadas as premissas relativas à existência de um direito subjetivo de opção entre o pensionamento e o pagamento em parcela única, mediante valor

110 O Decreto Regulamentador é o 86-973, de 8 de agosto de 1986 (Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880944>>. Acesso em: 18 nov. 2012).

111 “L’attribution immédiate d’un capital paraissait avantageux pour la victime, certains ont proposé de frapper le capital d’un abattement du tiers ou du quart: cependant cette prétention sans aucun fondement juridique a été heureusement repoussée par la jurisprudence” (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. Op. cit., p. 213).

112 “Le recours à un barème de capitalisation est nécessaire pour convertir en capital le montant annuel du préjudice. Les tables de capitalisation sont établies à partir d’une table de mortalité, qui récapitule les chances de survie de la population à un instant donné, et du taux d’intérêt des placements. Elles permettent de donner la valeur de ‘l’euro de rente’ défini comme la somme nécessaire à un organisme de capitalisation pour obtenir une rente annuelle de 1 euro.” (*L’utilisation de barèmes de capitalisation*. Disponível em: <<http://www.institut-numerique.org/i-lutilisation-de-baremes-de-capitalisation-4fd064320e1d2>>. Acesso em: 19 nov. 2012)

113 “Le principe indemnitaire implique une indemnisation intégrale de la victime mais sans enrichissement. Cela signifie qu’au terme de la vie de la victime, le capital et ses intérêts doivent avoir compensé la perte de revenus.” (*Idem*)

114 “La idea central de Mariano Medina se resume así: el sistema de la Ley no es un sistema ‘de baremos’, sino un sistema ‘con baremos’. Los baremos constituyen una pieza importante del sistema, pero no la única. Y por muy cierto que sea que quien lo redactó estaba pensando más en arreglar nos problemas comerciales de las compañías aseguradoras que en resarcir convenientemente a las víctimas, más cierto todavía es que, expresamente, se nos presenta como un vehículo dirigido a la obtención del íntegro resarcimiento.” (TOLSADA, Mariano Yzquierdo. Op. cit., p. 489)

a ser arbitrado pelo juiz, bem como de que nenhuma das alternativas pode ser, mediante juízo prévio e abstrato, reputada universal e invariavelmente melhor do que a outra, a *quaestio iuris* que se pretende equacionar impõe perquirir em que fase processual a assunção de determinada escolha, pelo prejudicado, pode ser realizada de modo escorreito. E a resposta deve partir da constatação de que só faz opções genuínas quem, deveras, as conhece plenamente. Desse postulado decorre o corolário de que a informação tutela, primordialmente, a liberdade. A pessoa humana só detém o autogoverno quando dispõe de instrução suficiente para eleger seus caminhos. “O homem está condenado a ser livre”¹¹⁵, admoesta Jean-Paul Sartre. Porém, para bem cumprir sua “sentença de liberdade” é necessário ter o poder de realizar, sem interferências externas ou déficit informacional, as próprias escolhas individuais¹¹⁶.

Inclui-se, na deontologia processual, dessa forma, não apenas o dever de proporcionar à parte o exercício do direito à predileção que a lei lhe confere, mas também o de fazê-lo de maneira que a escolha represente expressão de sua liberdade, sob pena de violação do primeiro imperativo categórico de Kant, também chamado de “princípio universal do Direito”, segundo o qual toda regra ética deve ser universal¹¹⁷. A informação deve ser perfeita¹¹⁸: “adequada e clara”¹¹⁹.

115 “Assim, não teremos nem atrás de nós, nem na nossa frente, no reino luminoso dos valores, nenhuma justificativa e nenhuma desculpa. Estamos sós, sem desculpas. É o que posso expressar dizendo que o homem está condenado a ser livre.” (SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo*: a imaginação – questão de método. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Rita Correia Gudes e Luiz Roberto Salinas Forte. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 9)

116 Bodin de Moraes pontua que “Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107).

117 “Se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois esse obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.” (KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito*: doutrina do direito. 2. ed. Trad., textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007. p. 47)

118 Sobre as mais diversas patologias decorrentes da assimetria de informação, vide: STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, Vol. 92, n. 3, Jun. 2002, p. 460-501. Além de relatá-las, o autor enuncia a conclusão de que, ao contrário do que se pensava, a mínima imperfeição na informação tem o condão de afetar profundamente a natureza do equilíbrio: “One of the main results of our research was to show (...) that even a small amount of information imperfection could have a profound effect on the nature of the equilibrium”.

119 Embora seja possível atribuir ócio a tais expressões, já que uma informação “inadequada e obscura” equivale à ausência de informação, foram estes os adjetivos utilizados pelo CDC, diploma que tutela de modo mais incisivo o direito à informação: “Lei nº 8.078/90. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III – a informação *adequada e clara* sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (sem destaques no original).

A opção do prejudicado constitui negócio jurídico unilateral em sentido lato. A escolha é irrevogável e concentra¹²⁰ a obrigação. Deve, portanto, ser municiada de todas as informações possíveis ao seu efetivo exercício. Imagine-se uma hipótese recorrente no processo do trabalho: a do empregado que vindica os adicionais de insalubridade e periculosidade, mas deve escolher apenas um. Não há devido processo legal se o postulante for compelido a optar antes de saber se e quais dos adicionais lhe são devidos, bem como em que percentuais e sobre que base de cálculo¹²¹.

Retome-se, então, o exemplo tratado ao longo desse estudo. É intuitivo que, numa conciliação trabalhista, se o devedor se dispõe a pagar R\$ 100.000,00, em dez parcelas, tenderá a diminuir o valor da oferta se houver contraproposta de pagamento à vista, em face da notória vantagem ao credor que a antecipação de capital representa. Agora, figure-se a seguinte situação hipotética: na mesma audiência de conciliação, o devedor indaga ao credor se prefere os R\$ 100.000,00, em dez parcelas, ou um “valor surpresa” à vista. Extrapole o exemplo para os atos da vida cotidiana: o sujeito vai a uma imobiliária e recebe proposta de compra de um apartamento por R\$ 500.000,00, a serem pagos em dez anos, ou um valor à vista a ser arbitrado após a conclusão do negócio. No mesmo diapasão, o cidadão pretende adquirir um automóvel e é informado pelo vendedor de que ele custa R\$ 70.000,00, a prazo. Questiona sobre o valor à vista, mas o vendedor diz que antes de conhecê-lo é preciso fazer a opção pela forma de pagamento.

Seria um completo desatino, verdadeiro “teatro do absurdo”¹²² que afetaria sensivelmente o mercado, em face da assimetria de informações¹²³. Entretanto, se os exemplos citados são estapafúrdios e atentam contra o bom senso, não é admissível chegar-se a conclusão diversa quando se trata de fazer

120 “Concentração” é o termo utilizado pelo Código Civil português no título do art. 542.

121 “O art. 193, § 2º, da CLT, que trata do adicional de periculosidade, permite que o empregado opte pelo adicional de insalubridade que lhe seja devido. Essa opção, entretanto, pode ser feita após proferida a sentença, pois antes dela o reclamante sequer tem a certeza das verbas a que faz jus. Além disso, após a liquidação da sentença, quando apurado o *quantum debeatur*, será possível efetivamente que o reclamante manifeste sua opção sobre o adicional que lhe for mais benéfico.” (RR 646514/00, DJ 28.09.07, Relª Minª Dora Maria da Costa)

122 Termo criado pelo crítico austríaco Martin Esslin para designar uma forma do teatro moderno que utiliza elementos chocantes do ilógico, com o objetivo de reproduzir diretamente o desatino e a falta de soluções em que estão imersos o homem e sociedade

123 Akerlof, que dividiu o Prêmio Nobel de Economia com Stiglitz e Spence em 2001, possui texto valioso sobre as nefastas consequências que a assimetria de informações provoca no mercado (AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, Aug. 1970, p. 499).

a escolha entre o pensionamento e o pagamento antecipado em parcela única. Argumentos retóricos jamais substituirão o número a que se anseia.

Dizer que o valor à vista será “arbitrado de acordo com o prudente arbítrio do juiz, emanado de juízos de ponderação e proporcionalidade, obtemperado o respeito ao valor social do trabalho e à livre-iniciativa, sopesado pelo princípio da razoabilidade, informado pela boa-fé objetiva e a função social do contrato e glorificado pela exortação à dignidade da pessoa humana”¹²⁴ não significa absolutamente nada ao credor. A maior parte das decisões de arbitramento utiliza recursos semelhantes de eloquência para chegar a resultados completamente díspares, porque dotadas, naturalmente, de intensa carga de subjetivismo. O que o jurisdicionado necessita é do conhecimento prévio dos valores para fazer a opção, embora para chegar a eles seja imperioso que o juiz esclareça as razões do seu convencimento (CF, art. 93, IX, e CPC, art. 131). É o quanto basta. Retornando à hipotética mesa da audiência de conciliação: são R\$ 100.000,00, em dez parcelas, ou R\$ 90.000,00, à vista. Simples assim.

XII – O MOMENTO DA OPÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A exposição feita até aqui permite lobrigar que a opção do prejudicado só pode ser feita depois de exaurida a fase de conhecimento, quando as obrigações estiverem definidas e sobre elas pesar a autoridade da coisa julgada material, pois, só assim, haverá escolha segura, informada e, por conseguinte, livre. Todavia, há outro importante ingrediente a motivar a procrastinação da eleição: o devido processo legal, que contempla as garantias à ampla defesa e ao contraditório, e importa no direito de as partes influírem na formação do convencimento do julgador¹²⁵ acerca dos critérios de arbitramento¹²⁶. A diferença

124 Aliás, o abuso léxico do “princípio da dignidade humana” como panaceia hermenêutica faz com que ele tenha sua utilidade banalizada, na medida em que é empregado por diferentes lados em uma mesma situação, conforme sustenta Schreiber: “Embora essa construção seja teoricamente acertada, não deixa de resultar em uma certa inutilidade do emprego da dignidade humana como valor supremo no processo de ponderação, já que diversas colisões se reduzem, em última análise, a um conflito entre dignidade humana e dignidade humana, em que a dignidade de um dos envolvidos cederá ao menos face à dignidade do outro ou dos demais” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171).

125 BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 191/192.

126 Este é um desdobramento lógico do direito à informação, como componente do contraditório efetivo, uma vez que, de acordo com escólio doutrinário, “em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 57).

entre as perspectivas *ex ante* e *ex post* é fundamental¹²⁷, já que a opinião de quem tem o direito de escolha pode mudar (ou ser formada) a partir do resultado obtido com a decisão judicial.

Há diferentes fórmulas para o arbitramento judicial do valor a ser pago em parcela única, que podem suscitar amplos debates: o termo final do pensio-namento; o índice de juros reversos que incidirá quando da transformação da renda em capital presente; as parcelas que irão compor a base de cálculo dos salários, etc. Porém, por uma questão de corte metodológico, não é escopo deste tópico sugerir a receita mais equânime para o arbitramento. Busca-se demons-trar, apenas, que às partes deve ser dado o direito de discutir amplamente os critérios adotados, e, ao credor, depois de definida a obrigação, fazer a opção segundo a sua conveniência.

XIII – O MOMENTO DA OPÇÃO SEGUNDO A NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO

A redação do parágrafo único do art. 950 do CC torna possível aquilatar que a faculdade ali inserta trata-se de “obrigação alternativa”, na medida em que pode ser cumprida de mais de uma maneira, mas a execução de apenas uma delas tem o condão de extinguir integralmente a obrigação¹²⁸. Além disso, como a faculdade de definir o modo de cumprimento da obrigação cabe ao credor, a definição mais detalhada sobre a natureza jurídica é de “obrigação alternativa com escolha do credor”. Em tais casos, o CPC possui norma expressa sobre o momento da escolha:

“Art. 571. Nas obrigações alternativas, quando a escolha couber ao devedor, este será citado para exercer a opção e realizar a prestação dentro em 10 (dez) dias, se outro prazo não lhe foi determinado em lei, no contrato, ou na sentença.

127 Posner, embora noutro contexto, reproduz idêntica afirmação: “A diferença entre as perspectivas *ex ante* e *ex post* é fundamental, e a incapacidade de observá-la está na base de boa parte das confusões sobre o mercado e a competência transacional. Uma vez que muitas escolhas são inevitavelmente feitas sob condição de incerteza, um número razoável delas deve produzir maus resultados” (POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 522/523).

128 O Código Civil de Quebec possui definição assemelhada: “1545. L’obligation est alternative lorsqu’elle a pour objet deux prestations principales et que l’exécution d’une seule libère le débiteur pour le tout”. Da mesma forma, o Código Civil argentino: “Art. 635. Obligación alternativa es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada” (Disponíveis em: <http://ligiera.com.br/ estrangeira_9.html>. Acesso em: 15 nov. 2012).

§ 1º Devolver-se-á ao credor a opção, se o devedor não a exercitou no prazo marcado.

§ 2º *Se a escolha couber ao credor, este a indicará na petição inicial da execução.*”

Dessa forma, a legislação processual civil é resoluta em relação ao momento da concentração da obrigação. Resta saber, entretanto, se tal dispositivo é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, diante das condições do art. 769 da CLT. A resposta é inapelavelmente positiva, porquanto a CLT é complementemente omissa em relação à matéria, e o dispositivo é compatível com as normas processuais trabalhistas, haja vista o interesse na tutela da informação, da liberdade e da justiça transcenderem os lindes do processo civil.

É bem verdade que a norma deverá ser adaptada ao sincretismo do processo do trabalho, que não possui processo autônomo de execução de título judicial e, por conseguinte, tampouco petição inicial da execução, que pode ser iniciada *ex officio* pelo juiz (CLT, art. 878). Todavia, tal circunstância não obsta a sua aplicação, até porque, desde a reforma de 2005¹²⁹, o processo civil também passou a ser sincrético, mas manteve, para o cumprimento da sentença, receptividade às demais normas executórias¹³⁰.

Essa possibilidade não é algo desconhecido para o processo do trabalho, que lida com a figura da opção, também pelo credor, entre o adicional de periculosidade e de insalubridade¹³¹, e a jurisprudência aceita sua feitura na execução¹³². Indubitavelmente, a decisão desse jaez não seria condicional¹³³,

129 Introduzida pela Lei nº 11.232, de 22.12.05, DOU 23.12.05, com efeitos a partir de 6 (seis) meses após a publicação, republicado no DOU 27.07.06, de acordo com o seu art. 7º.

130 Confira-se, a propósito, o art. 475, I, do CPC a respeito da aplicação dos demais artigos do capítulo X à execução: “Art. 475, I – O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, *por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo*”, bem como o art. 475-R, sobre a aplicação subsidiária das normas que regem a execução dos títulos executivos extrajudiciais: “Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”.

131 Por força do § 2º do art. 193 da CLT: “§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. § 2º *O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido*” (sem destaques no texto original).

132 “Na forma do § 2º do art. 193 da CLT c/c o § 2º do art. 571 do CPC, a opção do reclamante pela parcela que for mais favorável pode ser exercida na execução, assegurada a dedução do título até então recebido a fim de evitar-se a hipótese de enriquecimento sem causa” (ED-RR 241.041/96, DJ 26.11.99, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen).

133 Assim se posiciona a doutrina trabalhista: “Enquanto pender controvérsia sobre o direito do trabalhador, não é razoável nem lógico que se lhe exija a opção. Somente com o direito assegurado, por decisão passada em julgado, é que a opção deve ser requerida. (...) Apenas a partir da apresentação do cálculo de liquidação, preferencialmente em execução definitiva, é que se poderá clarear essa opção do traba-

porque certa ao determinar as obrigações devidas, cuja concentração é deslocada para a execução¹³⁴. Ademais, tal argumento criaria uma antinomia interna inexistente no CPC, já que o mesmo código que veda a prolação de sentenças condicionais¹³⁵ (CLT, art. 460, parágrafo único) regulamenta a sua forma de execução (CPC, art. 571).

Ressalte-se, por fim, que a possibilidade de opção pelo credor em relação à forma de pagamento (capital ou renda) deve ser postulada na petição inicial (CPC, arts. 282, IV, e 288, *caput*) e discutida na fase de conhecimento (CF, art. 5º, LIV), para então ser inscrita no título executivo (CPC, arts. 2º, 128 e 460). Ordená-la na fase de liquidação ou execução sem um comando judicial específico macularia a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI, e CLT, art. 879, § 1º).

XIV – CONCLUSÃO

Sem a pretensão de exaurir o debate sobre o tema, tampouco evadir-se da obrigação deontológica de assumir posturas científicas, a fim de submetê-las ao juízo crítico e aperfeiçoamento pelos leitores, é possível haurir as seguintes conclusões:

– O sistema de indenização dos danos patrimoniais adotado pelo Código Civil é pautado pelo princípio da reparação integral, que traça a um só tempo a sua extensão (todo o dano) e o seu limite (nada além do dano);

lhador. Haveria, então, algum problema de a sentença deferir as duas pretensões, mas condicionar o recebimento de uma ao cancelamento da outra? Certamente que não. A matéria é bastante conhecida nas relações civis, configurando-se obrigação alternativa, sem que o credor tenha direito de exigir e de auferir ambas ao mesmo tempo. Não se trata de sentença condicional ou de sentença incompleta, mas de sentença que, acatando a peculiar disposição legal, adverte que, neste passo, a condenação se esgota apenas em uma das vias adotadas” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. vol. 3: segurança e medicina do trabalho; trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 109).

134 “A decisão no sentido de permitir o diferimento para a execução da opção entre os referidos adicionais não configura ofensa ao art. 460, parágrafo único, do CPC, pois a certeza de que trata o dispositivo se refere ao fato de que a sentença deve ser indene de dúvidas acerca da composição do litígio, assim como da impossibilidade de se condicionar a procedência ou improcedência do pedido a evento futuro e incerto. (...) Na hipótese, foi declarada a existência do direito a ambos os adicionais, de periculosidade e de insalubridade. Vale dizer, *não foi proferida sentença incerta*, apenas foi diferida a opção entre um dos dois adicionais para a execução, em obediência ao comando expresso de impossibilidade de cumulação (art. 193, § 2º, da CLT). Acentue-se a ausência de nulidade no procedimento adotado pela decisão recorrida ante a dinâmica processual consagrada no art. 571, § 2º, do CPC, no sentido de que, quando se tratar de obrigação alternativa em que a escolha couber ao credor (como o é a prevista no art. 193, § 2º, da CLT), ‘este o indicará na petição inicial da execução.’” (TST, AIRR 231540-13.1999.5.02.0301, 6ª T., Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julg. 02.06.2010)

135 Num sentido completamente distinto do hipoteticamente formulado de concentração das obrigações.

DOCTRINA

– O art. 950, parágrafo único, do Código Civil trouxe inovação no campo da reparação de dano pela redução da capacidade laboral, na medida em que possibilitou que o pensionamento fosse substituído pelo arbitramento de indenização a ser paga de uma só vez, mediante conversão de renda em capital;

– Tal novidade só regula as situações ocorridas após a entrada em vigor do Código Civil, porquanto a legislação aplicável em matéria de responsabilidade civil é aquela vigente ao tempo em que se produz o dano, pois a lei nova não pode retroagir a fim de disciplinar evento anterior à sua vigência;

– A menção ao “arbitramento” judicial, constante do dispositivo legal analisado, impõe solução diversa da mera multiplicação do valor da importância do trabalho para o qual o ofendido se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu, pela sua expectativa de sobrevida;

– O pagamento em parcela única é manifestamente benéfico ao credor, uma vez que a antecipação de capital permite-lhe auferir ganhos financeiros com o investimento do montante percebido, além de colocá-lo ao abrigo de eventual revisão judicial em caso de recuperação da capacidade laboral;

– Ao arbitrar o valor da indenização, o julgador deve levar em consideração as vantagens do recebimento antecipado pelo credor;

– O valor arbitrado para pagamento em parcela única é naturalmente inferior à soma dos salários devidos até a estimada expectativa de sobrevida do ofendido, haja vista ser consequência inexorável do estabelecimento do valor presente, sem que isso implique ruptura do princípio da reparação integral, desconto, deságio, etc. É equivocada, epistemologicamente, a taxonomia pelo resultado e não pelo processo;

– A apuração da indenização em parcela única pela simples multiplicação do valor da pensão pela quantidade de meses de sobrevida torna a previsão do art. 950, parágrafo único, do Código Civil completamente anódina, já que a escolha do agente racional será sempre pelo pagamento à vista, por ser invariavelmente melhor. É necessário haver pluralidade de opções viáveis que permita, sob o prisma da eficiência, mais de uma predileção plausível;

– Exceto em situações limítrofes, devidamente comprovadas, como as de incapacidade econômica do devedor, o credor tem o direito de exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez;

– O credor só pode autogovernar-se de forma livre e consciente se tiver informação clara e adequada sobre as suas opções; o exercício do direito de

DOCTRINA

escolha entre capital e renda sem que se tenha conhecimento prévio dos valores em jogo aniquila por completo o direito à opção;

– A norma do art. 950, parágrafo único, do Código Civil estatui modalidade de obrigação alternativa com escolha do credor, que reclama concentração em sede de execução, por força do art. 571, § 2º, do Código de Processo Civil;

– A norma do art. 571, § 2º, do Código de Processo Civil é compatível com o processo do trabalho, por preencher os requisitos de aplicação subsidiária insculpidos no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, embora reclamante, em alguma medida, adaptação ao sincretismo, hodiernamente presente também no processo civil;

– A possibilidade de opção pelo credor em relação à forma de pagamento (capital ou renda) deve ser postulada na petição inicial e discutida na fase de conhecimento para ser inscrita no título executivo, sob pena de violação da coisa julgada, caso ordenada em execução sem que conste tal faculdade na decisão exequenda.

XV – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, Aug. 1970.

AUBRY, Charles Marie Antoine; RAU, Charles Frédéric; ESMEIN, Paul. *Droit civil français*. Paris: Librairies Techniques, 1951. *Tome sixième*.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BERRIAT-SAINT-PRIX, Félix. *Manuel de logique juridique*. Paris: Librairie Plon, s.d.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. São Paulo: Francisco Alves, 1943. v. II.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. La responsabilità. Milão: Giuffrè, 1994. v. 5.

BLACKSTONE, William; TUCKER, St. George; CHRISTIAN, Edward. *Blackstone's commentaries: with notes of reference, to the Constitution and laws, of the federal government of the United States, and of the Commonwealth of Virginia*. Philadelphia: William Young Birch and Abraham Small, 1803.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du droit civil*. Paris: Pedone.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

DOCTRINA

- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. XXI.
- CHARTIER, Yves. *La réparation du prejudice*. Paris: Dalloz, 1983.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.
- CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno – Colpa extra-contrattuale*. Torino: Bocca, 1906. v. II.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3rd ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.
- DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Tort law*. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1. n. 117.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico versão 5.0*. Correspondente à 3. ed. 1. impressão da Editora Positivo, rev. e atual. do Aurélio Século XXI, O Dicionário da Língua Portuguesa, 2004. 1 CD-ROM.
- GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif*. Paris: LGDJ, 1932. *Tome premier*.
- GIUDICEANDREA, Nicola. *Le impugnazioni civili*. Milano: Giuffrè, 1952. *volume primo*.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.
- KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. 2. ed. Trad., textos adicionais e notas: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.
- LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. v. I.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporal*. Systèmes d'indemnaison. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978. Tomo I.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Lisboa: Confluência, 1967. p. 1.279. v. II.
- MALLET, Estêvão. Conflito de leis trabalhista no tempo. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- _____. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

DOCTRINA

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Paris: Montchrestien, 1957. Tome premier.

MEULENAERE, O. de. *Code Civil allemand*. Paris: A. Mareseq, 1897. p. 225.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e introdução: Pedro Madeira. São Paulo: Saraiva.

PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Ação revisional e meio ambiente do trabalho: a coisa julgada em face das alterações de fato ou de direito. In: *O direito material e processual do trabalho dos novos tempos – Estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. Tomo VI.

_____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1976. p. 282. Tomo VI.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo LIII.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5th ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 1997. n. 366. v. 1.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Paris, Dalloz.

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Casa Editrice Giuseppe Principato, 1952. *Volume primo*.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 1999.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo: a imaginação – questão de método*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Trad. Rita Correia Gudes e Luiz Roberto Salinas Forte. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad.: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1.

SILVA, António de Moraes. *Grande dicionário da língua portuguesa*. Lisboa: Confluência, 1953. p. 918. v. V.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. vol. 3: segurança e medicina do trabalho; trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

DOCTRINA

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics. *The American Economic Review*, Vol. 92, n. 3, Jun. 2002, p. 460-501.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 2004.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Sistema de responsabilidad civil*. Contractual y extracontractual. Madri: Dykinson, 2001.

VENEGAS, Patricia Pilar. Calculo matematico (de la indemnización por incapacidad). In: ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (Directores). *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. v. II. C.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. Les effets de la responsabilité. 2^{ème} ed. Paris: LGDJ, 2001.

WIEDERKEHR, Georges; HENRY, Xavier; VENANDET, Guy; TISSERAND, Alisse; JACOB, François. *Code Civil*. Paris: Dalloz, 2004.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani*

INTRODUÇÃO

A questão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares abre campo a acesas disputas, quanto ao “se”, ao “como” e “em que medida”, consoante valiosas lições do insigne Ingo Wolfgang Sarlet¹, o que justifica a sua análise no âmbito das relações de emprego, máxime nos dias que correm, pois, talvez (vocábulo que o inesquecível Alexandre Dumas, em um de seus livros, afirmou *ser* “a quintessência de todas as filosofias”²), a drástica redução da oferta de empregos, de alguma maneira, acabe expondo os trabalhadores a maiores possibilidades de ofensa aos seus direitos fundamentais, sejam os específicos de sua condição de trabalhador, sejam os inespecíficos, atinentes a sua condição de cidadão-trabalhador, porquanto, como se não desconhece, a circunstância de ser trabalhador, não retira de quem o seja, a qualidade de cidadão, com os direitos então decorrentes³⁻⁴.

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.*

- 1 Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, organizador Ingo Wolfgang Sarlet, “A Constituição concretizada – constituindo pontes com o público e o privado”, Livraria do Advogado, 2000, p. 116 e ss.
- 2 Alexandre Dumas, “Os quarenta e cinco”, Porto, Livraria Lello & Irmão, sem data, vol. II, p. 199.
- 3 No que toca aos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores, de rigor a lembrança ao sentir dos eminentes Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvarez de la Rosa: “Al Propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo [los trabajadores, en particular] en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una ‘impregnación laboral’ de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados [también eventualmente por empresarios] a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al Propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos laborales inespecíficos. Y es que, naturalmente, la celebración de un contrato de trabajo ‘no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano’ (SSTC 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998 y 197/1998). Son, en definitiva, derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano” (“Derecho del trabajo”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Decimotercera edición, p. 104-105).
- 4 Também o culto juslaborista lusitano José João Abrantes, em monumental obra, afirma que: “Hoje em dia, porém, a importância dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho caracteriza-se sobretudo, pelo menos nos países mais desenvolvidos, por uma atenção crescente à chamada ‘cidadania

DOUTRINA

Interessante, para iniciar a abordagem do tema, lembrar curioso aspecto salientado pelo ilustre lente Jorge Reis Novais, e que dá conta, em boa medida, das perplexidades e dificuldades que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares suscita; observou o Professor:

“Um recente curso de mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa subordinado a este tema [objeto da investigação ora levada a efeito] e frequentado em igual número por estudantes brasileiros e portugueses proporcionou-nos esta clara verificação inicial: enquanto os estudantes brasileiros se pronunciavam unanimemente pela aplicação directa dos direitos fundamentais aos particulares, já os estudantes portugueses eram muito mais reticentes a esta ideia. O curioso é que esta divergência reproduz uma divisão no mesmo sentido que é possível perceber entre as doutrinas brasileira e portuguesa. Ou seja, enquanto que praticamente

na empresa’, isto é, aos direitos fundamentais não especificamente laborais, aos direitos do cidadão, que os exerce, enquanto trabalhador, na empresa.

Assiste-se a ‘uma impregnação juslaborista de direitos de titularidade geral por via da sua actuação por parte de trabalhadores subordinados’.

‘São direitos atribuídos genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaboralística, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer’.

São ‘direitos do cidadão-trabalhador’, (...) que os exerce enquanto trabalhador-cidadão.

Já não estamos apenas no terreno meramente contratual, mas no plano do Homem, da pessoa humana, existente dentro de cada trabalhador.

Na verdade, a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão” (“Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, Coimbra, 2005, p. 59-61).

Em outro trabalho, artigo publicado em obra coletiva, o mesmo e brilhante juslaborista José João Abrantes ensina que: “A evolução recente dos sistemas juslaborais é, pois, marcada por uma inflexão significativa no domínio da afirmação e salvaguarda das liberdades individuais no quadro da prestação de trabalho subordinado, aparecendo hoje como indiscutível a ideia de que a celebração do contrato de trabalho não implica a privação dos direitos que a Constituição reconhece a todas as pessoas e cidadãos” – José João Abrantes, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, obra coletiva, “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários – Inspeção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 143.

Concluindo um belo estudo a respeito dos direitos inespecíficos dos trabalhadores, assim afirma o preclaro Professor Renato Rua de Almeida: “Em conclusão, pode-se afirmar que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores, exercidos como direito de cidadania no âmbito das relações de trabalho e expressados, por exemplo, como direitos da personalidade, direito à informação, direito à presunção de inocência, direito à ampla defesa e ao contraditório, são garantidos em razão da eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, constituindo nos dias de hoje uma nova afirmação do Direito do Trabalho como aquele ramo do Direito que se especializou na promoção da melhoria das condições sociais dos trabalhadores”, “Os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadores Claudimir Supioni Junior e Jeana Silva Sobral, “Direitos laborais inespecíficos – os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho”, LTr, 2012, p. 13.

todos os autores brasileiros que ultimamente têm escrito sobre o tema aderem, com diferenciações de pormenor, à tese da eficácia ou aplicabilidade directa, já parte substancial da melhor doutrina portuguesa pronuncia-se em sentido contrário.”⁵

O que verificou o Professor Jorge Reis Novais rende ensejo a alguns questionamentos, sendo que, ao tema que ora se enfrenta, mais de perto interessa perquirir o motivo dessa diferença, a razão pela qual os estudantes brasileiros, bem como a doutrina brasileira majoritária, assim se posicionaram/posicionam.

Há uma circunstância que, logicamente, não passou despercebida ao eminente jurista, e que aumenta a perplexidade, qual seja a de que a Constituição portuguesa contém expressa previsão acerca da aplicação directa dos direitos fundamentais, e a Lei Maior nossa não, e nem por isso os portugueses se mostraram favoráveis à aplicação directa, como, também, a falta de uma clara disciplina a respeito, não inibiu os brasileiros a cerrar fileira em prol da aplicação; no aspecto, suas palavras foram as seguintes:

“Daí uma primeira perplexidade e uma primeira sugestão. A perplexidade advém desse facto: a Constituição brasileira não tem nenhuma afirmação clara sobre a questão e, no entanto, os brasileiros convergem na afirmação da aplicabilidade ou eficácia directa; a Constituição portuguesa consagra a aplicabilidade directa de forma aparentemente inequívoca, pelo menos no sentido em que não distingue a vinculação das entidades públicas da vinculação das privadas (‘os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e

Renato Bignami também tem um interessante trabalho, no qual, em determinado momento, dilucida que: “En tercer lugar, se debe tener claro, aunque parezca absurda la idea contraria, que los derechos fundamentales son plenamente aplicables en todo y cualquier centro de trabajo. Por último, en el actual estado de desarrollo de la doctrina de los derechos fundamentales, queda claro que hay derechos fundamentales específicos al ciudadano trabajador, ya que el trabajo está en el centro de toda la vida de las sociedades contemporáneas y más, que la constitución es directamente aplicable específicamente en materia de los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

Así, debe estar claro que los derechos fundamentales ‘no operan sólo como un límite extremo al contrato, fuera y al margen de la lógica contractual, se insertan también en su dinámica e integran su contenido, moralizando el contrato y siendo moralizado por este’. Por su parte, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y en el actual nivel de desarrollo de los derechos fundamentales laborales, debe tener en cuenta que hay derechos fundamentales propios del ambiente laboral, los llamados derechos fundamentales específicos, y hay derechos fundamentales genéricos y que también se aplican al medio ambiente laboral, los llamados derechos fundamentales inespecíficos”, “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Revista de Direito do Trabalho*, RT, n. 122, ano 32, abr.-jun./2006, p. 210-211.

- 5 Jorge Reis Novais, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas”, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2007, p. 355.

vinculam as entidades públicas e privadas⁷) e os portugueses manifestam evidentes reservas em adoptar essa posição.⁷⁶⁻⁷

Acerca dessa diferença de posicionamento, abstracção feita da circunstância de que na Pátria-mãe há autores de nomeada que defendem a eficácia direta e para além das abalizadas avaliações do consagrado jurista, gostaria de dizer que estou por creditá-la, também, aliás, pondo o acento tônico nesse ponto, ao fato de que, à época em que realizado o curso referido, Portugal não estava atravessando o transe que, infelizmente, passa no momento atual, embora não vivesse à larga, de maneira que as desigualdades sociais que lá então se verificavam, embora existissem, não eram tão alarmantes, tão pronunciadas, como as que, desde sempre, existiram entre nós.

Poderá ser-me lançada à face a seguinte indagação: e qual a ligação dessa diferença de posicionamento jurídico com as desigualdades sociais existentes?

A ligação, penso, está na própria razão de ser dos direitos fundamentais, e na evolução do pensamento jurídico que levou a que se entendesse pela observância dos mesmos, não apenas em face do Estado, mas também nas relações entre particulares, e sempre com vistas à proteção e ao valor conferido à dignidade da pessoa humana.

O quadro que acima foi desenhado, necessita, para uma melhor visualização, ser colorido com rápidas referências a dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e as correntes que surgiram, sustentando se viável e em qual medida e/ou maneira, a sua aplicabilidade às relações entre particulares.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No que tange a dignidade da pessoa humana, embora seja esse um sentimento que, passe à singeleza da comparação, parece “nascer” com o ser humano, juntamente com seu corpo físico, sempre precisou ser afirmado no curso da história, ontem e hoje; afirmado e defendido, pois, ainda que experimentando um reconhecimento cada vez mais consistente, nem por isso deixou/deixa de ser, relativamente a grande parcela da população mundial, facilmente desrespeitada, ontem e hoje, mudando, em realidade, a forma como é agredida e os meios utilizados para fazê-lo: em épocas mais recuadas, parece que de

6 Jorge Reis Novais, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, coordenadores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 355.

7 O artigo 18.º, 1, da Constituição portuguesa tem a seguinte redação: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

modo mais grosseiro e ostensivo, hoje, de maneira mais sutil e não tão visível, mas nem sempre...

Daí a precisão do quanto asseverado por Eduardo C. B. Bittar, no sentido de que “no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a expressão traduz, em sua inteireza, toda a carga de demanda por justiça, em torno das aflições humanas (miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação...), e que, somente por isso, pode ser dita uma expressão fundamental para a cultura dos direitos”⁸.

Fácil inferir, após a leitura e assimilação da mensagem contida na transcrição feita, no parágrafo anterior, o elevado, elevadíssimo papel que ao direito cabe desempenhar, para que a dignidade humana de toda e qualquer pessoa seja, efetivamente, respeitada.

Por isso, vem a talho, nesse comenos, reproduzir as humanas linhas de Carlos Augusto Alcântara Machado, *verbis*: “Recorde-se que o homem é anterior ao Direito e ao Estado. Acima e antes de qualquer coisa tem o direito de ser reconhecido como homem/pessoa. E não há homem/pessoa destituído de dignidade. Assim, a primeira e fundamental função do direito é a tutela da dignidade da pessoa humana. Depois, cabe ao Direito assegurar que as relações entre os homens se desenvolvam regularmente”⁹; em realidade, embora seja um objetivo difícil, para alguns, de ser digerido, o que torna mais árduo o caminho para alcançá-lo, mas necessário até para uma melhor e mais pacífica vida em sociedade, como observa, ainda, o autor que vem de ser mencionado, ‘O Direito precisa ser compreendido como um instrumento que regulamenta condutas visando fazer com que os seres humanos vivam com o outro e não apesar do outro’¹⁰, já que, como lembra Lafayete Pozzoli, ‘O ser humano não é só matéria, tem também espírito e psíquico’¹¹; enfim, ‘Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda a Humanidade’¹².

8 Eduardo C. B. Bittar, “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”, organizadores Agassiz Almeida Filho e Plínio Melgaré, “Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos”, Malheiros, 2010, p. 261.

9 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

10 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

11 Lafayete Pozzoli, “Direito como função promocional da pessoa humana – uma nova ética na hermenêutica”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 255.

12 Carlos Augusto Alcântara Machado, “A fraternidade como categoria constitucional”, coordenadores Carlos Aurélio Mota de Souza e Thais Novaes Cavalcanti, “Princípios humanistas constitucionais – reflexões sobre o humanismo do século XXI”, Letras Jurídicas, 2010, p. 96.

DOCTRINA

Aqui chegando, de fixar que a dignidade da pessoa humana não se contenta, nem se limita, a permitir ao ser humano “vencer” um dia após o outro, apenas sobrevivendo, mas, sim, a propiciar-lhe existência digna, que lhe permita realizar-se, evoluir como pessoa, sendo considerada, respeitada, sem passar por humilhações e privações, participando e interagindo com os demais indivíduos e com a sociedade, ou, como superiormente dito por Ingo Wolfgang Sarlet, “o nosso conceito de dignidade da pessoa humana formulado na obra ‘Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988’, p. 62, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana consiste na ‘qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais poderes’. Note-se, ainda, que o critério para definição do conceito indeterminado vida saudável é o conceito de saúde adotado pela OMS, no sentido de garantia de um completo bem-estar físico, mental e social, evitando, assim, a redução a um mínimo meramente vital ou mínimo existencial-fisiológico”¹³; aliás, como já, de há tempos, afirmado pelo augusto Supremo Tribunal Federal, no HC 45.232,GB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, j. 21.02.68: “(...) A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem, dos recursos indispensáveis à subsistência (...)”, palavras essas que devem ecoar, sempre, em nossa sociedade, de maneira geral, e na jurídica, muito especialmente, como vem acontecendo, felizmente, e cada vez mais.

Com a vista voltada agora mais especificamente ao cidadão-trabalhador, já que esse aspecto é de vital importância para o que se quer neste singelo trabalho deixar firme, de registrar que¹⁴: “A pessoa humana (qualquer que seja sua formação, seu nível cultural, sua responsabilidade funcional) não pode ser tratada como ‘objeto’, mero instrumento produtivo. A pessoa é ‘sujeito’, tem sua dignidade transcendente, tem aspirações, necessidades, passado e projetos para o futuro”.

13 Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e ‘novos’ direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações”, organizadora Ana Carla Harmatiuk Matos, “A construção dos novos direitos”, Nuria Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 199-200.

14 Paulo C. Moura, “A crise do emprego – uma visão além da economia”, Mauad Consultoria e Planejamento, 4. ed., Rio de Janeiro, p. 45.

Por fim, para encerrar esse tópico e passar ao dos direitos fundamentais, de ceder o passo ao inesquecível professor uruguaio Oscar Ermida Uriarte, cujos ensinamentos, certamente, jamais serão olvidados, que, com pena de mestre, apanhou bem a questão da dignidade da pessoa humana, e seu sentido no e para o mundo do trabalho; disse ele¹⁵:

“O da dignidade é um conceito antigo que provém da filosofia grega e, em especial, dos estoicos, passando pelo cristianismo e por Kant, para desembocar no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), em conformidade com o qual ‘a dignidade é inerente a todos os membros da família humana’.

Trata-se, segundo já expressou o Tribunal Constitucional Espanhol, da estima que merece toda pessoa pelo único fato de assim ser; é o respeito devido a todo ser humano e seu Direito de viver uma vida digna. Inclui, portanto, o Direito a condições mínimas de existência que devem ser asseguradas pelo Estado e pela ordem econômica. E no mundo do trabalho, o Direito a ter uma vida digna depende do fato de possuir um trabalho decente ou digno.”

Insisto: objetivo que não é nada fácil atingir!

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES

Creio que não se faz necessário encarecer a relevância dos direitos fundamentais para o homem e para o bem do próprio Estado, nos dias que correm; aliás, como bem lembrado por Uadi Lammêgo Bulos¹⁶: “Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.

Sabe-se, outrossim, que os direitos fundamentais, em um primeiro momento, surgiram para proteger as pessoas da atuação deletéria do Estado, dos desmandos e das arbitrariedades daqueles que estavam à frente, dos que comandavam, donde a necessidade de contê-lo (o Estado), de fazê-lo respeitar os direitos das pessoas, mas com o passar dos tempos, se viu que insuficiente a proteção apenas contra o Estado, pois havia particulares detentores de poder suficiente (*rectius*: mais do que suficiente) para provocar agressões à dignidade da pessoa humana

15 Oscar Ermida Uriarte, prefácio ao livro “Teoria da discriminação nas relações de trabalho”, Firmino Alves Lima, Elsevier, 2011, p. XIII e XIV.

16 Uadi Lammêgo Bulos apud Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira, “A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, ano 18, n. 73, out./dez. 2010, p. 197.

e aos seus direitos fundamentais, em face das desigualdades existentes; assim, como esclarecem Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson¹⁷:

“Os direitos fundamentais nasceram como uma reação da pessoa à atuação arbitrária do Estado, para a defesa das liberdades individuais. Por isso, nesse aspecto, a conquista dos direitos civis e políticos de primeira geração caracterizam-se pela não atuação estatal, ou seja, uma competência negativa, de abstinência e respeito por esses direitos. Com o passar do tempo, diante da própria evolução do sistema para uma segunda relação de direitos, a ampliação da tutela estatal passou a incluir como fundamentais, direitos positivos, ou seja, passou-se a exigir do Estado uma atuação pró-ativa em benefício da pessoa, aplicáveis, portanto, não apenas em uma relação vertical (Estado-pessoa), mas horizontal (pessoa-pessoa). Vale dizer, os direitos fundamentais passaram a ser aplicáveis em relações entre privados, com o objetivo de reduzir as desigualdades existentes, devido à sua esfera objetiva.”

Afinado com os ensinamentos acima transcritos, a palavra forte de Miguel Rodriguez-Piñero, para quem:

“A dignidade, a liberdade, a privacidade, o livre desenvolvimento da personalidade devem ser tutelados não apenas em face do Estado e dos poderes públicos, mas também em face dos particulares. Daí a irrupção da Constituição nas relações entre os particulares, pois doravante ninguém escapa de sua longa manus (G.Durig).”¹⁸

Aliás, essa realidade, de poder não estatal podendo magoar direitos fundamentais das pessoas, também foi referida pelo eminente Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em obra de grande valor, disse, então¹⁹:

“Em verdade, o poder crescente das instâncias de poder não estatais, como as grandes empresas ou as empresas em rede, no seio das economistas capitalistas, converteu-se em uma ameaça à efetividade dos direitos humanos que não pode ser desconsiderada.”

Em realidade, onde há homens, há sempre o risco daquele que detém mais poder, de tentar submeter o outro aos seus interesses, o que cumpre seja

17 Rodrigo Fortunato Goulart e Roland Hasson, “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Anamatra-LTr, n. 25, 2008, p. 139.

18 Miguel Rodriguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

19 Augusto César Leite de Carvalho, “Garantia de indenidade no Brasil”, LTr, 2013, p. 108.

evitado²⁰, havendo o risco de descambar em agressão aos direitos fundamentais daquele que menos condições possui para fazer valer seus interesses, e conforme o caso, seus direitos; entretanto, essa possibilidade aumenta em proporção, numa sociedade que privilegia interesses outros, como o da necessidade de consumir, que se impinge à sociedade, que não, exatamente, o da pessoa humana, de maneira que a pessoa valha, não mais por ser pessoa, mas pelo que consome e sua capacidade de consumir mais, cada vez mais, e mais ainda.

Ainda, de lembrar que é a dignidade da pessoa humana que ilumina os direitos fundamentais, ou, como afirmam Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira²¹,

“Não é à toa que a dignidade da pessoa humana é apontada com frequência como o fundamento dos direitos fundamentais, ela possui superioridade frente aos direitos fundamentais e serve como parâmetro para a aplicação dos que dela decorrem. Trata-se, sob nossa ótica, de um direito humano primário, necessário se faz que o ser humano que reivindica algum direito possua, pelo menos, uma vida digna.

A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Não podemos confundir com os direitos fundamentais, pois estes decorrem dela.”

Atento a esses ensinamentos, pode-se aceitar, não só que “Os direitos fundamentais procuram facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício real e efetivo de sua liberdade, a concretização da liberdade genérica em autodeterminação e em autorrealização”²², como, também, que “Para manter a coerência interna da ordem jurídica estes direitos devem influenciar todo o ordenamento jurídico em seu conjunto e em sua totalidade. Não basta conseguir a liberdade e a segurança em face do Estado, pois também nas relações entre os particulares podem ocorrer atentados à dignidade humana, aos seus direitos e à liberdade (Kahn-Freund, Trabajo y derecho, Madrid,

20 Fique claro, que não estou, nesse comenos, cuidando da liberdade, que é um direito fundamental das pessoas, mas, sim, de que, em realidade, não há liberdade (de verdade!) quando alguém, por ter mais poder de impor sua vontade, submete a de outro; e também não disse, de forma alguma, que isso sempre se verifica, quando há uma pessoa com maior poder do que outra, falei, isso sim, que essa é uma possibilidade que pode (*rectius*: não é algo que pode, sempre e sempre, ser descartado) acontecer. Só e apenas isso.

21 Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira, “A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RT, ano 18, n. 73, out./dez. 2010, p. 199.

22 Miguel Rodríguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabajo & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

1987). Uma democracia exige a irradiação dos direitos fundamentais em todo o conjunto do ordenamento jurídico e no seio da sociedade civil”²³.

Se outrora houve maior debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora ainda exista, construído sob o argumento de que os direitos fundamentais surgiram como meio de defesa contra o Estado, não havendo amparo à ideia de alargar seu raio de atuação, ou, ainda, sustentando não haver hierarquia axiológica entre as normas constitucionais e as de direito privado²⁴, hodiernamente, poucas vozes se mantêm nesse discurso.

Nos dias que correm, e já de há algum tempo, o tempero da disputa fica centrado no modo em que se dá essa eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, havendo, a respeito, os que sustentam deva ser de modo mediato/indireto, e os que montam praça em que o escorrito é a eficácia direta/imediata.

Em respeito aos limites que devem ser seguidos neste trabalho, alguns aspectos instigantes e concernentes ao tema enfocado, não foram e nem poderão ser abordados com maior densidade, desde a opção pela própria denominação (que são várias, porquanto há os que preferem “eficácia perante terceiros”, “eficácia externa”, “eficácia privada” ou, ainda, “eficácia horizontal”), como uma abordagem acerca das dimensões dos direitos fundamentais, que alguns denominam de gerações, também, um melhor exame de como o Estado, primeiramente tido como “inimigo” dos direitos fundamentais, por isso que, naturalmente, contra ele se ergueu a muralha dos direitos fundamentais, passa a ser posteriormente um aliado para que floresçam e sejam respeitados/cultivados, além de outros aspectos, e o aprofundamento mais adequado das correntes existentes quanto a como se deve dar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a relação de tudo isso com o princípio da unidade do ordenamento jurídico; pela mesma razão, somente será possível uma brevíssima referência as duas correntes sempre referidas, quando do exame do modo e alcance da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem referência expressa a outras posições, como a norte-americana do *state action* e a dos deveres de proteção (mas tenho a intenção de, em trabalho futuro, de maior fôlego, pelo menos para mim, abordar mais essas e outras questões que envolvem esse fascinante tema).

No que respeita a eficácia mediata/indireta, seus defensores entendem, como muito bem e didaticamente explicado pelo ilustre Ministro do c. TST José Roberto Freire Pimenta e por Juliana Augusta Medeiros de Barros, “que

23 Miguel Rodriguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

24 Sobre esse ponto, *vide* Ricardo Castilho, “Direitos humanos”, Saraiva, 2. ed., p. 385-386.

a Constituição contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis infraconstitucionais pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Assim, a força jurídica dos preceitos constitucionais se afirma, perante os particulares, por meio de princípios e regras de direito privado. Os princípios constitucionais serviriam para ajudar a interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, desde que sempre dentro das linhas do direito privado”²⁵; ainda a respeito dessa corrente, de proveito a leitura da seguinte passagem de Walber de Moura Agra e Isabela Lessa Ribeiro²⁶:

“Parte da doutrina, mais arraigada à doutrina civilista, não admite que os direitos fundamentais possam produzir nenhum tipo de efeito, haja vista que a relação entre particulares pertence ao direito privado. Argumentam que sua aceitação produziria a constitucionalização de todo o Direito Privado, deixando a autonomia do cidadão relegada. Significaria o retorno do Estado Leviatã e o fim da inviolabilidade das prerrogativas dos cidadãos.

Nesse diapasão, sustentam seus corifeus que o Direito Privado nasceu antes do Direito Público, possuindo natureza e objetivos diversos. Como na esfera privada inexistem partes que ostentem prerrogativa de *jus imperium*, não há como se falar na incidência de normas de caráter público. A autonomia da vontade impede que ocorra uma hipertrofia do Judiciário, no que provocaria uma judicialização das esferas de deliberação social, com graves prejuízos para o regime democrático.”

Mas, como já dito, outra linha de entendimento existe sobre essa questão, que sustenta que não há mais fazer esse corte, para restringir a eficácia dos direitos fundamentais apenas quando dirigido contra o Estado, pois entre os particulares pode existir – e há – situações de desigualdade, nas quais os que detêm poder econômico/social, podem impor sua vontade aos que não o possuem, podendo, com isso, magoar os direitos fundamentais destes últimos, mesmo porque, nesses casos, não haveria falar em autonomia da vontade, tão cara ao pensamento contrário, por conta da ausência de quinhão equivalente de poder, se bem que sempre haveria a necessidade de se fazer algumas adaptações, não sendo possível uma aplicação idêntica da que se daria se uma das

25 José Roberto Freire Pimenta e Juliana Augusta Medeiros de Barros, “A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses”. Disponível em: <www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta>. Acesso em: 20 maio 2013.

26 Walber de Moura Agra e Isabela Lessa Ribeiro, “O STF e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, coordenadores Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Celso Luiz Braga de Castro e Walber de Moura Agra, “Novas perspectivas do direito privado”, Belo Horizonte, 2008, p. 357-358.

partes fosse o Estado, já que, quando a questão envolve apenas particulares, não se pode obnubilar o fato de que ambos possuem direitos fundamentais; outrossim, não apenas quando entre desiguais teria espaço e de ser observada a eficácia direta, pois mesmo entre iguais pode ser magoada a dignidade de pessoa humana de uma das partes, e aí, de ser observada a eficácia *inter privatos*, se bem que, nesses casos, diferentemente dos que envolvessem desigualdade econômica/social, maior peso se atribuiria/atribuirá a autonomia da vontade, ou seja, haveria/há graus de vinculação; aqui, de ceder o passo, ao sempre citado, quando de direitos fundamentais se cogita, o Professor Jorge Miranda, que, ao tratar da corrente que defende a eficácia imediata, esclarece que: “Para a segunda tese [a da eficácia direta] não há que fazer cisões na ordem jurídica e tudo se reconduz à dialéctica liberdade-poder: se, em vez de ser político, for um poder de grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos, liberdades e garantias deverão valer de modo absoluto, enquanto tais; nos restantes casos, poderá haver graus de vinculatividade”²⁷.

Estou em que a corrente que se posiciona em prol da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares melhor resposta dá à realidade e as necessidades do mundo contemporâneo, no qual irrecusável o crescimento de poder de entidades privadas, bem como mais se afina (essa corrente) com o estágio atual do direito constitucional, sob diversos enfoques, entre os quais, o de que uma Constituição é um sistema de valores, que possui dimensão objetiva, e que irradia os valores que contém/elegeu para todos os cantos e ramos do direito, e que cada vez mais ténue a separação entre o direito privado e o direito público, como também que irrecusável o fenómeno da constitucionalização do direito; não empolga, a meu aviso, o argumento da preservação do direito fundamental de liberdade, que leva a permitir ao homem que conforme sua vida, escolha como agir no meio social, no seu relacionamento com os demais, preservando sua autonomia da vontade, manifestação daquele, já que especioso, pois, como falar em liberdade, em agir com autonomia da vontade, quando, pela necessidade e pela falta de poder, alguém é obrigado a aceitar o que um outro impõe, ainda que, com isso, reste magoado algum direito fundamental? Que se deva, como nota o ilustre lente José Carlos Vieira de Andrade²⁸, “tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade” na conduta humana é inegável, mesmo porque não se pode padronizar tudo num ser humano (embora há quem queira...), mas como se extrai das profundas lições desse mestre, isso não pode ser assim, quando

27 Jorge Miranda, “Manual de direito constitucional”, tomo IV, Coimbra, 3. ed., p. 324-325.

28 José Carlos Vieira de Andrade, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Almedina, Coimbra, 1998, p. 296.

das relações entre desiguais; aliás, é muito fácil ser espontâneo e arbitrário com os que não podem reagir contra nossa espontaneidade e arbitrariedade, nem podem sê-lo conosco!

Por, de maneira brilhante, sintetizar a questão da eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de muita utilidade a transcrição do claro posicionamento da culta Juíza Andréa Presas Rocha, para quem²⁹, “Justifica-se a admissibilidade de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a um, porque tais direitos, como princípios e valores que são, não podem deixar de aplicar-se a toda a ordem jurídica e, portanto, também nas áreas do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico), e, a dois, pela necessidade de proteção dos particulares, não apenas perante o Estado, mas, também, por intermédio do Estado, perante outros particulares, pelo menos perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de fato”.

Como no Brasil, gritantes, alarmantes, as desigualdades existentes, o que se vê a todo momento, em quase todos os lugares, fica fácil concluir a razão pela qual os estudantes e doutrinadores brasileiros, bem como a jurisprudência, em expressiva quantidade, são pela eficácia direta/imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que, em alguma medida, não ocorria, à época, em Portugal, estando aqui, como disse, um dos fatores que explicam, com mais vigor, ao observado pelo Professor Jorge Reis Novais, e referido ao início deste singelo trabalho.

E, especificamente, no que toca ao Direito do Trabalho, a quantas “anda” a questão?

A CONSTITUIÇÃO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E (N)O DIREITO DO TRABALHO

À partida, de apontar que, como recorda o insigne juslaborista José João Abrantes³⁰, apontando quais em nota de rodapé, “Na maior parte desses ordenamentos, a questão da possível eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados colocou-se inicialmente no âmbito laboral”, o que, bem é de ver, não pode causar espanto algum, porquanto, como se sabe, a desigualdade de poder, passe a singeleza do vocábulo, “habita”, de regra, os locais de trabalho,

29 Andréa Presas Rocha, “A efetividade dos direitos de cidadania nas relações de emprego – em defesa de uma eficácia direta”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadoras Adriana Calvo e Andréa Presas Rocha, “Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”, LTr, 2010, p. 32.

30 José João Abrantes, “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, Coimbra, 2005, p. 66.

de maneira que, se muitas as possibilidades de, nas relações entre particulares, outras, diversas das de emprego, uma das partes, com mais poder, lesar a outra, aumentam, em muito, essas possibilidades, no âmbito de uma relação de emprego, pelo estado de sujeição do empregado ao seu respectivo dador de serviço, quadro esse que os avanços tecnológicos, em vez de amenizar, aprofundam, e o mesmo se diga do modelo de sociedade que impera no orbe atualmente, em que se dá algo curioso: a proteção que antes se dispensava ao trabalhador, hoje não se quer dispensar mais a ele, mas ao consumidor (pois uma pessoa vale o que pode consumir, então, quem consome é que deve ser protegido), ainda que, para ser consumidor, normalmente, a pessoa que tenha que estar empregada, e, com isso, ter meios (ainda que bem “apertados”) para consumir...

É uma realidade, a de que, se bem que não ocorra sempre e invariavelmente, o poder econômico possui um, digamos assim, “apetite muito grande”, em abocanhar boas fatias dos direitos fundamentais daqueles que dele dependem, por isso que há de ser-lhe preceituada uma dieta à base de obrigação de respeito aos direitos fundamentais; essa “aptidão” do poder econômico foi apontada por Luiz Carlos Forghieri Guimarães, ao denunciar que: “A falta de igualdade fática para estabelecer suas relações privadas, normalmente o poder econômico, infringe o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”³¹, e essa realidade, por si só, mais do que justifica, impõe, inarredavelmente, a observância dos direitos fundamentais na relação de emprego, como meio de conter, no que preciso, as suas consequências, atento a que “o contrato de trabalho não é e nem nunca foi uma licença para matar a dignidade humana”³², o que sucederia/sucedera se os direitos fundamentais dos trabalhadores não forem respeitados, destarte, clara a ideia de que, por imprescindível que assim seja, “Os direitos fundamentais são componentes básicos e estruturais do direito do trabalho”³³; fere a questão com maestria o insigne e já citado Professor José João Abrantes, *verbis*:

“Os direitos fundamentais devem ser encarados como componentes estruturais básicas do contrato de trabalho, tendo em conta as especiais características de uma relação em que a pessoa do trabalhador está intrinsecamente envolvida na troca contratual e que, por isso, é, pro-

31 Luiz Carlos Forghieri Guimarães, “Direitos fundamentais e relações desiguais – poder econômico e o indivíduo”, colaboração Marcos Paulo Rosário, Letras Jurídicas, 2008, p. 15.

32 Maria Regina Redinha, “Os direitos da personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão”, obra coletiva “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários Inspecção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 162.

33 Miguel Rodriguez-Piñero, “Constituição, direitos fundamentais e contratos de trabalho”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 15, dez. 1997, p. 25.

vavelmente como nenhum (*sic*) outra, constitucionalmente condicionada, por valores assentes na ideia de dignidade humana.

A Constituição estabelece, com efeito, uma ordem de valores, que tem o seu cerne nessa dignidade da pessoa humana, garantida pelos direitos fundamentais, e que, como tal, tem de valer como estatuição fundamental para todos os ramos de direito, designadamente para o Direito do Trabalho.³⁴

De resto, se não se olvidar que a dignidade da pessoa humana é o centro do sistema constitucional estabelecido em terra pátria, lançando seus raios de calor humano para todos os aspectos da vida e ramos do direito, bem se compreenderá que o Direito do Trabalho também se beneficia desse ambiente, devendo a interpretação do seu sistema seguir esse norte, ou como já observado: “Na ordem constitucional vigente, após a Carta Magna de 1988, adotou-se o valor da dignidade da pessoa humana como núcleo basilar de todo o ordenamento jurídico, sendo um parâmetro a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional e infraconstitucional, refletindo-se em diversos ‘ramos’ do Direito, notadamente no Direito do Trabalho”³⁵.

Assim, nada mais natural, a par de necessária/obrigatória, a eficácia dos direitos fundamentais em uma relação de emprego, a qual, também e mais ainda, em seara trabalhista, deve ser a direta/imediata, o que, aliás, já é determinado, pela Magna Carta, relativamente a uma série de direitos fundamentais, que tem como destinatários, irrecusavelmente, os empregadores, de maneira que, há inferir, quanto aos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, em certa medida, já há determinação constitucional a respeito³⁶; entretanto, quanto

34 José João Abrantes, “O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador”, obra coletiva “A reforma do Código do Trabalho”, Centro de Estudos Judiciários Inspeção-Geral do Trabalho, Coimbra, 2004, p. 149.

35 Juliane Caravieri Martins Gambá e Zélia Maria Cardoso Montal, “Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, discutindo paradigmas”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ano 11, n. 41, p. 66.

36 Com ensina o preclaro Paulo Gustavo Gonet Branco: “É claro que não se discute a incidência dos direitos fundamentais quando estes estão evidentemente concebidos para serem exercidos em face de particulares. Diversos direitos sociais, em especial os relacionados ao Direito do Trabalho, têm eficácia direta contra empregadores privados – veja-se, a propósito, o inciso XVII do art. 7º, que assegura o gozo de férias anuais remuneradas, com pelo menos um terço a mais do que o salário normal, e o inciso XXX do mesmo dispositivo, que proíbe aos empregadores estabelecer diferenças de salários e de critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, “Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais”, *Brasília Jurídica*, 2000, p. 171. Ver, também, Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, organizador Ingo Wolfgang Sarlet, “A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado”, *Livraria do Advogado*, 2000, p. 116.

aos direitos fundamentais inespecíficos, e referidos nas notas de rodapé ns. 3 e 4, nas linhas transatas, necessária a definição pela eficácia dos direitos fundamentais de forma direta/imediata.

Faço coro, portanto, aos que se manifestam no sentido da necessidade da eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego, portanto, junto a minha voz a de outros que verbalizam que, como a de Joselita Nepomuceno Borba:

“Aceitar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações sociais do trabalho é de extrema importância, vez que, silente até agora a Consolidação das Leis do Trabalho e legislação extravagante acerca de direitos como os inerentes aos direitos de personalidade: intimidade da vida privada, liberdade de expressão, não discriminação, proibição de assédio, só para exemplificar, a tomada de consciência da necessidade de proteger os valores constitucionais, obriga-se a rere a Dogmática do Direito do Trabalho à luz desses princípios, fazendo, via de consequência, aderir ao contrato de trabalho direito e garantias fundamentais inerentes à liberdade do indivíduo, não aquela do homem senhor do seu destino da era do liberalismo, mas a inerente ao livre desenvolvimento da personalidade do homem, ser humano solidário, que vive em sociedade e é responsável perante a mesma.”³⁷

A relevância do Direito do Trabalho, para a inclusão social e mesmo para a vida do trabalhador e de seus dependentes – o que deveria ser objeto de mais atenção/preocupação da sociedade, como um todo –, e os ataques que o têm por alvo, tornam também inadiável, imperiosa, necessária, a eficácia dos direitos fundamentais, de forma direta/imediata, em seu seio; assim, como de maneira muito objetiva e firme afirmado por Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano³⁸, “Finalmente, se a relação de emprego, apesar das múltiplas tentativas de fraude, de precarização, de flexibilização e de desregulamentação do Direito do Trabalho, continua sendo o principal instrumento de acesso à inclusão social do trabalhador e de sua família, de distribuição de renda, de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades, e de

37 Joselita Nepomuceno Borba, “Direitos fundamentais. Eficácia horizontal direta nas relações sociais entre capital e trabalho. Riscos do trabalho e a obrigação de reparar os danos dele decorrentes”, coordenador Renato Rua de Almeida, organizadoras Adriana Calvo e Andréa Presas Rocha, “Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho”, LTr, 2010, p. 64.

38 Luiz Otávio Linhares Renault e Isabela Márcia de Alcântara Fabiano, “Eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego – alguma verdade”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 219.

DOCTRINA

dignificação da pessoa humana, não há motivos para privar os direitos sociais trabalhistas de aplicabilidade e de eficácia imediatas”.

Finalizando este breve estudo, cito Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, os quais, de maneira percuciente, advertem que³⁹:

“Não há como pensar as relações de trabalho no cenário jurídico contemporâneo sem levar em consideração os direitos fundamentais – não apenas os trabalhistas como também os demais direitos individuais, sociais e coletivos.”

39 Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 60.

OS DIREITOS SOCIOTRABALHISTAS COMO DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Gabriela Neves Delgado*
Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro**

1 – INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho consiste em instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que contribui para a afirmação da identidade individual do trabalhador, de sua emancipação coletiva, além de promover sua inclusão regulada e protegida no mercado de trabalho. Por meio de contínuo aperfeiçoamento, o Direito do Trabalho promove os ideais de justiça social e de cidadania, ambos relacionados à salvaguarda da dignidade humana – diretriz norteadora do Estado Democrático de Direito.

Essa intrínseca conexão entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana revela-se pela necessidade de tutela jurídica das relações de emprego, de modo a garantir que a subsistência, a integração social e a emancipação coletiva do trabalhador ocorram conforme as diretrizes do direito fundamental ao trabalho digno¹. Ou seja, cabe ao Direito do Trabalho normatizar

* *Doutora em Filosofia do Direito (UFMG; 2005) e mestre em Direito do Trabalho (PUC Minas; 2002); professora adjunta de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB; coordenadora de Graduação do Curso de Direito da UnB; líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”; professora adjunta de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (2006-2009); professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC Minas (2003-2006); professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos (2002-2006); autora de doze livros publicados, sendo dois individuais, um livro dual e três obras unitárias coletivamente organizadas; coorganizou a coleção Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, em seis volumes, com mais de 370 artigos integrados (São Paulo: RT, 2012); conta ainda com inúmeros artigos publicados em livros coletivos e revistas jurídicas especializadas do país; advogada.*

** *Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela UnB; bacharel em Relações Internacionais (UnB; 2011); membro do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”.*

1 *Sobre a proteção assegurada ao sujeito trabalhador pelo Direito do Trabalho, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006; VIANA, Márcio Túlio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI*. Revista LTr, São Paulo, v. 63, n. 7, jul./1999, p. 885-896.*

a proteção do sujeito trabalhador, além de proibir a mercantilização do trabalho humano².

Por meio de sua concretização, o Direito do Trabalho também favorece a distribuição de renda na sociedade, fomentando a economia e tornando os direitos sociotrabalhistas necessários e complementares ao progresso material, tecnológico e social dos povos.

O Direito do Trabalho é, portanto, uma das vertentes dos Direitos Humanos³, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social.

Este artigo pretende demarcar a condição dos direitos sociotrabalhistas enquanto dimensão dos Direitos Humanos, a partir das dimensões específicas do Direito do Trabalho e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A presente proposta será alcançada por meio de breve revisão, no contexto do Estado Democrático de Direito, dos conceitos de dignidade humana, cidadania e justiça social – pilares da dimensão ética dos Direitos Humanos, além de sua normatização e proteção no plano internacional, destacando-se a vanguarda da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na trajetória de reivindicação e reconhecimento dos direitos sociotrabalhistas e à efetivação da justiça social⁴.

2 – A DIMENSÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A *dimensão ética* dos Direitos Humanos revela-se em plenitude pelas noções de dignidade humana, de cidadania e de justiça social.

-
- 2 Sobre a mercantilização do trabalho humano, ver: DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 5, maio/2008, p. 569; DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O papel da justiça do trabalho no Brasil. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 150-161.
 - 3 Para alguns autores, os direitos humanos são direitos “assegurados no plano do direito internacional (portanto, assegurados a qualquer pessoa independentemente de seu vínculo com determinado Estado, além de oponíveis ao próprio Estado perante as instâncias supranacionais de tutela)” e os direitos fundamentais “como sendo aqueles consagrados no plano do direito constitucional de cada Estado”. Sobre o tema, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-14; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009. p. 43-48.
 - 4 Em relação à vanguarda da OIT, conferir: CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009. p. 108-138.

DOCTRINA

O primeiro pilar ético dos Direitos Humanos é a dignidade, valor-fonte e parâmetro contemporâneo para os instrumentos internacionais de proteção ao ser humano. Essa virtude positivada no cenário internacional também norteia, é claro, a Constituição brasileira de 1988. Aliás, a “Constituição Federal de 1988 protagoniza papel particularizado quanto à reflexão sobre a dignidade humana, sobretudo por consagrá-la como fundamento do Estado Democrático de Direito” e por reconhecer o ser humano como “centro convergente” dos direitos fundamentais⁵. É, portanto, a dignidade “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”⁶.

A dignidade tangencia ainda os valores de autodeterminação consciente e responsável do indivíduo, “constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”⁷.

O segundo pilar ético dos Direitos Humanos é a cidadania, conceituada no paradigma do Estado Democrático de Direito como a “aptidão do indivíduo em adquirir direitos, prerrogativas e proteções da ordem jurídica, aptos a qualificá-lo como igual a seus semelhantes no contexto da sociedade local, regional ou internacional”⁸.

É importante registrar que esse conjunto de direitos, prerrogativas e proteções da ordem jurídica decorre não apenas da atuação Estatal, mas também por influência de iniciativas coletivas e dos movimentos sociais. Ou seja, a concessão de cidadania ampla e universal está associada à noção de dignidade humana, pois a cidadania torna viável a autonomia do indivíduo, além de sua emancipação coletiva⁹.

A cidadania revela-se, portanto, como um conceito verdadeiramente abrangente por considerar cidadão o sujeito “portador de todos os direitos

5 DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 63.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 96.

7 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128-129.

8 SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade dos direitos humanos no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. Consultar, ainda: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 52.

9 CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona*. Espanha: Taurus Pensamiento, 2009. p. 201.

fundamentais da pessoa humana”¹⁰. É claro que a diversidade cultural existente em sociedade não deve impedir a universalidade dos direitos humanos, mas fortalecê-los.

O *terceiro pilar* ético dos Direitos Humanos é a justiça social¹¹.

A justiça social consolidou-se, em meados do século XX, nos países que adotaram o paradigma do Estado de Bem-Estar Social como um primado ético, baseada na concepção que tornava a solidariedade – ou a fraternidade, conforme a bandeira da Revolução Francesa – um dever social, no qual cada indivíduo ou o grupo seriam sujeitos de direitos e obrigações¹².

Nesse período histórico disseminou-se o conceito ampliado de justiça social, englobando as variadas facetas da justiça e os princípios de ética, bem-estar, equidade e solidariedade que a fundamentam¹³.

Segundo William Ferree, a justiça social implica a cada indivíduo a responsabilidade para organizar e aperfeiçoar instituições, ou seja, interações humanas organizadas, com vistas ao desenvolvimento pessoal, social e comunitário. Para que o indivíduo possa influenciar e participar da sociedade, moldar as instituições e comprometer-se com o progresso (espiritual, tecnológico, científico, entre outros), ele precisa desfrutar de recursos materiais de modo balanceado em relação aos demais e ter um meio de sustento que favoreça a harmonia social. Ou seja, a justiça social sugere a aquisição e concretização do poder de agência junto às instituições humanas, sociais e políticas, bem como a promoção da igualdade de oportunidades e de acesso a bens e serviços¹⁴.

10 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais de organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 118-119.

11 Sobre a evolução histórica do conceito de justiça social, ver: LEO W. SHIELDS, A. B. *The history and meaning of the term social justice*. Indiana: University of Notre Dame, 1941. Entre 1900 e 1910, o termo passou a englobar variadas facetas da justiça, ou seja, a *justiça social* tangenciaria a *justiça legal*, mas também a *justiça comutativa (redistributiva ou corretiva)*, a *justiça distributiva* e a *equidade*. Nesse período compreendeu-se entre os direitos oriundos da justiça social a tutela do trabalho, principalmente após a recomendação prevista no Tratado de Versalhes para a elaboração de uma organização internacional voltada à proteção do trabalhador e à regulamentação do trabalho de modo tripartite (LEO W. SHIELDS, A. B. *The history and meaning of the term social justice*. Indiana: University of Notre Dame, 1941. p. 26-27).

12 LEO W. SHIELDS, A. B. *The history and meaning of the term social justice*. Indiana: University of Notre Dame, 1941. p. 37-38.

13 FERREE, William J.; GREANEY, Michael D. (Ed.). *Introduction to social justice*. Arlington: Center for Economic and Social Justice & Social Justice Review of the Central Bureau, 1997 (Originally published by Paulist Press, 1948). p. ii, p. vii.

14 FERREE, William J.; GREANEY, Michael D. (Ed.). *Introduction to Social Justice*. Arlington: Center for Economic and Social Justice & Social Justice Review of the Central Bureau, 1997 (Originally published by Paulist Press, 1948). p. 27-30; 35-54.

DOCTRINA

Os comandos de participação, distribuição e harmonia são interdependentes e basilares ao alcance da justiça social¹⁵, sobretudo se considerada a realidade brasileira. Conforme argumenta Michael Greaney, de fato, a justiça social não pode descuidar da dimensão econômica, embora exceda em seu conteúdo essa dimensão¹⁶. São vários os exemplos concretos de manifestação da justiça social que excedem o conteúdo estritamente econômico, a saber: a justiça social permite um desenvolvimento maior das potencialidades individuais e coletivas; também favorece maior harmonia nas relações sociais mediante a integração, inclusão social e participação autônoma dos sujeitos. Além disso, promove distribuição de trabalho e de renda mais equânimes, bem como elabora e oferece amplo acesso às políticas públicas sociotrabalhistas.

Concretização e Síntese da Dimensão Ética dos Direitos Humanos: a Solidariedade Social

Hodiernamente, o conceito de justiça social, meta da OIT, estabelece a necessidade do amplo acesso à justiça e aos direitos sociotrabalhistas¹⁷. Nesse sentido, o pilar da justiça social está intrinsecamente vinculado ao princípio da solidariedade social, ao princípio da progressividade, ao princípio da proteção, bem como ao princípio da vedação ao retrocesso social, princípios estes relacionados “à universalização da técnica de proteção social”¹⁸.

Sinteticamente, aponta-se a convergência entre os pilares da dimensão ética dos direitos humanos (dignidade, cidadania e justiça social) e a solidariedade social, pois esta:

“implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos

15 CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL JUSTICE (CESJ). *Defining Social Justice*. Disponível em: <<http://www.cesj.org/thirdway/economicjustice-defined.htm>>. Acesso em: ago. 2012.

16 FERREE, William J.; GREANEY, Michael D. (Ed.). *Introduction to Social Justice*. Arlington: Center for Economic and Social Justice & Social Justice Review of the Central Bureau, 1997 (Originally published by Paulist Press, 1948). p. ii.

17 RODGERS, Gerry; SWEPSTON, Lee; LEE, Eddy; DAELE, Jasmien Van. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2009; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 25.

18 DELGADO, Gabriela Neves. Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 455-456.

isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas, sim, um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconhecem como tais.”¹⁹

Notadamente, no Direito do Trabalho, a solidariedade “pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, ao sedimentar a ideia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais”²⁰. Nesse sentido, “a solidariedade vem sendo usada para fundamentar os direitos transindividuais, ditos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente (...) [e] também se presta para justificar as políticas intervencionistas do Estado, baseadas na concepção de justiça distributiva”²¹.

Observa-se que os conceitos estruturais da dimensão ética dos Direitos Humanos (dignidade, cidadania e justiça social) se relacionam umbilicalmente. Ou seja, a justiça social está estreitamente amparada na noção contemporânea de cidadania, porque prevê a participação política, a inclusão social, a não discriminação, bem como a igualdade formal e material, sob a ótica da dignidade humana, referencial norteador do Estado Democrático de Direito – perspectivas que concretizam os princípios da solidariedade social e da proteção, em particular. Por conseguinte, a justiça social favorece a autonomia individual e a emancipação coletiva por meio da exigência de contribuição partilhada em sociedade.

Em adição, no âmbito do Direito Internacional do Trabalho, mais precisamente na OIT, também são identificados argumentos de vinculação da dimensão ética dos Direitos Humanos. Desde o preâmbulo de sua Constituição (1919), a OIT encontra-se amparada no princípio de que a paz universal e duradoura somente será atingida se houver justiça social, entendimento reforçado pela Declaração de Filadélfia (1944), que relaciona a justiça social à defesa da ética e da dignidade²².

Nesse particular, a *Declaração da OIT sobre os Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho* (1998), o estabelecimento da *Agenda Internacional para o Trabalho Decente* e a *Declaração da OIT sobre a Justiça Social para*

19 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 338-339.

20 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 338-339.

21 *Idem, Ibidem*.

22 ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

uma Globalização Equitativa (2008) são instrumentos jurídicos atuais que também convergem em seu teor e objetivo com as definições de justiça social, dando notável relevo para o Direito do Trabalho e sua intrínseca relação com os Direitos Humanos.

A transição da tríade “dignidade, cidadania e justiça social” do âmbito internacional para o doméstico ocorreu, no Brasil, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. De fato, o Texto Constitucional de 1988 aportou consideráveis avanços de matiz humanitário, sobretudo por identificar o ser humano enquanto centro convergente dos direitos fundamentais, por enaltecer a dignidade enquanto suporte de valor de direitos, além de tornar a justiça social efetivo parâmetro para a concepção plena de cidadania.

No prisma internacional, o Direito do Trabalho é considerado uma das vertentes dos Direitos Humanos, além de política social facilitadora da promoção dos postulados éticos intrínsecos à tríade “dignidade, cidadania e justiça social”. Internamente, o suporte constitucional previsto pela Constituição de 1988 ao Direito do Trabalho também foi decisivo para trazer “o ser humano trabalhador ao foco do Direito”²³ e para enaltecer o trabalho digno enquanto direito fundamental.

3 – A DIMENSÃO MULTICULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

A *dimensão multicultural* dos Direitos Humanos apresenta-se como desafio contemporâneo direcionado a efetivar o rol de direitos humanos em convergência e respeito às particularidades (históricas, culturais, sociais, religiosas, institucionais e econômicas, por exemplo) das mais diversas e heterogêneas sociedades²⁴. Tal desafio se justifica por várias razões, entre elas o aumento da interdependência entre os povos e o processo de aproximação dos atores internacionais.

Adela Cortina defende a autonomia e participação do sujeito como meio de se reconhecer direitos humanos e permitir sua concretização no cenário social.

23 A expressão é de Fernanda Andrade. Consultar: ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

24 Sobre o multiculturalismo, consultar: PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios>. Acesso: out. 2012; FERRAJOLI, Luigi. Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 30, dez./2007, p. 11-15. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012225.pdf>>; HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós, 1992. p. 197.

Sua tese reforça que a latente consciência acerca do multiculturalismo pode fomentar o reconhecimento de novos direitos, a concretização universal dos já previstos e a reformulação do *ethos* de cidadania, trazendo novas possibilidades para o campo dos direitos fundamentais e dos direitos coletivos em especial²⁵.

Em sentido complementar, Flávia Piovesan explica que os Direitos Humanos não são estáticos, nem imodificáveis ou absolutos; contém um contingente cultural em seu reconhecimento e especificação, sendo essa particularidade compatível com sua universalidade²⁶. Essa diretriz também se aplica à esfera trabalhista.

Conclui-se que o multiculturalismo, no âmbito internacional, deve ser considerado fator de ponderação, mas não de restrição ao reconhecimento e à promoção dos Direitos Humanos e, inclusive, no tocante aos Direitos Humanos dos Trabalhadores²⁷. Medidas de constante aperfeiçoamento dessa vertente são essenciais para a garantia individual e coletiva não apenas do direito fundamental ao trabalho digno, mas também da existência digna dos indivíduos e de suas famílias, conforme máxima apriorística do Direito.

4 – A DIMENSÃO TUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: A CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Desde o início do século XX, sobretudo a partir dos anos 1920, destaca-se o papel das organizações internacionais na promoção da dignidade humana, da

25 CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona*. Espanha: Taurus Pensamiento, 2009. p. 197-201.

26 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 169.

27 A perspectiva multicultural deve ser entendida à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, para que o relativismo cultural não impeça a proteção integral do indivíduo, notadamente, na esfera trabalhista. “No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Considerando a historicidade desses direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se neste estudo a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. (...) Nesse sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais” PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios>. Acesso: out. 2012.

paz e da justiça social – conceitos que, na OIT, associam-se ao âmbito trabalhista e, na Liga das Nações²⁸ e posteriormente na ONU, associam-se à segurança internacional e ao desenvolvimento²⁹.

Percebe-se que a institucionalização de organizações internacionais no pós-Primeira Guerra Mundial fomentou a produção de tratados, princípios, regras e regimes que almejavam proteger a pessoa humana. Nesse contexto, e conforme doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade, foram estruturadas três vertentes de proteção ao ser humano: o Direito Humanitário, o Direito dos Refugiados e os Direitos Humanos propriamente ditos³⁰.

O *Direito Humanitário* foi institucionalizado pelas *Convenções de Haia*, de 1899 e 1907, juntamente com as *Convenções de Genebra*, de 1949, e seus *Protocolos Adicionais*, de 1977.

O Direito Humanitário é o direito que se propõe a limitar os efeitos devastadores de guerras sobre as pessoas, comunidades e propriedades, tendo por objetivo preservar o sentido de “humanidade” durante conflitos armados e limitar os efeitos da guerra. Estabelece, também, mecanismos de proteção a pessoas ou grupos, principalmente os mais vulneráveis³¹.

O *Direito dos Refugiados* foi institucionalizado pela *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951) e por seu protocolo correspondente (1967). No âmbito regional, isto é, nas Américas, destaca-se a *Declaração de Cartagena sobre os Refugiados* (1984)³².

28 A Liga das Nações foi desativada e substituída pela Organização das Nações Unidas, em 1945, com adesão das grandes potências à época, o que lhe conferiu autoridade, influência e legitimidade.

29 Para maiores esclarecimentos sobre o conceito da dignidade do ser humano, consultar obra de: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. Brasília: LTr, 2012.

30 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três vertentes de proteção da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. San José: Instituto de Direitos Humanos & Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

31 Sobre o Direito Humanitário, consultar: Normas Fundamentais das Convenções de Genebra e de seus Protocolos Adicionais. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1983; Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1992. Sobre os desafios do Direito Humanitário e sua implementação no âmbito doméstico, consultar: THE RED CROSS AND THE CRESCENT RED. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts (doc. 30ic/07/8.4)*. Document prepared by the International Committee of the Red Cross at the 30th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent. Geneva: october, 2007.

32 Sobre o Direito Internacional dos Refugiados, consultar: JUBILUT, Líliliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: ACNUR & Método, 2007.

O Direito dos Refugiados tem por princípio régio o da *não devolução*³³ e sua aplicação e monitoramento recebe auxílio das agências internacionais, como, por exemplo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e a Comissão Internacional da Cruz Vermelha³⁴.

Os *Direitos Humanos* foram esboçados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e reconhecidos por seu caráter universal pela Carta da ONU (1945) e pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945). Em seguida, foram institucionalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos faz referência à Carta das Nações Unidas que consagra os ideais de igualdade entre os homens, a dignidade da pessoa humana, a paz e a garantia de direitos humanos fundamentais. Em razão de sua notável importância, a “Declaração transformou os direitos humanos num tema global e universal no sistema internacional e traçou a *vis directiva* de uma política do Direito voltada para a positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Público”³⁵.

A *Carta Internacional dos Direitos Humanos* é integrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), além de seus protocolos opcionais³⁶.

33 O princípio da *não devolução* (*non-refoulement*), previsto no art. 33 (1) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), refere-se às limitações de saída compulsória do estrangeiro do território nacional. Tal princípio surgiu “diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados como um instrumento que garante proteção contra a devolução dessas pessoas para o país onde sofrem a perseguição que originou a sua condição de refugiado ou a qualquer outro país onde sua vida ou liberdade estejam sendo ameaçadas” SOARES, Carina de Oliveira. A extradição e o princípio de não-devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio/2011. Acesso em: ago. 2012.

34 UNITED NATIONS HIGH COMMISSION FOR REFUGEES (UNHCR). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Genebra, 1992.

35 LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio de ter direitos. Apud AGUIAR, Odílio Alves; PINHO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: UFC, 2006. p. 30.

36 De acordo com o artigo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, oriundo da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

A referida Carta Internacional de Direitos Humanos tem sido progressivamente ampliada por diversos tratados e convenções internacionais. Embora não se pretenda esgotar, neste artigo, a referência aos mecanismos de reconhecimento e proteção aos Direitos Humanos, destacam-se os seguintes: Declaração de Filadélfia (1944); Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945); Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Declaração sobre a Proteção das Mulheres e Crianças em Emergências e Conflitos Armados (1974); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança (1990); Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998); Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Pornografia e a Prostituição Infantil (2000); Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação (1999); e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Essa Carta ampliada assegura dois níveis principais de proteção e de monitoramento aos Direitos Humanos: o sistema global de proteção e os sistemas regionais³⁷, com destaque para os sistemas interamericano, europeu, africano e árabe, além da “proposta de criação de um sistema regional asiático”³⁸.

No âmbito do *Sistema Interamericano de Direitos Humanos* destaca-se a Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja Carta fundacional foi reformada pelos Protocolos de Buenos Aires (1967); de Cartagena das Índias (1985), de Washington (1992) e de Manágua (1993). Os documentos principais

37 O sistema global de proteção dos direitos humanos, também denominado de sistema universal ou sistema da ONU, conta com o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH), o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), a Comissão da Assembleia Geral para Assuntos Sociais, Culturais e Humanitários, além de relatores especiais e grupos de trabalho, procedimentos Especiais das Nações Unidas aliado ao procedimento da Revisão Periódica Universal, bem como os comitês de Direitos Humanos. Em adição, verifica-se a atuação de diversas organizações internacionais ou não governamentais junto aos governos e à sociedade civil. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (SIPDH), no qual o Brasil se insere, é regido pela Organização dos Estados Americanos e seus órgãos especializados (Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos), cujas funções foram estabelecidas pelo Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969).

38 PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 1, n. 1, p. 24, 2004. Consultar também: BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011.

relativos aos Direitos Humanos resguardados pela Organização dos Estados Americanos são: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); Protocolo da Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999); Proposta de Declaração Americana Para os Direitos dos Povos Indígenas (1997); e Declaração sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente (2003)³⁹.

No âmbito do *Mercado Comum do Sul* (Mercosul), também se verifica a normatização e proteção aos Direitos Humanos. Recentemente, aprovou-se e promulgou-se, pelo Decreto nº 7.225, de 1º de julho de 2010, o Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos no Mercosul (2005). Esse Protocolo delinea a ampla agenda de Direitos Humanos do Mercosul, que envolve, por exemplo, a proteção à infância, à verdade e à memória, o combate ao racismo, a promoção da igualdade racial e da igualdade de gênero, além da proteção da cultura indígena⁴⁰.

No que se refere ao Direito do Trabalho, o instrumento mais relevante foi a aprovação da Declaração Socio laboral do Mercosul (1998), na qual uma série de dispositivos legais estabelecem e garantem direitos individuais e coletivos trabalhistas, bem como o direcionamento para a afirmação de políticas públicas.

No nível doméstico, ou seja, no caso brasileiro, há ainda um *eixo constitucional de proteção aos Direitos Humanos*, cuja representação se encontra especialmente no arcabouço dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988⁴¹.

39 HUMAN RIGHTS EDUCATION ASSOCIATES. *O sistema interamericano de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=509>.

40 SANTORO, Mauricio. Mercosul: a integração dos direitos humanos. *Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos*, 1º de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2>.

41 Aliás, o conceito de direitos fundamentais é utilizado para os direitos humanos previstos ou já internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo pela Constituição Federal de 1988. Sobre o tema, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais*:

Os diversos eixos jurídicos de proteção constitucional devem interagir em benefício do indivíduo protegido, segundo a norma jurídica que lhe ofereça a melhor proteção no caso concreto. Na hipótese do Direito do Trabalho, em específico, aplica-se a norma mais favorável ao obreiro em caso de concorrência entre diplomas normativos⁴².

Todos os eixos jurídicos de proteção aos Direitos Humanos ora destacados revelam em seu conteúdo um *prisma ético*, por enfatizarem a “condição valerosa e superior do ser humano” *de viver em elevadas condições de dignidade*⁴³.

Finalmente, importa observar que a Carta Internacional de Direitos Humanos revela-se como diretriz normativa para todas as searas da Ciência do Direito. Afinal, seu direcionamento assume viés humanista e totalizante. Os direitos fundamentais nela inseridos focam o ser humano em sua interação com a complexidade do mundo da vida.

A Carta Internacional de Direitos Humanos, sob o prisma justralhista em particular, propõe uma série de ferramentas normativas para a afirmação do trabalho regulado, em respeito à sua dimensão ética, o que possibilitaria a referência a uma *Carta Internacional do Direito do Trabalho*. Nesse contexto, a OIT assume posição de vanguarda em direção à afirmação dos Direitos Humanos dos Trabalhadores, temática a ser apresentada a seguir.

5 – A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: VANGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES

A deliberação racional e democrática entre Estados, trabalhadores e empregadores ocorre, no seio da OIT, em suas negociações direcionadas ao

dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012. p. 178. Carlos Henrique Bezerra Leite também analisa o Direito do Trabalho na perspectiva dos Direitos Humanos e o trabalho como direito humano e fundamental. A respeito, consultar: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O direito do trabalho na perspectiva dos direitos humanos. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 49-66.

42 DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 178. Sobre o tema, também consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 194-196.

43 DELGADO, Gabriela Neves. *Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário*. Op. cit. p. 179.

estabelecimento de diretrizes sobre os Direitos Humanos dos Trabalhadores na sociedade internacional multicultural.

A OIT adota a *perspectiva pluridimensional de proteção do trabalhador* relativa à dimensão humanitária, política e econômica. Também procura incentivar os Estados a adotar progressivamente os princípios fundamentais de proteção ao trabalho em suas comunidades locais e regionais⁴⁴.

É claro que essa perspectiva global e integrada, que favorece a interdependência entre Direitos Humanos e política sociotrabalhista, é flexível e complexa, uma vez que devem ser consideradas as diferenças culturais, os níveis de desenvolvimento e os recursos materiais dos Estados até o limite que não afete a dignidade da pessoa humana⁴⁵.

O processo de identificação, positivação, reconhecimento e efetivação dos direitos humanos depende, primariamente, do concerto entre os países e demais atores internacionais. Como os Direitos Humanos são evolutivos, expansivos e devem ser aplicados não somente nas relações entre Estados e Governos, mas também nas relações entre indivíduos e no âmbito privado, há espaço para negociação e deliberação⁴⁶.

No prisma dos Direitos Humanos Trabalhistas, as mesas de negociação recebem o apoio decisivo da OIT, fórum privilegiado para a discussão de questões trabalhistas e para a adoção e revisão de normas internacionais de proteção ao trabalho⁴⁷. Logo, a OIT favorece a interlocução e a dimensão integral de proteção dos direitos humanos na seara trabalhista ao pautar-se em *estrutura tripartite*, com vistas a uma ação coordenada e cooperativa em benefício de melhores condições de vida, de trabalho e de emprego dos trabalhadores, mediante uma abordagem integral e multidimensional⁴⁸.

A OIT, por meio de seus instrumentos normativos, luta contra o *dumping* social e mesmo o uso indevido dos convênios fundamentais que estabelecem as prioridades de sua ação institucional.

44 PÉREZ, Jordi Bonet. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*. La declaración de la OIT de 1998. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

45 PÉREZ, Jordi Bonet. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*. La declaración de la OIT de 1998. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

46 COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2007. p. 49-78.

47 ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

48 PÉREZ, Jordi Bonet. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo*: la declaración de la OIT de 1998. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

DOCTRINA

Visa também ao contínuo aperfeiçoamento de seus mecanismos de controle e de monitoramento, de modo a assegurar a efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas⁴⁹, além de buscar o progresso material e o desenvolvimento espiritual dos seres humanos, com dignidade, liberdade e igualdade, independentemente de raça, credo ou sexo⁵⁰, mediante a diretriz do trabalho digno para todos.

Essa notável proteção à dignidade da pessoa humana no trabalho é patrocinada pela OIT por meio de sua Constituição (1919), pela Declaração de Filadélfia (1944), pela Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (1998), entre outros diplomas jurídicos.

A *Constituição da OIT* foi adotada durante as Conferências de Paz de Paris, em abril de 1919, tendo integrado o Capítulo XIII do Tratado de Versalhes, em julho daquele ano. A Constituição da OIT define sua estrutura, funções e competências, estabelece sua missão e mecanismos de cooperação internacional, além do reconhecimento de direitos trabalhistas. Sua motivação, conforme expressa em seu preâmbulo, sustenta-se na defesa da justiça social com vistas a promover a paz duradoura, a evitar a exploração dos trabalhadores e a restituir a harmonia social. Para tanto, a Constituição da OIT destaca a necessária regulamentação dos direitos sociotrabalhistas, de associação, de previdência social, de proteção à integridade e dignidade dos trabalhadores, bem como seu aperfeiçoamento técnico e educacional imprescindíveis para uma ordem econômica e política que viabilize a retidão cívica e a redução das distorções materiais⁵¹. Portanto, a Constituição motiva a OIT a especializar-se no âmbito trabalhista movida pelos valores de Justiça e de Humanidade⁵².

A *Declaração de Filadélfia*, relativa aos fins e objetivos da OIT, enuncia quatro princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho⁵³.

O primeiro deles enuncia que “o trabalho não é uma mercadoria”. Por meio desse princípio, a OIT revela a necessidade de afirmação do trabalho pela

49 Sobre os direitos fundamentais e suas relações nas esferas públicas e privadas, analisar: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

50 ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

51 LEO W. SHIELDS, A. B. *The history and meaning of the term social justice*. Indiana: University of Notre Dame, 1941. p. 48.

52 INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). *Constitution of the International Labor Organization (1919) and selected texts*. Geneva: International Labor Office, 2010.

53 Sobre os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário*. Op. cit. p. 182-184.

via de sua proteção normativa, sobretudo pela proteção advinda do Direito do Trabalho.

O segundo princípio manifesta a “liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto”. Assim, a OIT incentiva a livre manifestação do pensamento e o direito à livre associação profissional ou sindical.

O terceiro princípio da Declaração de Filadélfia dispõe que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade em geral”. Por meio desse princípio, a OIT reverbera a necessidade de regulamentação e de proteção das relações de trabalho, com vistas à afirmação das condições de cidadania e de dignidade do trabalhador.

O quarto princípio agrega a estratégia do *diálogo social* ou do *tripartismo*, ao declarar que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

Por meio de sua *estrutura tripartite*⁵⁴, a OIT envolve representantes dos Estados-Membros, representantes de trabalhadores e representantes de empregadores nas deliberações justralhistas, agregando a dimensão da proteção dos direitos individuais à seara de proteção dos direitos coletivos⁵⁵.

A *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho* (1998) elege os Direitos Humanos dos Trabalhadores, com destaque para os seguintes direitos: a liberdade de associação e de negociação coletiva (Convenção nº 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil, e Convenção nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil); a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório (Convenções ns. 29 e 105 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil); a abolição do trabalho infantil (Convenções ns. 138 e 182 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil) e a eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação (Convenções ns. 100 e 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil).

Conforme visto, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho eleva os Direitos Humanos dos Trabalhadores à posição de centralidade no cenário normativo internacional. Para tanto, reafirma

54 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A OIT no Brasil*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>>. Acesso em: ago. 2012.

55 CALERA, Nicolas López. *¿Hay derechos colectivos?* Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 107.

a obrigatoriedade de suas convenções realizarem os valores éticos do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

O que se observa é que a OIT tem sido relevante espaço para o estabelecimento de direitos individuais e coletivos trabalhistas de viés universal, o que vai ao encontro de sua proposta de interpretação extensiva de Direitos Humanos. Nesse contexto, é cristalina a necessidade de articulação da cooperação internacional com o engajamento dos Estados, dos movimentos sociais e dos demais atores do direito internacional para a proteção regulada do trabalho e consecução da justiça social, diretrizes do Direito Internacional do Trabalho⁵⁶.

Nesse particular, conforme explica Daniela Muradas Reis, a OIT é protagonista na tentativa de amparar a credibilidade do direito multilateralmente constituído, bem como de salvaguardar os direitos já conquistados ao evitar-se a aprovação de reservas às convenções. Por basear-se no princípio da reciprocidade, a OIT não proíbe, mas tem por diretriz desaconselhar as referidas reservas, especialmente nos casos em que afetem o núcleo duro das convenções e recomendações, porque a proteção internacional do trabalhador recai sobre a dignidade humana e sobre o valor do trabalho, não havendo justificativa para se tratar trabalhadores de modo distinto. Implícito à posição institucional às reservas subjaz o *princípio da progressão social do trabalhador* atrelado à *vedação ao retrocesso*⁵⁷.

O princípio da progressividade tem sentido bidirecional, podendo ser analisado por meio das perspectivas estática e dinâmica⁵⁸.

A *perspectiva estática* registra a presença de um “núcleo duro de direitos que deve ser efetivado independentemente das condições econômicas e culturais de cada país ou do processo de ratificação dos diplomas internacionais (caso os Estados-membros adotem formalmente o processo de ratificação, é claro)”⁵⁹.

56 Consultar: CRIVELLI, Ericson. A crise da OIT e suas novas políticas normativas na era da globalização. In: CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 197-231; PÉREZ, Jordi Bonet. *Princípios y derechos fundamentales en el trabajo: la declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidade de Deusto, 1999.

57 REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 105-126; 123-126. Sobre o tema, consultar ainda: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra & Wolters Kluwer Portugal, 2010. p. 89-189.

58 DELGADO, Gabriela Neves. Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 451-463.

59 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 179.

A perspectiva dinâmica “exige que as normas internacionais aperfeiçoem a legislação nacional, não sendo adotadas, em hipótese alguma, para diminuir o padrão de proteção já firmado”⁶⁰.

Em síntese, a perspectiva pluridimensional de proteção ao trabalhador promovida pela OIT reforça a compreensão de que o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, sobretudo por viabilizar o sustento material do trabalhador, bem como a proteção de sua integridade física e moral.

Tal perspectiva pluridimensional de proteção ao trabalhador assegura, ainda, a concretização de sua identidade social, autonomia e reconhecimento, o que, em última instância, contribui para a sua inclusão social e coletiva.

6 – CONCLUSÃO

Conforme visto, o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social, orientada pelo princípio da solidariedade social, além do reforço dado pelas dimensões multicultural e tuitiva.

Nesse contexto, verifica-se que uma das funções de destaque do Direito do Trabalho é a de normatizar o trabalho digno (dignidade humana); favorecer a inclusão social, a consolidação da identidade individual, a emancipação coletiva e a participação sociopolítica do trabalhador (cidadania); além de permitir que ele desfrute de bens materiais, da vida profissional, familiar e comunitária, sabendo-se amparado pela previdência e segurança social, e ainda pelos mecanismos de distribuição e transferência de renda (justiça social).

No âmbito doméstico, a consagração e ampliação dos direitos sociotrabalhistas foram efetivadas, com destaque, pela Constituição Federal de 1988, no contexto de valorização da dignidade humana.

No âmbito internacional, dignidade humana e trabalho se entrelaçam de tal modo que é cabível a referência à *Carta Internacional dos Direitos Humanos dos Trabalhadores*, em conformidade com a cobertura patrocinada pela Carta Internacional de Direitos Humanos.

Com toda certeza, o processo de reconhecimento e normatização dos direitos sociotrabalhistas enquanto vertente dos Direitos Humanos conta com significativo amparo da OIT, que assumiu, desde sua constituição, papel de vanguarda no cenário internacional em favor da exaltação da dignidade do trabalhador.

60 *Idem. Ibidem.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out./2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10503>. Acesso em: jun. 2012.

CALERA, Nicolas López. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As três vertentes de proteção da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. São José da Costa Rica: Instituto de Direitos Humanos & Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL JUSTICE (CESJ). *Defining Social Justice*. Disponível em: <<http://www.cesj.org/thirdway/economicjustice-defined.htm>>. Acesso em: ago. 2012.

CORTINA, Adela. *Las fronteras de la persona*. Espanha: Taurus Pensamiento, 2009.

COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2007.

CRIVELLI, Ericson. A crise da OIT e suas novas políticas normativas na era da globalização. In: CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 5, maio/2008.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____; _____. O papel da justiça do trabalho no Brasil. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Universalismo de los Derechos Fundamentales y Multiculturalismo. *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 30, dez./2007, p. 11-15. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012225.pdf>>.

DOCTRINA

FERREE, William J.; GREANEY, Michael D. (Ed.). *Introduction to Social Justice*. Arlington: Center for Economic and Social Justice & Social Justice Review of the Central Bureau, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *La inclusion del outro: estudios de teoria política*. Barcelona: Paidós, 1992.

HUMAN RIGHTS EDUCATION ASSOCIATES. *O sistema interamericano de direitos humanos*. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=509>.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO). *Constitution of the International Labor Organization (1919) and selected texts*. Geneva: International Labor Office, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: ACNUR & Método, 2007.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio de ter direitos. Apud AGUIAR, Odílio Alves; PINHO, Celso de Moraes; FRANKLIN, Karen. *Filosofia e direitos humanos*. Fortaleza: UFC, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O direito do trabalho na perspectiva dos direitos humanos. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

LEO W. SHIELDS, A.B. *The history and meaning of the term social justice*. Indiana: University of Notre Dame, 1941.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra & Wolters Kluwer Portugal, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A OIT no Brasil*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/oit/>>. Acesso em: ago. 2012.

PÉREZ, Jordi Bonet. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: la declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidade de Deusto, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, ano 1, n. 1, p. 24, 2004.

_____. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios>. Acesso em: out. 2012.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais de organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODGERS, Gerry; SWEPSTON, Lee; LEE, Eddy; DAELE, Jasmien van. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2009.

DOCTRINA

SANTORO, Maurício. Mercosul: a integração dos direitos humanos. *Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos*, 1º de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1763&Itemid=2>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOARES, Carina de Oliveira. A extradição e o princípio de não-devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429&revista_caderno=22>. Acesso em: ago. 2012.

THE RED CROSS AND THE CRESCENT RED. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts (doc. 30ic/07/8.4)*. Document prepared by the International Committee of the Red Cross at the 30th International Conference of the Red Cross and the Red Crescent. Geneva: october, 2007.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Genebra: 1992. Disponível em: <<http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/refugees/unhcr-handbook.pdf>>. Acesso em: jun. 2012.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 7, jul./1999, p. 885-896.

A TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA E A SÚMULA Nº 443 DO TST

Hugo Carlos Scheuermann*

“**P**resume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Na semana de 10 a 14 de setembro de 2012, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho participaram da “Semana do TST” com o propósito de promover “uma ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo da sua prestação jurisdicional”.

Os trabalhos desenvolvidos nessa semana incluem a análise e atualização da jurisprudência sedimentada em súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, cuja atividade decorre da função uniformizadora que cabe aos tribunais superiores.

A uniformização de jurisprudência é justificável e até mesmo uma necessidade do serviço público da jurisdição, pois o texto da lei nem sempre apresenta solução para o problema trazido no processo, competindo ao *juiz interpretar* e, portanto, atribuir à letra fria da lei a sua compreensão moderna, adaptar o seu sentido aos valores, princípios e normas constitucionais, reavivar sua aplicabilidade segundo o bem comum e o senso de justiça. Ampliada essa atividade interpretativa por milhares de ações judiciais que trazem as mesmas premissas fáticas e jurídicas, é imperativo que a prestação jurisdicional responda racionalmente e com rapidez aos anseios de solução, inclusive padronizando *a interpretação jurídica cabível*, representada pelas súmulas, orientações ou precedentes jurisprudenciais¹.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

1 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 149-50: (...) queremos lembrar que a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho. E essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa a regular, em determinado momento histórico, político, econômico e cultural. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar, o que conduz, como salienta José Puig Brutau, a um anacronismo, ou seja, a cada nova necessidade acode-se quase sempre com a mesma normatividade idealizada para os casos passados, e essa é uma realidade que não podemos desconhecer para precisar o valor da jurisprudência como fonte

DOCTRINA

Assim, por meio da Resolução nº 185/2012, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nas datas de 25, 26 e 27 de setembro de 2012, foi criada a Súmula de Jurisprudência nº 443, com o seguinte teor:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Tal verbete expressa em seu bojo a compreensão das oito turmas julgadoras e da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho exarada nas últimas décadas em exame de inúmeros recursos de revista e embargos em recurso de revista que envolveu fatos relacionados à dispensa de empregado portador de vírus do HIV/SIDA e de doença grave, e sua (possível) caracterização como discriminatória, geradora da consequência jurídica da reintegração no emprego.

Os precedentes que originaram a referida Súmula envolveram inúmeras ações trabalhistas individuais cujos casos concretos são do final da década de noventa, início dos anos dois mil até o presente ano de 2013, ou seja, contam com mais de uma década de profunda discussão nas diversas instâncias do Poder Judiciário Trabalhista na busca da interpretação jurídica cabível.

A temática do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS – e depois, por simetria, do trabalhador portador de doença grave – veio a ser conhecida dos juízes e tribunais trabalhistas através dos inúmeros processos judiciais, em grande número pelas reclamatórias individuais, mas também pela via dos dissídios coletivos.

Com efeito, até o presente ano de 2013 não há norma jurídica que expressamente afirme estabilidade provisória ou garantia no emprego de traba-

do Direito. À luz da observação da realidade jurídica, é necessário que as decisões, sem desprezar o ordenamento jurídico vigente, resolvam a sua trajetória, indicando-se o caminho justo. Admitem alguns autores até mesmo que se “deforme a norma vigente para assentar o germe da norma vindoura”. Sem chegarmos a esse extremo, reconhecemos que simples enunciados de leis são insuficientes para assumir a função que se lhes assina, até mesmo porque situações únicas ou novas não podem contar antecipadamente com a solução exigida. É imprescindível que os tribunais revejam os posicionamentos sempre que forem alterados os fatores que ensejaram a edição de um determinado enunciado de súmula ou orientação jurisprudencial, atentos para o fato de que o trabalho dos juízes não visa a substituir a atividade legislativa, “mas permitir-lhes certas liberdades com a lei, sem a ilusão de que as abstrações jurídicas ali contidas se revistam de exatidão matemática”. Essa liberdade se acentua quando da interpretação das leis sociais, cujo “espírito jurídico deve ser temperado, juntando-lhe algumas gotas de espírito social, senão se arrisca sacrificar a verdade à lógica” (Henri Capitant).

lhador soropositivo para o vírus HIV/AIDS ou de portador de doença grave considerada estigmatizante. Imagine-se o panorama a partir do início dos anos noventa, quando as demandas trabalhistas começaram a ingressar e exigir uma resposta estatal acerca do conflito originado pelas despedidas dos trabalhadores portadores de HIV/AIDS.

Nas reclamações trabalhistas individuais, de um lado, os argumentos dos empregadores de que a despedida imotivada é a regra e direito potestativo (art. 7º, I, da Constituição), de inexistência de lei a amparar estabilidade (art. 5º, II, da Constituição), de não se tratar de doença originada no labor, tudo a enfraquecer suposta discriminação, cabendo então ao trabalhador demonstrar o fato constitutivo de suas alegações. De outro, os argumentos dos trabalhadores despedidos de que a despedida em momento de fragilidade física configuraria tratamento discriminatório (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput*, I e XLI, 7º, I e XXX, 170 e 193, todos da Constituição e da Lei nº 9.029/95) e levaria à questão social de sérias dificuldades de reinserção no mercado de trabalho. Isso sem excluir o preconceito e o assédio moral praticados em face do trabalhador doente, gerando danos além da esfera trabalhista, atingindo o âmago da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

No plano coletivo, a questão social gerada pelas despedidas dos trabalhadores aidéticos não passaram despercebidas e inspiraram negociações coletivas e dissídios coletivos de manutenção do trabalhador no emprego, ao menos enquanto não houvesse o afastamento previdenciário em auxílio-doença, sinalizando-se, assim, que as categorias profissionais e econômicas iniciavam a entender que a despedida por força de preconceito devia ser evitada, para que o trabalhador pudesse manter suas condições de vida, de subsistência, até para fazer frente ao próprio tratamento (v.g. TST, RO-DC 89.574/93, DJU 10.02.95).

Os precedentes que foram levados à pauta da referida semana de estudos jurídicos pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 2012, nos permitem encontrar razões jurídicas que impulsionaram a edição da Súmula nº 443. Inicialmente, vejamos ementas de alguns dos precedentes, para depois passarmos ao exame da hermenêutica realizada.

“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.” (RR 439.041/98, Data de Julgamento: 05.05.03, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 23.05.03)

“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA POR EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR. OBRIGAÇÃO INERENTE AO CONTRATO DE TRABALHO. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. É competente a Justiça do Trabalho para apreciar lide entre empregado e empregador, visando ao pagamento de indenização por dano moral em razão de conduta discriminatória da empresa, que teria promovido a rescisão contratual por ser o autor portador do vírus da AIDS (art. 114 da Constituição Federal/88). Recurso de revista não conhecido. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. O fato de, no sistema jurídico, não haver texto de lei prevendo a estabilidade de empregado portador do vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, uma vez constatada a dispensa discriminatória, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal). Recurso de revista conhecido e não provido.” (E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 30.11.05, 5ª Turma, Data de Publicação: 24.02.06)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a

DOCTRINA

prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (RR 7608900-33.2003.5.02.0900, Data de Julgamento: 06.08.07, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 30.11.07)

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.” (E-RR 1400-20.2004.5.02.0037, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 07.11.07, 1ª Turma, Data de Publicação: 07.12.07)

“NULIDADE DO ATO DEMISSIONAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE – NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1. Não se reconhece ofensa aos arts. 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de empregado portador de doença grave – neoplasia nodular epitelióide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder à dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. 2. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida nos

arts. 5º, cabeça, e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. 3. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil, em 26.11.65 e, promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.68). 4. Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). 5. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR 119500-97.2002.5.09.0007, Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 03.08.2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 23.03.2012)

A inexistência de lei estabelecendo a vedação à despedida de trabalhador portador de HIV/AIDS ou de doença grave, por si mesma, não é argumento que se sustente, diante do comando expresso do art. 8º da CLT de que: “(...) 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 de 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”.

O dever do julgador de apresentar solução no conflito trabalhista permite que lance mão de todas as fontes de direito material, sem exceção, assim como de técnicas de interpretação que visem harmonizar o sistema jurídico como um todo. Considerando a geografia do ordenamento jurídico brasileiro e a hierarquia das fontes, necessário partimos da Constituição, considerada sua posição de supremacia, a conferir a máxima efetividade para as normas (princípios e regras) constitucionais.

É certo que a Constituição confere ao empregador, como regra geral, o poder de despedir sem justa causa ou imotivadamente (art. 7º, I), porque ainda não houve a edição de lei complementar para que a relação de emprego seja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Nada obstante, o poder de despedir sem justificar uma causa não autoriza todas as formas de rupturas. O empregador detém a prerrogativa de não justificar, mas não pode utilizar desse poder para praticar ato discriminatório, pois, se assim for, o ato jurídico é nulo de pleno direito.

De outra banda, chancelar a justificativa de que “não preciso justificar para despedir”, em detrimento de um exame mais acurado do próprio *sentido da vontade de despedir*, seria afrontar princípios constitucionais fundamentais, em especial no que diz respeito às garantias do direito à vida e ao trabalho e da dignidade da pessoa humana, além de desconsiderar um dos objetivos funda-

mentais da nossa república, que é o combate a todas as formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição), expresso também no art. 5º, XLI, da Carta Magna, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Essas normas constitucionais são de *eficácia social* plena e prospectiva, indicando o caminho a toda a sociedade. O juiz não poderia, como sujeito social que é, desconsiderar que deve se pautar pelo combate de todas as formas de discriminação o que lhe permite, também por expressa autorização do art. 8º da CLT, examinar o caso à luz da Lei nº 9.029/95.

A Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção. Especifica no seu art. 2º o que materialmente configuram atos de discriminação passíveis de punição penal: a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Referida enumeração legal é *numerus clausus* para a materialidade penal, mas não para o Direito do Trabalho que, encontrando fatos de discriminação, por simetria, pode aplicar analogicamente a consequência jurídica do art. 4º da referida Lei, de nulidade da despedida e reintegração ao emprego.

Ao lado de tal norma, a Constituição veda toda sorte de discriminação no ambiente de trabalho por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil (art. 7º, XXX). Embora o inciso XXX do art. 7º não alinhe como motivo “estado físico”, tal é inerente à pessoa humana do trabalhador. Considerando também que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da Constituição), em sintonia com os fundamentos da república, de dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), o núcleo *dignidade da pessoa humana do trabalhador*² sobressai e serve como advertência e como limite para que o intérprete possa opor tal núcleo a salvo de qualquer ato tendente a maculá-lo.

2 SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 254-255: (...) A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro. Miguel Reale explica que “(...) o fato de poder e dever cada homem se realizar de conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence, não exclui, mas antes exige o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda a espécie humana, ou, por outras palavras, de que os seus atos transcendem

DOCTRINA

Na mesma sintonia, o Brasil é signatário da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizando essa norma em 24.11.64 pelo Decreto Legislativo nº 104/64 e pelo Decreto nº 62.150/68, comprometendo-se a promover a igualdade de emprego e profissão, com o objetivo de erradicar todas as formas de tratamento discriminatório nas relações de trabalho. Também é signatário da Convenção nº 117 da OIT, ratificando a norma internacional e trazendo-a para o plano interno pelo Decreto nº 66.496/70, na qual o art. 14 pugna que os estados-membros se empenhem em construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho.

Note-se que as Convenções ns. 111 e 117 da OIT, trazidas ao ordenamento jurídico interno, são anteriores à Constituição de 1988 e seus valores impregnaram o espírito do constituinte originário, que lançou no corpo do texto constitucional normas (princípios e regras) garantidoras da igualdade fática e jurídica e espargiu o *valor igualdade* em inúmeros preceitos.

No tocante à igualdade jurídica X igualdade fática X não discriminação, matérias mais afetas ao estudo do princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas, a doutrina e a jurisprudência têm assimilado a distinção entre a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira modalidade consiste na prática de ato desprovido de “véus da ilusão”, resultando em franca e direta discriminação, como, por exemplo (mera suposição), no caso do estudante a quem é negada a matrícula em curso por ser de origem indígena. A segunda, de discriminação indireta, é a que interessa à esfera trabalhista, pois o ato da dispensa em si é aparentemente neutro, todavia, suas consequências resultam em efeitos nocivos e desproporcionais para quem sofre o ato. Guardadas as devidas proporções, já que estamos longe de políticas públicas e o *locus* da lesão é sempre um contrato individual de trabalho, a dispensa do trabalhador portador de HIV/AIDS ou de doença grave consiste, sim, em uma discriminação indireta ofensiva ao direito fundamental de igualdade, pois, sob o manto

o círculo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal. Donde resulta a emergência de uma multiplicidade de ideologias, em função das quais cada um de nós situa e legitima as suas inclinações e esperanças”. Todavia, “(...) a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito”.

da despedida sem justa causa, quem arca com o fardo social de se ver alijado do mercado de trabalho em momento de absoluta fragilidade é o trabalhador³.

Portanto, constatado o impacto desproporcional ao trabalhador portador de doença grave ou estigmatizante, como é o caso do trabalhador soropositivo, imprescindível que se promovam ações para corrigir essa desigualdade. Evidentemente, a melhor forma seria a promulgação de uma lei que tratasse do tema, definindo claramente os papéis de cada um dos atores sociais: trabalhador, empregador, INSS e Estado. No entanto, como já amplamente explicitado, o juiz do trabalho não se exime de dirimir o conflito e pode fazer interpretação do ordenamento jurídico atuando *afirmativamente* na tentativa de erradicar tratamento discriminatório nas relações de trabalho.

Antes de prosseguir no exame jurídico da questão, é importante esclarecer a atuação do vírus HIV no ser humano, para tecnicamente entendermos as fases da doença.

Segundo estudos médico-científicos constantes dos informativos oficiais do Ministério da Saúde para a AIDS (*site*: <www.aids.gov.br>), *ser portador do vírus HIV é diferente de ter AIDS*. Isso porque o ser humano, ao contrair o vírus HIV – sigla para vírus da imunodeficiência humana – permanece em um “período de incubação”, qual seja a fase entre a entrada do vírus e o apareci-

3 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 539-540: (...) A relação entre a igualdade jurídica e a igualdade fática assume particular relevância no campo das atualmente disseminadas – embora em maior ou menor medida controversa – políticas de ações afirmativas. Neste contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação e os casos da assim chamada discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade. No caso da discriminação indireta, o que se verifica é que medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando de sua aplicação, resultam efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinadas categorias de pessoas. Desenvolvida no âmbito da jurisprudência norte-americana, a assim chamada teoria do impacto desproporcional, levou à adoção gradativa de políticas de ações afirmativas, de modo especial na esfera da discriminação racial, ao passo que em outros ambientes, como foi o caso da Europa, se desenvolveu particularmente no campo da discriminação em razão do gênero, passando a ser adotada em outras áreas em que se registra o fenômeno. O que importa, ao fim e ao cabo, é que independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha colocar, de modo desproporcional, determinados grupos em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade. Na esfera da jurisprudência do STF, a noção da discriminação indireta e a sua incompatibilidade com o princípio isonômico já foi objeto de consideração, destacando-se a decisão proferida na ADIn 1.946/DF, na qual, ao examinar a constitucionalidade da incidência do limite estabelecido para os benefícios previdenciários pela EC nº 20 sobre o salário-maternidade, o Tribunal entendeu que em virtude da aplicação do referido teto quem passaria a arcar com a diferença salarial seria o empregador, o que, por sua vez, levaria a uma redução da oferta de empregos (ou seja, a um impacto desproporcional) para mulheres, em outras palavras, levaria a um aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho.

mento dos primeiros sintomas. Nessa fase de incubação do vírus, o ser humano é soropositivo e está assintomático, ou seja, sem sentir qualquer sintoma. A partir do momento em que o vírus HIV avançou muito sobre o sistema imunológico e atingiu seriamente as células de defesa denominadas linfócitos, o ser humano passa a sofrer das doenças oportunistas, característica do diagnóstico da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Nessa fase, o soropositivo está sintomático e vivendo com AIDS.

Essa distinção entre *soropositivo assintomático* (portador do HIV) e *soropositivo sintomático* (aidético) é fundamental, pois tem a ver com a capacidade laborativa do trabalhador com reflexos diretos no seu contrato de trabalho. Enquanto o trabalhador soropositivo estiver assintomático, de regra está fisicamente bem disposto, desempenhando normalmente sua rotina diária, e suas atividades laborativas; mas se o trabalhador já tiver diagnosticada a síndrome (SIDA), estará mais debilitado e, por vezes, incapaz de realizar suas atividades rotineiras e laborativas⁴.

No tocante ao alcance dos trabalhadores portadores do vírus HIV, o teor da súmula não faz distinção entre o soropositivo assintomático e o soropositivo sintomático, permitindo, assim, sua possível aplicabilidade para ambos os casos, a depender do que for apurado no caso concreto.

Quanto aos portadores de doença grave, a Súmula nº 443 do TST corretamente não elenca quais seriam as doenças graves tidas por estigmatizantes, para fins de aplicação da consequência jurídica da reintegração, já que, presente a *afirmação da igualdade*, estabeleceu um *conceito aberto* para enquadrar a doença que, além de grave, seja tida no caso concreto, ou seja, no exame caso a caso, como estigmatizante a ponto de causar preconceito e, assim, fragilizar a parte mais fraca na relação trabalhista, retirando seu meio de subsistência e de fazer frente à doença. Para tal enquadramento o julgador, no caso concreto, pode se utilizar, inclusive, de parâmetros estabelecidos em outras normas legais que procuram realizar a igualdade jurídica quando presente a desigualdade fática,

4 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1.121: (...) A questão da AIDS apresenta repercussões no mundo do trabalho. Afirma-se que 90% das pessoas contaminadas ou que tenham contraído o vírus HIV encontram-se na faixa etária em que são capazes de integrar a população economicamente ativa, o que gera, a par de prolongados sofrimentos, consequência de ordem econômica, provocada pela perda de mão de obra qualificada, pelos custos trabalhistas, pelo absenteísmo, pela perda da produtividade e pelo aumento dos custos da seguridade. Sob o prisma das relações de emprego, a questão da AIDS coloca em jogo direitos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão a trabalhar, a não ser discriminado e a ter preservada a sua intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves consequências que tal conhecimento provoca, e, de outro lado, o direito da comunidade à saúde. Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais para tornar efetivo o exercício desses direitos.

DOCTRINA

como a norma tributária que estabelece isenção do imposto de renda aos portadores de doença grave (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV: AIDS, alienação mental, cardiopatia grave, cegueira, contaminação por radiação, osteíte deformante; doença de Parkinson, esclerose múltipla, espondiloartrose anquilosante, fibrose cística, hanseníase, nefropatia grave, hepatopatia grave, neoplasia maligna [câncer], paralisia irreversível e incapacitante, tuberculose ativa), bem como a Lei nº 8.036/90, do FGTS, que permite o levantamento do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço para fazer frente ao estágio terminal de doença grave, como neoplasia maligna (câncer) ou AIDS/SIDA, ou outra doença em estágio terminal, desde que identificada por laudo médico e CID. Nada obstante, a jurisprudência trabalhista já tem se debruçado no exame do enquadramento de doença grave geradora de preconceito, desvendando os limites da Súmula de Jurisprudência nº 443 do TST, assim classificando casos de neoplasia maligna (câncer), transtorno bipolar, hepatite C (v.g. RR 136-29.2011.5.04.0372, data de julgamento 08.05.2013, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 10.05.2013; RR 235400-84.2009.5.02.0070, data de julgamento 08.05.2013, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 10.05.2013; RR 875000-13.2005.09.0651, data de julgamento 05.09.2012, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, DEJT 10.09.2012; RR 189000-12.2003.5.06.0005, data de julgamento 28.03.2012, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 13.04.2012).

Por oportuno, cabe destacar que há importantes abordagens a serem feitas em relação a questões que dizem respeito ao plano processual, como os efeitos da presunção relativa de discriminação prevista na súmula, bem assim a matéria acerca da prova e da inversão do seu ônus. Entretanto, sem desconhecê-las, não adentraremos em seu exame, vez que fogem da temática ora proposta.

Em conclusão, a razão de ser da Súmula nº 443 do TST é *afirmar* contra a discriminação de trabalhadores portadores do vírus HIV/AIDS e portadores de qualquer doença grave que suscite estigma ou preconceito. Ao transitar nas lacunas da lei e aplicar hermenêutica integrativa e harmonizadora do sistema jurídico, com prevalência para a supremacia e máxima efetividade da Constituição, alinhados aos preceitos da OIT de respeito, promoção e aplicação de um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores quanto ao princípio da não discriminação em matéria de emprego ou ocupação, a Súmula nº 443 realiza tutela antidiscriminatória para nulificar ato de dispensa presumidamente discriminatória e determinar a reintegração no emprego, mantendo o posto de trabalho e as possibilidades de subsistência pessoal e familiar e de tratamento de saúde em momento de fragilidade humana.

DOUTRINA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: LTr, 2011.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SETENTA ANOS DA CLT: A ATUALIDADE DO DIREITO SOCIAL NO SÉCULO XXI

Luiz Alberto de Vargas
Marcos Fagundes Salomão
Maria Madalena Telesca
Ricardo Carvalho Fraga*

Este ano comemoramos setenta anos de Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT.

Em primeiro de maio de 1943, quando foi anunciada pelo então Presidente Getúlio Vargas, o Brasil era, predominantemente, rural e vivenciava uma intensa migração populacional para as cidades, onde já despontava uma nova classe trabalhadora, mais politizada, surgida no bojo da recente industrialização de um país que, aos saltos, superava o atraso de séculos de colonialismo e latifúndio. Politicamente, a CLT expressava a opção brasileira pela modernidade industrial e pelo progresso social, tudo em meio à conflagração de um mundo em guerra.

A CLT, estatuto dos trabalhadores, na época, dos mais avançados no mundo, destinava-se a regular as relações de trabalho nas cidades, representando, por um lado, emblematicamente a “carta compromisso” com o proletariado urbano e, por outro, o instrumento preferencial de integração dessa emergente classe social na nova sociedade brasileira. A CLT, à época, era saudada como “a porta da cidadania”, pela qual o trabalhador era admitido como partícipe da construção do futuro, tinha reconhecidos direitos laborais e previdenciários, podia organizar-se em sindicatos e negociar coletivamente, bem como tinha assegurada a efetividade desses direitos através de uma Justiça específica, a Justiça do Trabalho.

Efetivamente, muito poucas legislações na história brasileira influenciaram tanto e por tanto tempo a vida nacional.

A CLT tornou-se símbolo do legado do governo Vargas, mas a verdade histórica afasta a falsa ideia de que foi apenas uma dádiva dos governantes de então. A CLT foi fruto de luta acirrada das classes trabalhadoras por melhores

* *Desembargadores da 3ª Turma do TRT (RS).*

condições laborais que se iniciaram no final do século XIX e prosseguiram por toda sua primeira metade do século XX¹. As reivindicações operárias, à época, eram a jornada de oito horas, semana de seis dias, construção de casas para operários, indenização para acidentes de trabalho, limitação da jornada de trabalho para mulheres e menores de quatorze anos, contratos coletivos em vez de contratos individuais, seguro obrigatório para os casos de doenças, pensão para velhice, fixação de salário-mínimo, reforma dos impostos públicos e obrigatoriedade da instrução primária².

De fato, o próprio termo “consolidação” é significativo, pois representa a unificação de várias normas legais que foram resultado direto das lutas obreiras, como a limitação para o trabalho do menor e da mulher; a Lei dos Sindicatos (1931); a criação da Carteira do Trabalho (1932) e a fixação do salário-mínimo (1940). A CLT também incorpora direitos previstos na Constituição de 1934, com a jornada de oito horas, repouso semanal remunerado, férias anuais, proteção do trabalho noturno e o direito à aposentadoria para trabalhadores urbanos.

Conforme Boris Fausto, citado por Hélio Mário de Arruda, “o ascenso do movimento operário nos anos 1917/1920 coloca pela primeira vez a ‘questão social’ na cena política. (...) A temática da necessidade de fixar as relações de trabalho através de uma legislação específica ganhou impulso sob a direta influência das mobilizações operárias, tendo por cenário o Parlamento nacional”³.

Assim, equivocado o pensamento bastante comum que procura desqualificar a CLT como uma concessão das classes dominantes ou mesmo um engodo para desviar a luta pela emancipação dos trabalhadores. Embora seja correto dizer que o pensamento conciliador de Getúlio Vargas tenha sido decisivo para que, no Brasil, as normas de proteção social tenham sido implementadas sem graves conflitos políticos e sociais – o que aconteceu em muitos outros países –, forçoso reconhecer que as leis trabalhistas não foram uma dádiva graciosa dos dominantes, mas foram arrancados ao Estado pela pressão organizada da classe operária e tiveram um enorme papel na modernização e no desenvolvimento subsequente do país. Apenas por um discurso preconceituoso e historicamente falso se pode desconhecer o caráter progressista e civilizador da Consolidação das Leis do Trabalho.

1 A mais importante é a greve geral de 1917, em São Paulo, da qual participaram mais de 40 mil trabalhadores (BUORNICORE, Augusto. *A greve geral de 1917*. Disponível no site Fundação Maurício Grabois: <www.grabois.org.br>. Acesso em: 21 abr. 2013).

2 Quarto Congresso Operário Brasileiro, 1912 (História do MTE. *TrabalhosFeitos.com*. Disponível em: <www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Historia-Do-Mte/786994.html>. Acesso em: 22 abr. 2013).

3 ARRUDA, Hélio Mário. *Oliveira Vianna e a legislação do trabalho no Brasil (1932-1942)*, 2006. Disponível em: <<http://www.ufes.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

DOCTRINA

Outro aspecto, também desse discurso equivocados, é o de associar a CLT supostamente ao pensamento fascista, falácia que, infelizmente, é repassada acriticamente mesmo por ilustres doutrinadores do Direito do Trabalho.

Em realidade, as normas de proteção social tinham clara inspiração no ideário da República de Weimar e representavam, à época, o que de mais moderno havia na doutrina social, propondo-se a criação de um Estado de Bem-Estar Social à brasileira, segundo o modelo dos países avançados, especialmente os europeus. Vários dos idealizadores da CLT eram pensadores socialistas, como Joaquim Pimenta e Evaristo de Moraes⁴.

O Ministro Arnaldo Süssekind, um dos elaboradores da CLT, esclarece que as principais fontes materiais foram os pareceres de Oliveira Vianna e de Oscar Saraiva, o 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, as Convenções e Recomendações da OIT e a Encíclica Papal *Rerum Novarum*⁵.

Se o Direito do Trabalho e a Seguridade Social são os traços mais marcantes no pacto social-democrata que caracterizou a emergência dos Estados de Bem-Estar Social na Europa, aqui, no Brasil, foi na CLT que as normas de Direito do Trabalho ganharam sua maioria institucional, criando a base jurídica que propiciaria, também, a construção da legislação previdenciária.

UM SISTEMA DE PROTEÇÃO ABRANGENTE

A CLT contempla uma série de temas relativos ao mundo do trabalho, dividindo-se em onze títulos que cuidam das normas de tutela do trabalho (II, III e IV), da organização sindical (V), da negociação coletiva (VI), da fiscalização trabalhista (VII), da Justiça do Trabalho (VIII), do Ministério Público do Trabalho (IX) e do processo do trabalho (X).

Desde seu início, a preocupação foi a de criar um sistema abrangente e completo de proteção ao trabalho, começando pela unificação e sistematização dos direitos dos trabalhadores até então existente em normas esparsas; pela criação e generalização de direitos novos, assim entendidos muitos previstos na Constituição, mas não implementados, como o repouso semanal remunerado, pela construção de um conjunto de garantias e de instituições destinadas a dar

4 BALBINOT, Camile. *CLT – fundamentos ideológico-políticos: fascista ou liberal-democrática?* Porto Alegre, 2010. Arquivo eletrônico. Disponível no *site* do TRT da 4ª Região: <www.trt4.jus.br>. Porto Alegre: Memorial do TRT da 4ª Região, 2010. Acesso em: 19 abr. 2013. Igualmente, no livro: VARGAS, Luiz Alberto; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Novos avanços do direito do trabalho*. São Paulo: LTr.

5 SÜSSEKIND, Arnaldo. O cinquentenário da CLT e os direitos individuais. In: *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 57, maio 1993, p. 523.

efetividade a tais direitos, seja através da ação estatal, seja através da autotutela por parte dos próprios trabalhadores através de suas entidades representativas.

A CLT, assim, procura dar conta simultaneamente de várias e complexas questões, obtendo um resultado notável que a situa, historicamente, como um dos códigos laborais mais importantes do mundo.

Calcada originalmente em doutrinadores do porte de Arnaldo Süssekind, Rego Monteiro, Dorval Lacerda, Segadas Vianna e Oscar Saraiva, a CLT expressa uma sólida doutrina juslaborista nacional que nada deve a dos países europeus e que, ainda hoje, é referência internacional.

A Constituição de 1988 foi um importante marco para o Direito Social, já que constitucionalizou vários direitos celetistas, elencando-os nos seus arts. 7º, 8º e 9º.

As normas de direito material contidas na CLT são ainda extremamente atuais, especialmente em tempos de globalização, pois preveem a irredutibilidade dos direitos sociais frente à economia, em nome dos princípios de valorização do trabalho e de respeito à dignidade humana. Assim, estabelecem-se patamares mínimos de direitos que devem ser assegurados ao trabalhador e que, automaticamente, se integram a todos os contratos de trabalho e que são irrenunciáveis pelo trabalhador e, em essência, inalteráveis quando tal alteração for prejudicial ao obreiro. Tal “dirigismo contratual” foi forjado no Direito do Trabalho, mas, hoje, estende-se plenamente para o Direito Comum, aplicando-se integralmente em praticamente todos os chamados “contratos de adesão” (direito do consumidor, contratos de locação, contratos de seguros, etc.). O mesmo se pode dizer do princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do contrato-realidade, do *in dubio pro operario* e tantos outros institutos e princípios que, oriundos do Direito do Trabalho, foram aplicados a outros ramos do Direito, podendo-se vislumbrar em muitas recentes alterações do Direito Civil sua origem trabalhista.

Um dos pilares do sistema protetivo construído é a Justiça do Trabalho que, criada pela Constituição de 1934, se consolidava definitivamente como parte integrante do Poder Judiciário, a partir de 1946.

As normas celetistas configuram uma Justiça Laboral de vanguarda, que, para bem cumprir sua missão de garantir os direitos dos trabalhadores, afaste-se do modelo jurisdicional até então vigente, firmando-se em uma proposta de Judiciário ágil, informal, apropriado à dinamicidade das relações de trabalho, democrático, participativo e com representação paritária assegurada aos próprios atores sociais envolvidos.

DOCTRINA

No que tange ao processo do trabalho, também este se afastou do modelo tradicional, optando pela oralidade, pela concentração dos atos processuais, pela busca da verdade real, pela informalidade, pelo esforço pela conciliação, pelo *jus postulandi*, pela ampla liberdade do juiz na condução do processo, pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Tal como ocorreu com as normas de direito material, também as normas de direito processual do trabalho, por seu caráter inovador, serviram de fonte de inspiração para a modernização do processo civil, que, ainda hoje, agasalha vários institutos do processo do trabalho como a resposta mais adequada aos novos desafios de uma jurisdição para uma sociedade de massas⁶.

Quanto ao direito coletivo, é preciso destacar o caráter pioneiro e progressista da CLT, não se limitando apenas a estabelecer o amplo reconhecimento do direito à negociação coletiva, mas ao criar um ambiente estruturado e favorável para que a negociação efetivamente ocorresse, com garantias legais e institucionais que assegurassem um razoável equilíbrio entre os atores sociais.

Aos que condenam a CLT por intervencionista em matéria sindical, é preciso lembrar, com veracidade histórica, que tais normas apenas refletiam o contexto sociopolítico da época. Em um Brasil onde os sindicatos tinham um peso político muito pequeno, ainda muito influenciados pelo pensamento anti-institucional anarquista, a tarefa urgente era a de organizar (e mesmo criar) sindicatos, dando-lhes papel relevante no cenário nacional, legitimando as organizações sindicais a participar da disputa pelos frutos do desenvolvimento econômico. Explica-se, assim, certo dirigismo estatal na criação e no funcionamento dos sindicatos que caracterizaram o corporativismo da CLT no título da organização sindical. Mas muito longe tal corporativismo está do modelo franquista (de sindicato único para empresários e trabalhadores) ou do sindicato controlado pelo Estado do tipo mussolinista.

Todas as restrições à livre organização sindical foram revogadas pela Constituição de 1988, tendo resultado, enfim, em uma legislação sindical que, se ainda deva ser aprimorada, consagra a liberdade sindical dentro do modelo unitarista; assegura a existência de sindicatos fortes sustentados economicamente pelos próprios trabalhadores, dotados de poderes de negociação coletiva em nome de toda a categoria que representam; e consagra, ainda, um amplo direito de greve.

6 Veja-se que as mais recentes propostas de alteração legislativa do processo civil brasileiro contemplam exatamente os princípios da maior autonomia do juiz na condução do processo e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

DOCTRINA

A CLT, portanto, nunca foi um engodo ou instrumento de manipulação dos trabalhadores, mas um documento legal avançado e que, ainda hoje, representa um patrimônio da classe trabalhadora brasileira. Esta, por sua vez, tem plena consciência da importância da CLT, tanto que não hesita em demonstrar forte oposição a propostas legislativas que falem em revogá-la ou modificá-la substancialmente.

A IMPORTÂNCIA DA CLT NOS DIAS DE HOJE

Tal como ocorreu desde seu nascimento, também hoje o pensamento conservador não se conforma com a existência de normas protetivas do trabalho, agregando as suas tradicionais críticas quanto ao seu suposto caráter intervencionista e à elevação dos custos de produção, outras: a de que a CLT estaria desatualizada, de que é demasiadamente rígida e a de que dificultaria a negociação coletiva.

A crítica quanto à suposta rigidez da CLT não resiste a uma simples leitura do texto legal, porque, exceto pela exigência de um piso mínimo de direitos (como já se disse, intrinsecamente ligados à dignidade humana), não há limitação ao poder dispositivo das partes contratuais. Tudo é permitido, exceto a contratação abaixo da lei, o que, evidentemente, para seus detratores, configura uma “inaceitável rigidez” e uma “imperdoável intervenção” nos negócios privados.

A própria existência de um diploma legal que por setenta anos se mantém íntegro em sua essência, resistindo a tantos ciclos e crises econômicas, está a demonstrar o caráter flexível da CLT. Mesmo hoje, em meio a profundas alterações tecnológicas, quando se fala de teletrabalho e de automação flexível, as normas celetistas continuam plenamente válidas e, com pequenas adaptações, são funcionais para o que delas se exige, ou seja, para a regulação do trabalho humano impondo limites às exigências cegas do mercado.

Nesses setenta anos, a CLT se atualizou permanentemente, agregando novos direitos, bem como ampliou sua esfera de atuação, seja pela “celetização” de outras formas de trabalho (como, por exemplo, o trabalho doméstico), seja servindo como fonte de inspiração para regulamentação de setores específicos (como o trabalho cooperativo). Assim, as normas celetistas, concebidas apenas para as relações empregatícias, se expandem para outras relações de trabalho, evidenciando-se o que os autores chamam de “caráter expansivo” do Direito do Trabalho.

DOCTRINA

Ainda que a resistência patronal seja constante, sempre criando “novas” formas de evasão às regras celetistas, no Brasil dos últimos anos constata-se, felizmente, um crescimento significativo do chamado “mercado formal de trabalho”, o que, na prática, nada mais é do que um crescimento do reconhecimento formal do trabalho celetista.

Por fim, é preciso enfatizar que a CLT não se constitui em óbice – ao contrário, é um incentivo – à negociação coletiva. A crítica que se faz é justamente a impossibilidade legal de contratação abaixo do patamar legal, pois tal importaria em permissão à precarização do trabalho pela via da negociação coletiva.

Esse ponto, tão debatido atualmente sob o rótulo “negociado x legislado”, tem sido motivo de polêmica entre os sindicatos. A experiência dos sindicatos europeus (origem da proposta de contratação coletiva abaixo da lei) demonstra como pode ser deletéria para os direitos dos trabalhadores a permissão de contratar coletivamente sem um piso mínimo, deixando-se a “porta aberta” para a liquidação dos direitos laborais. A grave crise econômica por que passa a Europa tem dado sofridas lições ao sindicalismo europeu quanto às possibilidades reais da “livre negociação” em períodos de descenso do movimento sindical.

Portanto, ao comemarmos setenta anos da CLT, parece oportuno lembrar que os direitos sociais nela contidos não foram obra do acaso, mas resultaram da vontade e da luta do povo brasileiro e, somente por eles, continuarão fazendo parte de sua história do século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Hélio Mário. *Oliveira Vianna e a legislação do trabalho no Brasil (1932-1942)*, 2006. Arquivo eletrônico. Disponível em: <<http://www.ufes.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013

ARRUDA, Kátia Magalhães. Os primórdios da questão social e a filosofia judaico-cristã. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região*, São Luís, v. 16, jan./dez. 2006, p. 95.

BALBINOT, Camile. *CLT – Fundamentos ideológico-políticos: fascista ou liberal-democrática?* Porto Alegre, 2010. Arquivo eletrônico. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Porto Alegre: Memorial do TRT da 4ª Região, 2010. Acesso em: 19 abr. 2013. Igualmente, no livro: VARGAS, Luiz Alberto; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Novos avanços do direito do trabalho*. São Paulo: LTR.

BIAVASCHI, Magda Barros. *Direito e civilização: momentos de regresso*.

BUORNICORE, Augusto. *A greve geral de 1917*. Arquivo eletrônico. Disponível em: <www.grabois.org.br>. Acesso em: 21 abr. 2013.

GOMES, Angela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

DOUTRINA

GOTTSCHALK, Elson. Cinquentenário da CLT. In: *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 57, maio 1993, p. 523

História do MTE. *TrabalhosFeitos.com*. Arquivo eletrônico. Disponível em: <www.trabalhos-feitos.com/ensaios/Historia-Do-Mte/786994.html>. Acesso em: 22 abr. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. O cinquentenário da CLT e os direitos individuais. In: *Revista LTr*, São Paulo, LTr, vol. 57, maio 1993, p. 523.

THOME, Candy Florencio. A República de Weimar e os movimentos operários. In: *Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região*, Campinas, v. 1, n. 5, p. 163-166, set./out. 2005.

O DANO EXISTENCIAL E O DIREITO DO TRABALHO

Rúbia Zanotelli de Alvarenga*
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho**

INTRODUÇÃO

Ao prefaciar uma de suas mais conhecidas obras, o professor Alain Supiot destacou que a razão humana não é jamais um dado imediato da consciência, sendo antes um produto de instituições que permitem que cada homem assegure sentido à sua existência, encontrem um lugar na sociedade e lá possam expressar seu próprio talento¹. O papel das instituições e institutos de direito do trabalho, que cuidam da relação empregado/empregador nos países capitalistas, é inegável.

Dentre os institutos de direito do trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho especial menção deve ser feita aos chamados períodos de descanso, como o repouso semanal e as férias; às diversas formas de interrupção e suspensão do contrato de trabalho, como as licenças para tratamento médico e para formação profissional, e, finalmente, às situações que os italianos convencionaram chamar de *tempo libero destinato*², a saber, as atividades de voluntariado, doação de sangue, e, poderíamos acrescentar, a interrupção do contrato de trabalho para prestar exame vestibular.

* Advogada; doutora e mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; professora de Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Casa do Estudante de Aracruz/ES; professora de Direito do Trabalho e Previdenciário de cursos de pós-graduação.

** Advogado; graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte; mestre e doutor pela Universidade de São Paulo – USP; professor de direito nos cursos de graduação da USJT e da EAESP FGV/SP e em diversos cursos de pós-graduação; membro pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

1 “La raison humaine n’est jamais une donnée immédiate de la conscience: elle est le produit des institutions qui permettent à chaque homme de donner sens à son existence, qui lui reconnaissent une place dans la société et lui permettent d’y exprimer son talent proper.” (SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Presses universitaires de France, 2002. p. XX)

2 NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 243-253.

DOCTRINA

Esses períodos de descanso, contudo, não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos. Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações, muito mais graves, de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país³.

O descumprimento estratégico das normas trabalhistas por determinadas empresas que se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas acaba sendo menos onerosa do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (política conhecida pela expressão “risco calculado”) é facilmente visualizado no exemplo da instituição financeira que exige o labor em sobrejornada e não o remunera corretamente. Se em determinada agência 100 trabalhadores estiverem nessa situação e apenas 50 ajuizarem a ação, a empresa auferiu um lucro significativo. Ganho aumentado pelo fato de 25 dos 50 que propuseram a ação aceitarem, para outorgar quitação plena dos débitos, cinquenta por cento ou menos do valor que efetivamente lhe é devido. Por fim, 15 dos 25 trabalhadores recebem menos do que deveriam em razão de seu contrato de trabalho ter se prolongado por mais de cinco anos, deixando, portanto, de receber algumas parcelas alcançadas pela prescrição. De sorte que somente 10 dos 100 trabalhadores que se ativaram em regime de sobrejornada efetivamente recebem o que lhes é devido. E ainda assim, o empregador em questão lucra com a demora processual, vez que durante o trâmite da ação o débito da empresa esteve sujeito a juros de 1% ao mês e o valor contingenciado correspondente a ele estava sendo emprestado no cheque especial ou no cartão de crédito a um percentual superior a 10% ao mês.

O exemplo é hipotético, mas situações de descumprimento deliberado e contumaz da legislação trabalhista, como a narrada, são verificadas na prática com triste regularidade. Ele ilustra como alguns empregadores efetivamente auferem grandes ganhos mediante a exploração da mão de obra de seus trabalhadores em regime de sobrejornada, usando estratégias gerenciais próprias de um momento histórico em que, como bem enfatiza Alain Supiot, “ao invés de

3 O modelo de tutela das relações de trabalho no Brasil infelizmente privilegiou mecanismos de tutela repressiva da relação de emprego em detrimento de mecanismos de tutela preventiva. A dotação orçamentária da Justiça do Trabalho, normalmente acionada individualmente após o rompimento do vínculo empregatício de determinado empregado e que, portanto, destina-se muito mais a reprimir às irregularidades cometidas pelos empregadores do que a preveni-las, é bastante superior à do Ministério do Trabalho e Emprego, cuja função compreende autorizar a instalação e o início de atividades das empresas e fiscalizar periodicamente o seu funcionamento, atuando, portanto, de forma preventiva.

indexarmos a economia às necessidades dos homens e as finanças às necessidades da economia, nós indexamos a economia às exigências das finanças e tratamos os homens como capital humano a serviço da economia⁷⁴. Mecanismos próprios de uma sociedade dita moderna que, como observou Alberto Niccolai, acompanhou a inversão da relação entre ritmo de trabalho e ritmo de existência, com aquele ditando inexoravelmente este⁵.

É preciso, contudo, ressaltar, e de forma enfática, que não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes à sobrejornada que torna o seu uso indiscriminado e abusivo, como uma estratégia gerencial, um mal para o empregado. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá.

É possível perceber prejuízo ao desfrute pelo trabalhador dos prazeres de sua própria existência tanto quando dele se exige a realização de horas extras em tempo superior ao determinado pela lei como quando dele se exige um número tão grande de atribuições que precise permanecer em atividade durante seus períodos de descanso, ainda que longe da empresa, ou fique esgotado ao ponto de não encontrar forças para desfrutar de seu tempo livre.

A constatação se torna ainda mais grave quando se tem claro que essa forma de exploração da mão de obra do trabalhador ocorre, por vezes, à revelia da vontade do empregado, seja por precisar do acréscimo salarial correspondente, seja por temer sua demissão. Seja qual for a hipótese, o trabalhador estará abdicando de seu lazer, do deleite que poderia ter, para aumentar os ganhos do empregador.

Essa hiperexploração da mão de obra humana, acompanhada ou não de contraprestação em pecúnia, causa ao trabalhador um tipo de prejuízo que vem sendo doutrinariamente chamado de dano existencial. O presente artigo objetiva analisar a figura em questão cuidando, dentre outras coisas, da sua

4 “Au lieu d’indexer l’économie sur les besoins des hommes, et la finance sur les besoins de l’économie, on indexe l’économie sur les exigences de la finance et on traite les hommes comme du ‘capital humain’ au service de l’économie.” (SUPIOT, Alain. *L’esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010. p. 24-25)

5 “E parassolmente può si dirsi che tale approccio metodológico, inadeguato nell’epoca fordista, há trovato fertile terreno nella moderna società, che há visto invertirsi il rapporto fra ritmi di lavoro e ritmi dell’esistenza, com i primi a dettare inesorabilmente i secondi.” (NICCOLAI, Alberto. *Orario di lavoro e resto della vita. Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 243-253)

distinção em relação à figura do dano moral (também previsto no arcabouço do Direito do Trabalho).

1 – O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Júlio César Bebbber, um dos autores a adotar essa expressão para designar as lesões que comprometem a liberdade de escolha e frustram o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano, esclarece haver optado por qualificar esse dano com o epíteto já transcrito justamente porque o impacto por ele gerado “provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”⁶.

Nos danos desse gênero, o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livre dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana⁷.

Giuseppe Cassano citado por Amaro Alves de Almeida Neto esclarece que por dano existencial “se entende qualquer dano que o indivíduo venha a sofrer nas suas atividades realizadoras (...)”⁸. Flaviana Rampazzo Soares, por sua vez, considera que ele “abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre a sua existência”⁹.

Dessa maneira, estatui Amaro Alves de Almeida Neto:

6 BEBBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

7 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 48.

8 *Idem*, p. 46.

9 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

DOCTRINA

“(...) toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida.”¹⁰

No âmbito das relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos *profissional, social e pessoal*.

O tipo de dano ora em estudo, segundo Flaviana Rampazzo Soares, é capaz de atingir distintos setores da vida do indivíduo, como: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, tendo em vista que qualquer pessoa possui o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou ao lazer, etc.¹¹.

Outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo. Como bem pondera a autora citada por último, “as condições de vida aviltantes que, normalmente, são impostas a tais trabalhadores também integram o

10 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 49.

11 Quanto à atividade biológica de subsistência, assinala Flaviana Rampazzo Soares que é aquela em que “a pessoa sofreu uma lesão física que a impediu de realizar atividades de subsistência que, em condições normais anteriores, seriam plenamente possíveis, tais como as relacionadas à alimentação, higiene ou locomoção”. Veja-se: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

dano existencial, pois não há como alguém manter uma rotina digna sob tais circunstâncias”¹².

A impossibilidade de autodeterminação que o trabalho “escravizado” acarreta, bem como as restrições severas e as privações que ele impõe, modificam, de forma prejudicial, a rotina dos trabalhadores a ele submetido, principalmente no horário em que estão diretamente envolvidos na atividade laboral para a qual foram incumbidos¹³.

2 – ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL

Além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras, o conceito de dano à existência é integrado por dois elementos, quais sejam: a) o projeto de vida; e b) a vida de relações¹⁴.

O primeiro deles Júlio César Bebber associa a tudo aquilo que determina a pessoa decidiu fazer com a sua vida. Como bem pondera o aludido autor, o ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso, afirma que qualquer fato injusto que frustrasse esse destino, impedindo a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial¹⁵.

Ainda sobre o mesmo elemento, Hidemberg Alves da Frota observa que o direito ao projeto de vida somente é efetivamente exercido quando o indivíduo se volta à própria *autorrealização integral*, direcionando sua *liberdade de escolha* para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que se insere, às metas, aos objetivos e às ideias que dão *sentido* à sua existência¹⁶.

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades

12 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

13 *Idem*, p. 75.

14 Essa classificação é feita por Hidemberg Alves da Frota em artigo doutrinário que aborda as noções fundamentais sobre o dano existencial. Veja-se: FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 275.

15 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

16 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 276.

recreativas e extralaborativas, tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, conseqüentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz, com isso, suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial¹⁷.

Em suma, o dano à vida de relação, ou dano à vida em sociedade, como bem observa Amaro Alves de Almeida Neto: “indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros, o que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos”¹⁸.

Hidemberg Alves da Frota, por sua vez, pondera que o prejuízo à *vida de relação* diz respeito ao conjunto de *relações interpessoais*, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua *história vivencial* e se *desenvolver* de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo (processo de diálogo e de dialética), em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade¹⁹.

É fácil imaginar o dano causado à “vida de relação” de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social. Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato. Um bom exemplo seria o do empregador que compele determinado empregado a terminar determinada tarefa, que não era tão urgente ou que poderia ser concluída por outro colega, no dia, por exemplo, da solenidade de formatura ou de primeira eucaristia de um de seus filhos, impedindo-o de comparecer à cerimônia.

17 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 52.

18 *Idem*, p. 52. O autor cita alguns exemplos de dano à vida de relação, que são os seguintes: a) procedimentos imperitos médicos que acarretam à pessoa problemas ortopédicos e a impossibilidade de praticar esportes, como correr, jogar bola, tênis, etc.; b) a divulgação de notícias difamatórias infundadas que acarretam humilhação e depressão; c) acidentes que causam a síndrome do pânico ou problemas na fala, como tartamudez etc.

19 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 277.

No tocante às relações familiares não é demasiado ressaltar que a Constituição de 1988 expressamente estatui que “a entidade familiar, base da sociedade, tem especial proteção do estado” (art. 226, *caput*) e que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227). E como bem observa Maria Vittoria Balles-trero, a tutela da família não pode prescindir das normas que impõe ao tomador dos serviços o sacrifício de reconhecer ao trabalhador direitos cujo exercício pressupõe que ele saia do trabalho com tempo e energia para se dedicar ao seio de sua família. Em outras palavras, a ideia de proteção da família passa pela conciliação entre interesse do empregador de usar o trabalhador da forma que lhe for mais profícua e o interesse do trabalhador a satisfazer as exigências de sua vida privada e familiar²⁰.

E as atividades recreativas, como bem observa Eugênio Bonvicini, citado por Hidemberg Alves da Frota, representam “uma fonte de equilíbrio físico e psíquico, tal a compensar o intenso desgaste peculiar à vida agitada do mundo moderno”²¹. Ao discorrer sobre tais atividades, Guido Gentile, citado pelo mes-mo autor nacional, assinala que “o incremento delas facilita o desenvolvimento da própria labuta profissional”²².

Os tribunais vêm, ainda timidamente, reconhecendo essa nova figura. O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, em decisão relatada pelo Desembargador Federal do Trabalho José Felipe Ledur, estabeleceu o pagamento de indenização à trabalhadora que fora vítima de dano existencial, por ter trabalhado sobre jornada excedente ao limite de tolerância, veja-se:

“DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no

20 “A valle della tutela (nella Costituzione e nelle leggi) del ‘bene’ famiglia, e dunque nel diritto del lavoro in senso stretto, il contemperamento prende corpo nelle norme che impongono un sacrificio dell’interesse del datore di lavoro (sacrificio ‘ragionevole’, cioè proporzionato alla salvaguardia del bene tutelato), attribuendo al lavoratore diritti (congedi, permessi, flessibilità e riduzioni di orario), il cui esercizio consente di ‘liberare’ dal lavoro tempo ed energie da dedicare alle cure familiari. In altri termini, parliamo del contemperamento tra l’interesse del datore di lavoro all’utilizzazione massimamente proficua del lavoro e dunque anche della singola prestazione di lavoro che retibusche, e l’interesse del lavoratore a soddisfare le esigenze della sua vita privata e familiare.” (BALLESTRERO, Maria Vittoria. La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 163)

21 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 58.

22 *Idem*, p. 60.

caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido.”²³

No referido processo, o Desembargador-Relator José Felipe Ledur ainda aduz que a prestação de horas extras não representa, em regra, dano imaterial/existencial. Na verdade, é o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, é que representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e uma forma de aviltamento do mesmo. Portanto, é o trabalho prestado em jornadas extenuantes que autorizam a conclusão de ocorrência do dano *in re ipsa*²⁴. Extrai-se ainda do aludido julgado essa relevante passagem:

“Os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a asseguaração do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da

23 RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

24 *Idem*.

personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares).”²⁵

3 – O PROJETO DE VIDA E A VIDA DE RELAÇÃO COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Enquanto protetores da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade têm por objeto assegurar os elementos constitutivos da personalidade do ser humano, tomada nos aspectos da integridade física, psíquica, moral e intelectual da pessoa humana. Ademais, são direitos que jamais desaparecem no tempo e nunca se separam do seu titular.

Acentua Flaviana Rampazzo Soares que a tutela à existência da pessoa resulta na valorização de todas as atividades que a pessoa realiza, ou pode realizar, tendo em vista que tais atividades são capazes de fazer com que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, plenamente, todas as faculdades físicas e psíquicas. Além disso, a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana²⁶.

Sendo assim, o bem-estar e a qualidade de vida “são a exteriorização de toda a potencialidade da personalidade da pessoa, representam a ação do ser humano, destinada a atingir a felicidade, a realização, a busca da razão de ser da existência”²⁷.

O dano à existência do trabalhador acarreta, assim, em violação aos direitos da personalidade do trabalhador. A lesão ao projeto de vida e à vida de relação afronta as seguintes espécies de direitos da personalidade: direito à integridade física e à psíquica, direito à integridade intelectual, bem como o direito à integração social²⁸.

25 *Idem*.

26 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

27 *Idem*, p. 39.

28 Paulo Eduardo V. de Oliveira trata do direito à integração como uma 4 (quarta) espécie de direito da personalidade do trabalhador. Para o autor, o direito da personalidade à integração social visa assegurar ao trabalhador o direito de “ser essencialmente político, essencialmente social, a pessoa humana tem direito ao convívio familiar, ao convívio com grupos intermediários existentes entre o indivíduo e o

O dano existencial impede a efetiva integração do trabalhador à sociedade, impedindo o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano. A efetiva utilização de todas as suas potencialidades somente seria possível com o desfrute de todas as esferas de sua vida, a saber: *cultural, afetiva, social, esportiva, recreativa, profissional, artística*, entre outras.

No que tange ao direito ao lazer, assinala Márcio Batista de Oliveira que a sua aplicação e eficácia traduz-se na garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois, além de esse direito assegurar o desenvolvimento cultural, pessoal e social do trabalhador, tem ainda por objetivo a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, o resguardo de sua incolumidade física, intimidade e privacidade fora do ambiente do trabalho²⁹.

É por meio, ainda, do direito ao lazer, que o trabalhador adquire o direito à desconexão. Tal direito relaciona-se com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho descritas na Constituição Federal quanto à limitação da jornada, ao direito ao descanso, às férias, e à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho (art. 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII, da CF), pois demonstram a preocupação com a incolumidade física e psíquica, bem como com a restauração da energia do trabalhador³⁰.

Nesse aspecto, “o reconhecimento da figura do dano existencial na tipologia da responsabilidade civil exsurge como a consagração jurídica da defesa plena da dignidade da pessoa humana”³¹, tendo em vista que

“O dano existencial, em suma, causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade – no aspecto de felicidade e bem-estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo

Estado, grupos a que se associa pelas mais diversas razões (recreação, defesa de interesses corporativos, por convicção religiosa, por opção político-partidária, etc.), direito do exercício da cidadania (esta tomada no sentido estrito [*status* ligado ao regime político] e no sentido lato: direito de usufruir de todos os bens de que a sociedade dispõe ou deve dispor para todos e não só para eupátridas, tais como educação escolar nos diversos níveis, seguridade social (saúde pública, da previdência ou da assistência social)”. Veja-se: OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 30.

29 BATISTA, Márcio Oliveira. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Org.). *Direitos humanos em um contexto de desigualdades*. São Paulo: Boreal, 2012. p. 182.

30 OLIVEIRA, Christiana D’arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2012. p. 52.

31 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 62.

DOCTRINA

econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima (...).³²

Em razão disso, ensina Bruno Lewicki que a personalidade, em todos os seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia na cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo ponto de confluência é a dignidade da pessoa humana, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico e funcionar como um valor reunificador da personalidade a ser tutelada³³.

4 – O DANO EXISTENCIAL E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Como visto, a submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.

No que tange à proteção à saúde do trabalhador, Mauricio Godinho Delgado, em debate já realizado sobre a redução da duração do trabalho para 40 horas semanais no Brasil, assinala que a extensão do tempo de disponibilidade humana em decorrência do contrato laboral implica repercussões em vários planos da vida do trabalhador. Destaca o autor que essa extensão do tempo de disponibilidade humana oriunda do contrato laboral acarreta repercussões no plano da sua saúde e da sua educação, além de influenciar no plano de suas relações com a família e correspondentes crianças e adolescentes envolvidos. Nesse aspecto, assegura que a ampliação da jornada, inclusive com a prestação de horas extras, acentua, drasticamente, as possibilidades de ocorrência de doenças profissionais, ocupacionais ou acidentes do trabalho, ao passo que sua redução diminui de maneira significativa tais probabilidades da denominada infortunistica do trabalho³⁴.

Portanto, é esse quadro oriundo da violação à existência do trabalhador, enquanto ser humano dotado de projetos de cunho pessoal, profissional e pessoal, que traz como consequência o comprometimento da sua saúde, que será responsável pelo aparecimento de doenças do trabalho que poderão colocar em risco a saúde física e mental do empregado. Quanto maior a agressão à

32 *Idem*, p. 62.

33 LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77.

34 DELGADO, Mauricio Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXII, n. 256, out. 2010, p. 8.

saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, maior também será a agressão ao seu sistema imunológico, ficando este cada vez mais vulnerável a doenças decorrentes do trabalho.

Quando o trabalhador é vítima de lesão por esforços repetitivos, ele não padece apenas de um dano à sua saúde, mas também de um consequente dano existencial. A razão é a seguinte: a lesão por esforços repetitivos atinge o sistema músculo-esquelético da pessoa, principalmente os membros superiores, sendo assim, pode, em estágio avançado, gerar a incapacidade para diversas atividades. A lesão por esforços repetitivos decorre de uma exposição descontrolada aos fatores que a desencadeiam, exposição essa geralmente determinada por iníquas condições de trabalho às quais o trabalhador pode ser submetido³⁵.

Nesse aspecto, “a dor intensa, o formigamento, a dormência, etc., ocasionados pela lesão por esforços repetitivos é dano à saúde e atinge, negativamente, a pessoa que, em função de tais sintomas, não consegue manter a rotina de atividades mantida no período anterior à lesão”³⁶.

Em razão disso,

“A LER, em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais como obsta o exercício de tarefas singelas do dia a dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial.”³⁷

O direito fundamental à saúde está diretamente relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores no ambiente de trabalho e visa promover a sua incolumidade física e psíquica durante o desenvolvimento da sua atividade profissional, de modo que o trabalho possa ser executado de forma saudável e equilibrada e que o trabalhador possa de lá sair em condições de desenvolver outras atividades, desfrutando, assim, dos prazeres de sua existência enquanto ser humano.

5 – DANO MORAL E DANO EXISTENCIAL: DISTINÇÃO E CUMULAÇÃO

De acordo com De Plácido Silva, a expressão dano deriva do latim *damnum* e significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a *outrem*,

35 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

36 *Idem*, p. 76.

37 *Idem*, p. 76.

da qual possa resultar uma deterioração ou destruição a alguma coisa dele ou gerar um prejuízo a seu patrimônio³⁸.

Para Sérgio Martins, em sentido amplo, dano:

“É um prejuízo, ofensa, deterioração, estrago, perda. É o mal que se faz a uma pessoa. É a lesão ao bem jurídico de uma pessoa. O patrimônio jurídico da pessoa compreende bens materiais e imateriais (intimidade, honra, etc.).”³⁹

Os danos podem ser classificados, assim, em patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais.

Quanto à proteção aos danos não patrimoniais, observa Flaviana Rampazzo Soares que a tendência mundial é a de aumento da proteção aos interesses imateriais da pessoa, não abrangendo apenas os danos morais propriamente ditos, mas todo e qualquer dano não patrimonial que seja juridicamente relevante ao livre desenvolvimento da personalidade, tal como é o direito à integridade física, à estética e às atividades realizadoras da pessoa, que tornam plena a sua existência⁴⁰.

Conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar. O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade. Envolve, portanto, um aspecto não econômico, não patrimonial, que atinge a pessoa no seu âmago. Para Mauricio Godinho Delgado, o dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc., e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha⁴¹.

A reparação por dano moral visa, por conseguinte, “compensar, ainda que por meio de prestação pecuniária, o despreço psíquico representado pela violação do direito à honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada”⁴².

38 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 238.

39 MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 18.

40 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

41 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 217600-28.2009.5.09.0303, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 3 out. 2012.

42 *Idem*.

DOCTRINA

O dano existencial, por sua vez, independe de repercussão financeira ou econômica, e não diz respeito à esfera íntima do ofendido (dor e sofrimento, características do dano moral). Trata-se de um dano que decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade)⁴³.

Nesse aspecto, o dano existencial impõe a reprogramação e obriga um relacionar-se de modo diferente no contexto social. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.) e a sua dimensão é subjetiva e não exige prova; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva⁴⁴.

Para Flaviana Rampazzo Soares, a distinção entre dano existencial e o dano moral reside no fato de este ser essencialmente um sentir, e aquele um não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa⁴⁵. Nesse sentido,

“enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar.”⁴⁶

Havendo, no contexto da relação de emprego, a ocorrência de dano existencial e de dano moral, poderá haver a cumulação entre ambos, desde que sejam provenientes do mesmo fato. Do mesmo modo que é possível cumular o dano moral com o dano material⁴⁷ e, por consequência, com o dano estético, também será possível cumular o dano moral, pela lesão à saúde do trabalhador, com o dano existencial⁴⁸.

43 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, n. 1, jan. 2009, p. 30.

44 *Idem*, p. 31.

45 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

46 *Idem*, p. 46.

47 Com relação à cumulação do dano material com o dano moral, aduz a Súmula nº 37 do STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

48 Mauricio Godinho Delgado, Ministro do TST, já se pronunciou de forma favorável quanto à cumulação do dano moral e do dano estético, veja-se: “RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO POSSÍVEL. PENSÃO. MATÉRIA FÁTICA. O Tribunal Regional, ao analisar o conjunto probatório produzido, concluiu pela ocorrência de acidente de trabalho e dos elementos suficientes a caracterizar a culpa dos Reclamados,

Desse modo, quando são afetadas as atividades realizadoras do trabalhador, em virtude do dano a sua saúde física ou mental, que se deu pelo excesso de trabalho, poderá haver a fixação de forma cumulada tanto do dano moral quanto do dano existencial. Essa cumulação acontece não só pelo prejuízo ocasionado aos prazeres de vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado – *pessoal, social e profissional* –, mas também pelo dano à sua saúde, mesmo que a sequela oriunda do acidente do trabalho não seja responsável pela redução da sua capacidade para o trabalho.

Conclui-se, portanto, que “o reconhecimento do dano existencial, para figurar ao lado do dano moral, revela-se imprescindível para a completa reparação do dano injusto extrapatrimonial cometido contra a pessoa”⁴⁹ e “para a proteção total do ser humano contra as ofensas aos seus direitos fundamentais”⁵⁰.

6 – DANO EXISTENCIAL E PERDA DE UMA CHANCE: DISTINÇÕES

Além do dano emergente e do lucro cessante, tradicionais hipóteses de dano patrimonial ressarcível, a doutrina de diversos países vem reconhecendo o direito à reparação pela perda de uma chance, quando esta for séria e real. O seu diferencial seria justamente a probabilidade e não a certeza do resultado aguardado. Essa situação não pode ser confundida com a dos lucros cessantes na qual o juízo quanto ao dano é um juízo de certeza. O evento danoso existiu. O juízo de probabilidade adstringe-se à quantificação de quanto a vítima deixará de perceber em decorrência dele. No caso da indenização por perda de uma chance há incerteza quanto ao fato supostamente danoso em si. O juízo de probabilidade diz respeito ao evento em si. O mesmo argumento pode ser

em face de sua atitude omissiva e negligente, o que justificou a condenação em indenização por dano moral e estético e em pensão. Fixadas tais premissas pelo Tribunal Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nessa seara recursal de natureza extraordinária, conforme o teor da Súmula nº 126/TST. Cumpre frisar que a lesão acidentária também pode causar dano estético à pessoa humana atingida. Embora o dano moral seja conceito amplo, é possível, juridicamente, identificar-se específica e grave lesão estética, passível de indenização, no contexto de gravame mais largo, de cunho nitidamente moral. Nesses casos de acentuada, especial e destacada lesão estética, é pertinente a fixação de indenização própria para esse dano, sem prejuízo do montante indenizatório específico para o dano moral. Ou seja, a ordem jurídica acolhe a possibilidade de cumulação de indenizações por dano material, dano moral e dano estético, ainda que a lesão acidentária tenha sido a mesma. O fundamental é que as perdas a serem ressarcidas tenham sido, de fato, diferentes (perda patrimonial, perda moral e, além dessa, perda estética). Recurso de revista não conhecido” (TST, RR 35600-25.2006.5.15.0036, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 05.08.2011).

49 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 68.

50 *Idem*, p. 68.

utilizado para distingui-la da hipótese de dano emergente, no qual o dano é real e quantificado.

Como salienta Raimundo Simão de Melo, se a perda de uma chance for enquadrada como dano emergente ou lucro cessante, terá o autor da ação que comprovar de forma inequívoca que, não fosse a existência do ato danoso, o resultado teria se consumado, com a obtenção da chance pretendida, o que é impossível. Se a vitória não pode ser provada e confirmada cabalmente, o mesmo ocorre em relação ao insucesso da obtenção do resultado esperado⁵¹.

A indenização por perda de uma chance tampouco pode ser confundida com uma indenização de natureza exclusivamente moral⁵², embora seja possível que a perda de uma chance também gere um dano dessa natureza. A perda de uma oportunidade concreta prejudica o próprio patrimônio da vítima e não apenas os seus atributos da personalidade⁵³. É possível afirmar que a perda de

51 MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 15, 2007, p. 71.

52 Não se mostra correta, por conseguinte, a seguinte decisão emanada do TRT da 3ª Região que reconheceu o direito de um trabalhador que fora deslocado pela empresa de sua Cidade para Cidade a uma indenização por dano moral pela perda de uma chance: “EMENTA: TRABALHO/EMPREGO. PROCESSO SELETIVO. PERDA DE UMA CHANCE. NOVA MODALIDADE DE DANO MORAL. FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. Um dos fundamentos da Constituição da República é o trabalho, art. 1º da CRF/88 e art. 170, *caput*, também da Constituição que dispõe que a Ordem Econômica funda-se na valorização do trabalho humano. Há de ser salientado, inclusive, que o trabalho é tão importante para o homem que a partir do momento em que se trava qualquer relacionamento, uma das primeiras perguntas que se faz é: em que você trabalha? Estando desempregado o homem deixa de responder a tal questionamento, sentindo que não contribui para os meios de produção, o que lhe retira sua dignidade enquanto ser humano, princípio, hoje, que norteia todo o Ordenamento Jurídico. *In casu*, embora a expectativa criada no reclamante, ao ser deslocado pela reclamada de sua Cidade para Cidade diversa e de ser contratado mediante carteira assinada atraia o pagamento de indenização por dano moral, pela Perda de uma Chance, ou seja, subtração de uma oportunidade, o valor da indenização deve observar determinados parâmetros. Como nos ensina Raimundo Simão de Melo, Procurador Regional do Trabalho, em artigo da LTr – 71-04/439, abr./2007: ‘A Solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem pretendida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo da probabilidade. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatar-lo deve o Juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legítimamente esperado’, critérios que foram observados pela r. sentença” (TRT da 3ª Região, 10ª Turma. RO 00709-2008-033-03-00-5, Decisão proferida em 08.07.09 e publicada no DEJT 15.07.09, p. 121, Relatora Convocada Taísa Maria Macena de Lima).

53 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance às relações de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 27, n. 318, jun. 2010, p. 25-33.

uma chance situa-se em uma zona intermediária entre o dano patrimonial, facilmente mensurável, e o extrapatrimonial, que precisa ser arbitrado por atingir bens valiosos, mas não comercializáveis. Embora a chance não possua valor econômico preciso, é possível chegar ao seu valor a partir do que seria auferido se a oportunidade não houvesse sido prejudicada por outrem e o objetivo fosse plenamente alcançado.

Bastante interessante para ilustrar essa assertiva, assim como para bem compreender a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é a decisão proferida pelo STJ, que reduziu a indenização devida pelo SBT por frustrar a chance de uma candidata do “Show do Milhão” de vencer o prêmio máximo de R\$ 1 milhão apresentando uma pergunta mal formulada. A decisão final fixou a indenização em R\$ 125 mil partindo do pressuposto de que não havia como se afirmar categoricamente que a mulher acertaria o questionamento final de R\$ 1 milhão caso ele fosse formulado corretamente, fixou quantia com base numa “probabilidade matemática” de acerto de uma questão que continha quatro itens. Fosse uma hipótese de dano material, o valor da indenização teria que corresponder ao do prejuízo. Fosse uma hipótese de dano extrapatrimonial, o valor em questão seria imensurável e seria arbitrado pelo julgador a partir de critérios que não podem se afastar dos mais comezinhos princípios do bom-senso.

Não se pode deixar de ter em mente, contudo, que a vítima pode sofrer dano moral e prejuízos materiais por dano emergente propriamente dito cumulados com o prejuízo pela chance perdida. O exemplo apresentado por Raimundo Simão de Melo é o do atleta corredor que está a poucos metros da linha de chegada e do lugar mais alto do pódio quando é agarrado por alguém que o impede de continuar na disputa, perdendo, assim, a oportunidade de sagrar-se vitorioso. Além do inequívoco prejuízo pela perda de uma chance e o abalo psíquico que, com quase toda certeza o abaterá, esse atleta pode ainda ficar traumatizado e doente, necessitando, por conseguinte, de sério tratamento médico e psicológico para voltar a correr⁵⁴. Nesse exemplo, o autor do dano deverá indenizá-lo pela chance perdida, pela violação aos seus atributos morais e ressarcir-lo por todas as despesas médicas.

No contexto do contrato de trabalho, são inúmeros os exemplos de indenização por perda de uma chance passíveis de identificação. Poderíamos mencionar, para ficar em apenas alguns exemplos, as de exclusão do empregado do mercado de trabalho em razão de incapacidade provocada por acidente de trabalho ou do fornecimento de informações desabonadoras pelo ex-empregador;

54 *Idem*, p. 71-72.

impossibilidade de conclusão de concurso público em razão de acidente por culpa do empregador; e perda da oportunidade de o empregador potencializar seus ganhos em razão de empregado em posição de destaque haver se desligado sem cumprir aviso-prévio.

A distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado.

As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso, se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva.

7 – QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL

Com relação à fixação do *quantum* indenizatório do dano existencial, José Felipe Ledur sugere certos parâmetros, veja-se:

“A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica.”⁵⁵

Júlio César Bebbler também destaca determinados elementos que devem ser observados pelo julgador quanto à aferição do dano existencial. Segundo o autor, deve-se levar como análise para fins de aferição do dano existencial:

“a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo

55 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

DOCTRINA

à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.⁷⁵⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que o dano existencial gerado ao trabalhador pela inobservância das leis trabalhistas constitui graves consequências cumulativas à vítima. O exemplo do trabalhador afetado por Lesão de Esforço Repetitivo (LER) é irrepreensível. Os empregados constrangidos pela exigência compulsória de horas extras, por acúmulo de ação laboral superior à suportável, por falta de equipamentos que lhes facilitem ou lhes tornem menos sofríveis o desempenho físico são candidatos potenciais aos sintomas de irrealização dos sonhos comuns a todos, além de sofrerem a impossibilidade de renderem o que rendiam antes da(s) lesão(ões). Isso sem falar das perdas materiais decorrentes da invalidez parcial – às vezes até total – e do dano estético de que podem vir a ser vítimas. Ainda devem ser adidos, nesse quadro, a instabilidade psíquica, a vergonha, a humilhação, a dor existencial, fatores que configuram o dano moral decorrente da exploração geradora do dano existencial.

A convergência das sequelas do dano existencial ao dano moral e aos demais danos, dependendo do caso e da(s) pessoa(s) envolvida(s) é concreta. Não se pode conceber que, na conjuntura de crescimento e respeitabilidade adquiridos pelo Brasil, continuem a ocorrer desrespeitos aos trabalhadores da nação. A Justiça do Trabalho, por meio de suas decisões, tem, em certa medida, tentado coibir essas aberrações que tanto ofendem os que laboram. É, porém, preciso mais. Insta que os órgãos responsáveis pela defesa do direito dos trabalhadores se empenhem mais na defesa dos direitos dos que produzem neste país. Cabe aos representantes da Justiça do Trabalho serem ícones de uma nova era, verdade seja dita, como vêm tentando ser. Cabe aos órgãos fiscalizadores o papel de impedir os abusos. Cabe aos responsáveis pela Educação esclarecer aos trabalhadores atuais e aos futuros trabalhadores os direitos que lhes são

56 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, n. 1, jan. 2009, p. 29.

DOCTRINA

constitucionais. É preciso que se avance nas relações trabalhistas, que se punam os exploradores, que se ressarçam os vitimados pela exploração do poder econômico. Assim, talvez, o desrespeito de poucos seja inibido, possibilitando, a muitos, o direito de realizar o mais simples objetivo da maioria dos seres humanos: viver com dignidade, lutar em igualdade de condições, concretizar sonhos. É direito. Não é favor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

BALLESTRERO, Maria Vittoria. La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009.

BATISTA, Márcio Oliveira. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Org.). *Direitos humanos em um contexto de desigualdades*. São Paulo: Boreal, 2012.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance às relações de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 27, n. 318, jun. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 217600-28.2009.5.09.0303, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 3 out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, RR 35600-25.2006.5.15.0036, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 5 ago. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Duração do trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXII, n. 256, out. 2010.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, ano XV, n. 15, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho, RO 00709-2008-033-03-00-5, Relatora Convocada Taisa Maria Macena de Lima, 10ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, 15 jul. 2009.

DOCTRINA

NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Presses universitaires de France, 2002.

_____. *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Paris: Seuil, 2010.

Notas e Comentários

TST PROMOVE SOLENIDADE EM HOMENAGEM AOS 70 ANOS DA CLT

O Tribunal Superior do Trabalho promoveu, no dia 2 de maio, solenidade em homenagem aos 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em discurso de abertura do evento (transcrito na íntegra logo abaixo), o presidente do TST, Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, destacou a importância da CLT para o fortalecimento da Justiça do Trabalho no Brasil e enfatizou a necessidade de adaptação da Consolidação às mudanças trazidas pela evolução da sociedade. Além de reunir a legislação esparsa criada após 1943 e corrigir o que estiver antiquado, na atualização da CLT, segundo o Ministro, “deve-se reafirmar a proteção dos direitos básicos do trabalhador e a busca pela efetiva representatividade das entidades sindicais”.

O presidente do TST ressaltou que essa atualização deve ser realizada sem afetar o núcleo de princípios do Direito do Trabalho, buscando alcançar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Nesse sentido, lembrou ainda a importância da presença do Estado no combate ao trabalho infantil, ao trabalho escravo e a “toda espécie de exploração agressora da dignidade da pessoa humana”.

O evento contou com a participação de autoridades dos três Poderes e de representantes de diversos segmentos da sociedade civil.

A solenidade contou também com palestra *A CLT aos 70 anos: rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado*, proferida pela professora Gabriela Neves Delgado da Universidade de Brasília, cuja íntegra transcrevemos à página 268 desta seção.

SETENTA ANOS DA CLT

Carlos Alberto Reis de Paula*

A história é sempre uma grande escola.

Há setenta anos, pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio, o presidente Getúlio Vargas aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho. Aquele momento

* *Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.*

NOTAS E COMENTÁRIOS

foi antecedido de fatos e situações relevantes na história do nosso país, os quais muito contribuem para compreendê-la.

À época em que a CLT veio a lume as principais questões trabalhistas, sociais e econômicas tinham sua origem imediata no complexo período que se iniciara em 1930 com a ascensão de Vargas ao poder e, remotamente, vinculavam-se ao processo de formação nacional durante a Colônia e o Império, até a crise final que culminou com o fim da República Velha.

A transição do sistema escravocrata, a mais profunda chaga da história brasileira, para a lógica do mercado livre trouxe o signo das multifacetadas contradições e paradoxos que marcavam a imagem do escravo, do trabalho e do trabalhador no Império.

A concepção hierarquizada do trabalhador em relação ao que explora a mão de obra, seja branco, negro ou mulato, esse ranço do trabalhador como objeto que a tudo deve se submeter, teve fortes efeitos na história das relações de trabalho no Brasil. A vinda de imigrantes europeus, sobretudo para as regiões Sul e Sudeste, em nada alterou esse quadro em um primeiro momento.

Até o final do século XIX prevalecia um sistema jurídico liberal, com a mínima intervenção do Estado, e com extrema desigualdade e hierarquização nas relações de trabalho.

A industrialização, ainda que incipiente, e as atividades empresariais urbanas criaram um cenário fértil para que germinasse o Direito do Trabalho, que se insinuou de forma assistemática e fragmentária, geralmente atendendo apenas às categorias mais organizadas e estruturadas nos grandes centros. A lógica era o sistema produtivo fordista.

Na linha do tempo surge a Consolidação das Leis do Trabalho, não um mero agregado de dispositivos então esparsos, mas um texto com estrutura normativa axiológica e principiológica que orienta o Direito do Trabalho até os dias de hoje.

Sem dúvida, independentemente do momento histórico em que tenha surgido, o Direito do Trabalho ao longo do tempo serviu para a pacificação dos conflitos sociais e para garantir maior civilidade nas relações entre capital e trabalho, buscando preservar um núcleo mínimo de direitos que está vinculado à própria preservação da dignidade humana.

O fundamento desse Direito é justamente a preservação do princípio da igualdade, com enfoque na justiça distributiva, ou seja, através de desigualdade formal procede-se à correção de desigualdades materiais, com a necessária

delimitação da autonomia privada, seja pela autonomia privada coletiva, seja por normas imperativas, que garantem um patamar mínimo.

Assim, pode-se dizer que a existência do Direito do Trabalho no Brasil representa a existência da preservação da dignidade da pessoa humana.

Os fundamentos que justificaram o surgimento do Direito do Trabalho são os mesmos que justificam a sua preservação. São os que ganharam conteúdo constitucional a partir de 5 de outubro de 1988 no Título da Constituição da República que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais. Como consagrado no art. 170 da Carta Magna, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa.

O tempo, que tem seus momentos, deve ser visto sob o aspecto histórico sempre como uma travessia.

A CLT, como toda a legislação, deve ser atualizada não apenas para compilar a legislação esparsa criada posteriormente, mas também corrigir os arcaísmos e se adaptar às mudanças trazidas pela evolução da sociedade, principalmente por uma lógica produtiva pós-fordista. Essa atualização, no entanto, deve ser feita sem afetar o núcleo principiológico do Direito do Trabalho, buscando dar efetividade aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988. Deve-se sempre reafirmar a proteção dos direitos básicos do trabalhador e a busca da efetiva representatividade pelas entidades sindicais.

É inarredável reconhecer-se a necessidade da presença do Estado no combate ao trabalho infantil, trabalho escravo e toda espécie de exploração agressora da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos direitos sociais, a tutela estatal é imprescindível para construção de uma sociedade mais justa e fraterna, pois, como nos diz Albert Camus, “não há ordem sem justiça” e “se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade, então falha em tudo”.

Na celebração destes 70 anos da CLT, devemos refletir em busca de um pacto para a construção, o que se delineia, de uma sociedade que tenha como um dos seus pilares um Direito do Trabalho humano, mais do que meramente tutelar, mais do que simplesmente distributivista, ainda que sem perder esses dois focos, que busque na sua essência um fundamento fraterno, e que o direito auxilie a construção de um mundo mais humanizado, onde se concilie e convivam a justiça e a liberdade.

A CLT AOS 70 ANOS: RUMO A UM DIREITO DO TRABALHO CONSTITUCIONALIZADO*

Gabriela Neves Delgado**

I – INTRODUÇÃO

“O tempo é a dimensão da mudança.”¹

Há exatos 70 anos, em 1º de maio de 1943, a *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT* foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, em solenidade pública ocorrida no dia do trabalho, no Rio de Janeiro, naquela época a Capital da República do Brasil.

Naquele tempo, o Governo Vargas assumiu o trabalhismo como sua ideologia política e o corporativismo para a estrutura sindical². Foi nesse período, de profunda centralização e autoritarismo políticos, que a CLT foi planejada e editada – eis o seu pecado original.

Porém, ao mesmo tempo, sua primeira virtude foi ter se revelado como o principal marco legislativo trabalhista brasileiro a regular o conflito capital-trabalho, sobretudo se considerada a situação de desemprego social pré-1930.

* Palestra proferida na Solenidade Comemorativa dos 70 Anos da CLT, realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho e Conselho Superior da Justiça do Trabalho, no dia 2 de maio de 2013, em Brasília.

** Advogada; doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2005); mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (2002); professora adjunta de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Brasília – UnB, desde 2009; pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq; coordenadora de Graduação da Faculdade de Direito da UnB; professora adjunta de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (2006-2009); professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC Minas (2003-2006); professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos (2002-2006); autora de doze livros publicados, sendo dois individuais, um livro dual e três obras unitárias coletivamente organizadas; coorganizou também a coleção “Doutrinas Essenciais – Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social”, em seis volumes, com mais de 370 artigos integrados (São Paulo: RT, 2012); conta ainda com inúmeros artigos publicados em livros coletivos e revistas jurídicas especializadas do país.

1 ARNHEIM, Rudolf. *Arte y percepción visual*. Buenos Aires: Eudeba, 1962.

2 GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. São Paulo: Vértice, RT; Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988. p. 11.

NOTAS E COMENTÁRIOS

O passar dos anos, as alterações paradigmáticas, constitucionais, legislativas e jurisprudenciais provocaram mudanças inexoráveis na estrutura sistemática da CLT e do próprio Direito do Trabalho.

A ideia central desta exposição é demonstrar que a CLT, aos seus 70 anos, não assume, em hipótese alguma, a dimensão do *tempo de finitude, linear e irreversível*³.

Pelo contrário, na perspectiva de análise do processo histórico-legislativo trabalhista brasileiro o que se percebe é que a CLT, aos seus 70 anos de existência, mantém-se dinamicamente situada num *tempo criador*, assumindo espaço para novos traçados, ângulos, projetos de renovação e de inserção econômico-social protegida de dezenas de milhões de trabalhadores no mercado de trabalho formal do país. Assim, nestas últimas décadas, caminha *rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado*.

Para comprovar que a CLT mantém-se dinamicamente situada num *tempo criador*, como o principal marco legislativo do Direito do Trabalho brasileiro, detentora do mérito de assumir a representação do particularismo e da autonomia do Direito do Trabalho⁴, é que este artigo se propõe a analisar sua sistemática, conteúdo e trajetória de existência até a promulgação da Constituição de 1988 e no período subsequente, mas agora sob a guarida constitucional⁵.

Essa análise será examinada em distintos *tempos do processo histórico-legislativo trabalhista brasileiro*: o período de institucionalização do Direito do Trabalho, dos anos 1930 a 1945; o período de expansão da legislação trabalhista, de 1945 a 1988 e o período de consolidação democrática constitucional do Direito do Trabalho brasileiro, de 1988 até os dias atuais.

É exatamente nesse terceiro período – de consolidação democrática constitucional – que a CLT assume *dimensão de maior maturidade legislativa*, sobretudo devido à composição revigorada que mantém, em grande medida, com o Direito Constitucional.

3 Interessante e sensível análise sobre o aspecto multidimensional do tempo foi feita por: MENESES, Adélia Bezerra de. Tempo: tempos. In: FERNANDES, Rinaldo (Org.). *Chico Buarque do Brasil: textos sobre as canções, o teatro e a ficção de um artista brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond: Fundação Biblioteca Nacional, 2004. p. 147-159.

4 *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.], ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.558.

5 Obviamente que a jurisprudência também contribuiu para a remodelagem do Direito do Trabalho, permitindo novos e diferenciados parâmetros de compreensão dos dispositivos celetistas. Esses parâmetros novos e diferenciados compõem o Direito do Trabalho e a própria CLT no desenrolar do tempo.

De toda forma, para que o *tempo cíclico do eterno retorno*⁶ não se faça presente na realidade trabalhista brasileira, ainda é preciso romper com os dispositivos autoritários corporativistas de organização sindical que ainda estão previstos na Constituição de 1988. Também é necessário incorporar regras objetivas para a terceirização trabalhista, com base no “controle civilizatório da terceirização”⁷ e em respeito ao núcleo cardeal de princípios individuais do Direito do Trabalho.

Enfrentados esses desafios, o Direito do Trabalho alcançará êxito inigualável em seu projeto social de inclusão regulada e protegida do trabalhador no mundo do trabalho.

II – A IMPORTÂNCIA NUCLEAR DA CLT NO PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, a *fase de oficialização ou institucionalização do Direito do Trabalho* iniciou-se em 1930, desenvolvendo-se até 1945, num cenário histórico prevalentemente de regime de exceção, no qual se alterou uma constituinte com aprovação da Constituição de 1934 ao lado de vários anos de regime autoritário. Desde 1935 até 1945, realmente, o Brasil viveu um período contínuo de regime de exceção.

Foi especialmente durante o desenrolar dos anos 1930 e nos anos iniciais da década de 1940 que se gestou uma organização maior em favor da sistematicidade dos textos legais trabalhistas.

Em 1930, o Governo Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo Decreto nº 19.443/1930, cujas principais funções eram as de regulamentar algumas profissões específicas e, sobretudo, administrar a organização do proletariado em cooperação com o Estado⁸.

Em 1939, o Decreto-Lei nº 1.237 promoveu a instituição e estruturação formal da Justiça do Trabalho, embora ainda vinculada ao Poder Executivo. Contudo, a inauguração da Justiça do Trabalho no país, com seu real funcionamento, somente ocorreu dois anos depois, em 1º de maio de 1941, mas ainda não integrada ao Poder Judiciário. Apenas com a Constituição de 1946 é que

6 MENESES, Adélia Bezerra de. Tempo: tempos. In: FERNANDES, Rinaldo (Org.). *Chico Buarque do Brasil: textos sobre as canções, o teatro e a ficção de um artista brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond: Fundação Biblioteca Nacional, 2004. p. 157.

7 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 82.

NOTAS E COMENTÁRIOS

a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário brasileiro, inclusive no tocante às garantias clássicas asseguradas à magistratura⁹.

Em 1935, após reprimir a atuação da Aliança Nacional Libertadora, Getúlio Vargas decretou o estado de sítio¹⁰.

Em 1937, instituiu um regime autoritário e respaldado por uma Constituição outorgada, mediante o fechamento do Congresso Nacional. Proliferaram, então, os decretos-leis que reformaram a normativa trabalhista e o sistema sindical brasileiro¹¹.

No Brasil, a institucionalização do Direito do Trabalho teve na CLT, de 1943, seu principal marco legislativo.

O processo de elaboração da CLT, na condição de “principal fonte de direito positivo do trabalho no Brasil”¹², foi gestado politicamente a partir de 29 de janeiro de 1942, quando o governante designou uma comissão de dez membros, por meio da Portaria nº 791, para “estudar e organizar um anteprojeto de CLT das Leis de Proteção ao Trabalho e de Previdência Social”. A comissão foi dividida em duas frentes: uma responsável pelas leis do trabalho e a outra pelas leis da previdência¹³.

Apenas a comissão responsável pela legislação trabalhista concluiu sua tarefa, encaminhando ao Ministro do Trabalho o anteprojeto da CLT, referente às Leis de Proteção ao Trabalho, com a exposição de motivos datada de 5 de novembro de 1942. O anteprojeto da CLT foi publicado no Diário Oficial, em 5 de janeiro de 1943, tendo recebido cerca de duas mil sugestões de reparos e aperfeiçoamentos de empregados, empregadores e órgãos de classe¹⁴.

9 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Estruturação e desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil. In: *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 141-142; PEREIRA, José Luciano de Castilho. 70 anos da justiça do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, n. 2, abr./jun. 2011, p. 65.

10 Aliança Nacional Libertadora foi um movimento liderado por comunistas, mas que contou com a adesão de democratas e liberais que se rebelaram contra o Governo Vargas. O movimento foi duramente reprimido e suas principais lideranças foram presas.

11 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 61. v. I.

12 *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.560.

13 *Idem*, p. 1.558.

14 *Idem. Ibidem*.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Em 31 de março de 1943, já com as sugestões compiladas, o documento final foi concluído por meio da sistematização da CLT¹⁵.

A CLT foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943¹⁶, no *dia do trabalho*, exclusivamente para os trabalhadores urbanos¹⁷.

Aliás, a assinatura da CLT foi um evento político comemorado publicamente. No dia do trabalho, Vargas assinou a CLT no Estádio de São Januário, lotado em razão da festividade. Segundo registros históricos, Getúlio utilizou o Estádio de São Januário como palco de muitos de seus discursos políticos durante parte significativa de seu governo.

A CLT contribuiu para criar, no terreno simbólico, junto à população, o mito de Getúlio Vargas, como o “pai dos pobres”, sob o argumento de que ele era o único governante brasileiro que, até então, apresentara especial sensibilidade frente à questão social, preocupando-se, portanto, em regulamentar o Direito do Trabalho no país. Não foi a toa que quando se consolidou a sua política trabalhista, ele também passou a ser identificado como o “instaurador da Justiça Social no Brasil”¹⁸.

O Estado corporativo-intervencionista comandado por Getúlio Vargas conduzia a dinâmica de poder sob três ações estratégicas distintas: ao mesmo tempo em que, pela *via da coerção*, reprimia quaisquer manifestações reivindicatórias das classes operárias, mormente de seus sindicatos, pela *via da cooptação* assegurava direitos individuais trabalhistas para a classe trabalhadora, por meio de um minucioso sistema de proteção ao trabalho e pela *via da cidadania econômica e social* (embora paradoxalmente com profundas restrições à cidadania política), as pessoas que viviam do trabalho tornaram-se cidadãos, passaram a ter *status* na vida social. A Carteira de Trabalho passou a

15 *Idem. Ibidem.*

16 Getúlio Vargas aproveitou-se estrategicamente da data comemorativa do dia mundial do trabalho (1º de maio) para instituir alguns importantes direitos trabalhistas. Assim, em 1º de maio de 1940, foi instituído o salário-mínimo; em 1º de maio de 1941, a Justiça do Trabalho foi inaugurada e em 1º de maio de 1943, foi aprovada a CLT.

17 O Decreto-Lei nº 5.452 foi assinado pelo Presidente da República, Getúlio Vargas, no exercício de competência legiferante autocrática prevista pelo art. 180 da Constituição outorgada de 1937. A efetiva vigência do diploma celetista foi fixada para mais de seis meses depois da data de sua aprovação, mais precisamente em 10 de novembro de 1943. Somente em 21 de agosto daquele mesmo ano o texto final da CLT foi publicado no Diário Oficial da União. Sobre o tema, consultar: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 5; *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.558-1.565.

18 CAPELATO, Maria Helena R. *Multidões em cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*. Capinas: Papirus, 1998. p. 188.

ser reconhecida como símbolo da cidadania no país para os setores que viviam do trabalho¹⁹.

Ou seja, naquele período histórico houve a substituição do cidadão/ indivíduo da doutrina liberal pelo cidadão/trabalhador. O trabalho passa a ser visto como “forma de emancipação da personalidade, algo que valorizava o homem e tornava-o digno de respeito e da proteção da sociedade”²⁰.

Conforme explica Ângela de Castro Gomes, o projeto estatal articulou uma *lógica material*, fundada nos benefícios da legislação social, com uma *lógica simbólica*, que representava esses benefícios como doações²¹, o que incutia nos trabalhadores o sentimento de gratidão e de retribuição.

A CLT recebeu diversificada influência resultante de várias correntes de pensamentos na cultura ocidental: no *âmbito individual trabalhista* foi inspirada na Doutrina Social da Igreja, que apresentava forte influência em países de significativa hegemonia católica na época, como era o caso do Brasil. Seu documento mais famoso é a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, de forte matiz social e humanitário²². Também recebeu a influência da OIT e de suas convenções internacionais.

No *âmbito coletivo trabalhista* foi fortemente influenciada pela *Carta del Lavoro*, do governo italiano de Benito Mussolini, de franca inspiração fascista.

Pela via da contraposição ao socialismo, a CLT foi uma política pública de base trabalhista com profunda dimensão social.

Tão logo a CLT foi aprovada, despertaram os debates em torno de sua natureza jurídica: *código* ou *consolidação*?

Alguns defendiam sua natureza jurídica de *código do trabalho*, pelo fato de apresentar inovações estruturais, mediante a fixação de novos direitos e obrigações para os trabalhadores, além dos anteriormente previstos. Outros defendiam sua natureza de *consolidação*, pelo motivo de a CLT ter compilado e coordenado as leis já existentes, “com preenchimento de lacunas e ordenação sistemática dos

19 DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 58.

20 CAPELATO, Maria Helena R. *Multidões em cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*. Capinas: Papyrus, 1998. p. 173.

21 GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. São Paulo: Vértice, RT; Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988. p. 23.

22 Maria Helena Capelato registra: “Por ocasião do cinquentenário da *Rerum Novarum*, o governo brasileiro mandou fazer medalhas a serem enviadas ao Papa; numa delas estava representado, no verso, o Palácio do Catete (centro espiritual de um imenso mundo físico) e, no reverso, o relevo do Palácio do Trabalho. Noutra, reproduzia-se, no verso, a figura do Leão XIII, ‘inspirador da justiça social no mundo moderno’, e, no reverso, a efígie de Getúlio Vargas, ‘instaurador da justiça social no Brasil’”. Consultar: CAPELATO, Maria Helena R. *Multidões em cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*. Capinas: Papyrus, 1998. p. 188.

textos”²³. Para uma terceira corrente, não era possível conceituar a CLT nem como código, nem como consolidação: “CLT não era, porque inegavelmente inovara, e muito; nem código, por lhe faltar uma certa ordem sistemática, limitando-se a juntar textos antigos, com repetições, incongruências e contradições”²⁴.

Não há dúvida de que, apesar de denominada de *consolidação*, “como artifício para reverenciar a intensa obra legiferante trabalhista produzida entre 1930 e 1943”, a CLT corresponde, na verdade, do ponto de vista técnico-jurídico, a um verdadeiro *código do trabalho*, “em vista não apenas da consistente sistematicidade de seus títulos, capítulos e sessões normativas, de seus princípios, regras e institutos jurídicos, como pela circunstância de ter propiciado reais inovações na ordem jurídica então existente”²⁵.

De fato, a CLT assumiu papel decisivo para a construção e progresso do trabalho regulado no país, sobretudo se considerada a precariedade da realidade normativa trabalhista brasileira existente até a década de 1930.

A CLT também assumiu papel definitivo a favor da institucionalização de um modelo de contratação trabalhista próprio, com maior isonomia material, afastando-se do individualismo e do formalismo típicos das contratações civilistas clássicas²⁶.

Seu paradoxo, no entanto, foi o fato de ter sido gestada em período autoritário da vida político-institucional brasileira, num cenário corporativista desenhado pela Constituição de 1937²⁷.

A reorientação política promovida em grande parte dos países de capitalismo central após o término da Segunda Guerra Mundial, com a implantação

23 *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.559.

24 *Idem. Ibidem*.

25 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 6. Esta é, também, a posição do *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1559. Nesse sentido, conferir: “Em alguns tópicos das exposições de motivos da comissão, se revela, ora velada, ora declaradamente, seu propósito de se defender contra a crítica de ser a CLT um código. Não o conseguiu. A CLT é um código. Não se limitou a coordenar a matéria legislada, com aproveitamento da vigente e abandono da revogada; com sistematização e boa ordem do que já existia. Não; inovou, reformou, legislou”.

26 Sobre o tema, consultar: TEPELINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: RT, 2013 (no prelo).

27 A marca autocrática corporativista transpareceu no Direito do Trabalho institucionalizado na época (1930/1945), especialmente em relação ao Direito Coletivo do Trabalho e aos seus institutos jurídicos próprios, conforme esclarecem Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “As principais características do Direito Coletivo do Trabalho estruturado e suas instituições e dinâmicas integrantes eram, sinteticamente: a) controle político-administrativo do então Ministério do Trabalho, Indústria e

do paradigma do Estado de Bem-Estar Social, provocou impactos no Brasil, contribuindo para a queda da ditadura Vargas, em 1945.

Ponto enigmático e de grande relevância nessa evolução política do Brasil no pós-guerra, é que a CLT permaneceu em vigor e, desde então, passou a se distanciar paulatinamente dos referenciais plantados pela política corporativista do período de sua elaboração. Todo esse processo reverbera a constatação de que a CLT assumiu a dinâmica de um *código do trabalho*, sobretudo porque não inviabilizou mudanças no Direito, nem cristalizou as relações sociais por ele reguladas²⁸.

Mais do que isso, apesar de ter sido editada no período de inflexão política dos anos 1930 a 1945, a CLT lança as principais premissas e princípios próprios do Direito do Trabalho, num projeto de forte matiz socializante e humanitário, claramente direcionado ao futuro – e não ao passado.

III – O UNIVERSO DE LEIS EXTRAVAGANTES À CLT: FLUXOS E REFLUXOS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO

Ao longo do tempo histórico, a CLT sofreu intenso processo de modulação em sua estrutura sistemática e em seu conteúdo normativo, tanto pela via da legislação extravagante como pela via constitucional.

Desde o final do Governo de Getúlio Vargas, em 1945, diversas leis extravagantes à CLT foram promulgadas, ocasionando, ao longo do tempo histórico, fluxos e refluxos de proteção ao trabalho no país.

São vários os exemplos de leis extravagantes à CLT responsáveis pela ampliação de direitos ou criação de novas parcelas trabalhistas.

Comércio sobre toda a estrutura e atuação operacional dos sindicatos. b) estruturação corporativista dos sindicatos, observadas as seguintes características: agregação profissional (e econômica) mediante o conceito-motor de *categoria*; ausência do sindicato dos efetivos locais de trabalho; proibição de comunicação institucional entre as distintas categorias e entre o próprio conjunto da classe trabalhadora; unicidade sindical; financiamento compulsório de toda a estrutura oficial do sindicalismo. c) cooptação de lideranças sindicais, mediante canais de sua inserção na burocracia estatal, seja na então construída Justiça do Trabalho (representação classista nas Juntas de Conciliação e Julgamento e Tribunais), seja nos então desenvolvidos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs). d) absorção dos conflitos coletivos para dentro do Estado, através do processo judicial denominado *dissídio coletivo* e sua *sentença normativa* (poder normativo judicial)”. Consultar: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 11.

28 Esta conclusão está no: *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Pós-1930. Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.559.

No âmbito das relações individuais de trabalho, destacam-se os seguintes exemplos: a Lei nº 605/1949, reguladora do descanso semanal remunerado e em feriados, em patamar mais avançado do que no texto original de 1943; a Lei nº 4.090/62, que instituiu o 13º salário; a Lei nº 4.214/63 (posteriormente revogada pela vigente Lei nº 5.889/73), que produziu a inserção, mesmo com ressalvas, do trabalhador rural na órbita da CLT (extensão da legislação trabalhista para o campo, na década de 1960); a Lei nº 5.859/73, que fixou os primeiros – ainda que bastante restritos – direitos trabalhistas e previdenciários para o empregado doméstico (tais direitos foram posteriormente ampliados pelo parágrafo único do art. 7º da Constituição de 1988 e também pela Lei nº 11.324/06, até culminar na EC nº 72/2013); as Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87, reguladoras do Vale-Transporte²⁹; e a Lei nº 12.506/2011, reguladora do aviso prévio proporcional.

Algumas leis esparsas à CLT surgiram para regulamentar profissões específicas, fixando regras adicionais para além do padrão genérico empregatício estruturado na CLT.

Foram várias dezenas de profissões que mereceram regulamentação específica nas últimas décadas. Por exemplo, a Lei nº 3.207/57 regulou o contrato dos empregados vendedores-viajantes ou praticistas; a Lei nº 6.354/76, seguida especialmente pelas Leis ns. 8.672/93, 9.615/98 e 12.395/2011, são diplomas reguladores do contrato do atleta profissional; e a Lei nº 12.619/2012 regulou o contrato do motorista profissional (Seção IV-A da CLT, em seus arts. 235-A a 235-H, acrescentada pela Lei nº 12.619/2012)³⁰.

No âmbito do *Direito Coletivo do Trabalho*, no ano de 2008, a figura da central sindical foi institucionalizada por inteiro na ordem jurídica do país (Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008)³¹.

No âmbito do *Direito Processual do Trabalho* também foram acrescentadas diversas leis esparsas à CLT com o objetivo de aperfeiçoar a estrutura e operação do processo e procedimentos judiciais trabalhistas, como, por exemplo, a Lei nº 5.584/70, que criou o procedimento sumário, causas de alçada (até dois

29 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 8.

30 *Idem. Ibidem*; DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A matriz do trabalho na Constituição de 1988 e o atleta profissional de futebol. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano IX, n. 49, jul./ago. 2012. Porto Alegre, Magister, 2012, p. 21-46.

31 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 12-13.

NOTAS E COMENTÁRIOS

salários-mínimos), e a Lei nº 7.701/89, que modificou regras processuais no âmbito dos tribunais regionais e do TST³².

Todavia, apesar da presença de significativa legislação extravagante responsável pelo avanço da proteção ao trabalho regulado no Brasil, o país apresenta também uma série de leis esparsas com nítido propósito de reduzir o patamar de direitos institucionalizado na CLT.

Em síntese, ao lado de inúmeras leis de avanço da regulação do mercado de trabalho no país e de melhor proteção aos indivíduos que vivem de seu trabalho subordinado, também surgiram leis redutoras da regulação e império celetistas.

Essa produção legislativa de caráter flexibilizatório despontou a partir da segunda metade da década de 1960, com o regime autoritário (Lei do FGTS). Nesse movimento de refluxo de proteção ao trabalho no país, especialmente com o regime autoritário inaugurado em 1964, foram documentadas mais de 400 intervenções em sindicatos naquele período.

Esse processo foi intensificado nos anos 1970 (Lei do Trabalho Temporário, por exemplo), recrudescendo novamente na década de 1990 (Lei do Contrato Provisório), em razão de forte orientação neoliberal³³.

Considera-se que uma das mais polêmicas manifestações dessa dimensão desregulamentadora que agride o Direito do Trabalho contemporâneo é a terceirização. Além de romper com a estrutura empregatícia bilateral clássica de prestação de serviços, contribui para precarizar as condições de trabalho e dificulta a formação da identidade social do trabalhador terceirizado e de sua emancipação coletiva³⁴.

No Brasil, a difusão das práticas terceirizantes também ganhou forte impulso, notadamente no setor de serviços, em especial no âmbito da economia privada, mas também estendeu seus tentáculos à área pública.

Em relação à terceirização trabalhista, observa-se que além de a CLT não ter incorporado regras específicas sobre a triangulação de mão de obra via terceirização, exatamente porque não previu a descentralização empresarial nos moldes toyotistas de produção, também a legislação extravagante à CLT

32 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 8.

33 *Idem. Ibidem.*

34 Sobre o tema, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

pouco avançou no sentido de propor controles civilizatórios a essa prática de contratação trabalhista, altamente inibidora dos direitos sociais fundamentais.

Em termos jurídicos, a terceirização trabalhista praticada no país mais parece uma colcha de retalhos. Apesar da existência de legislação específica reguladora do trabalho temporário, hipótese de terceirização de curto prazo, não há lei própria a normatizar a terceirização permanente, a mais importante delas.

A construção jurisprudencial existente, sintetizada na Súmula nº 331 do TST, propõe alguns “controles civilizatórios” para a terceirização, mas não o suficiente.

Mesmo que se considere irreversível o avanço da terceirização, isso não significa que ela não deva enquadrar-se nos limites do Direito do Trabalho, assegurados, essencialmente, em seus princípios. A resistência de âmbito principiológico atinge, sem dúvida, a terceirização trabalhista.

Enfatiza-se: se, na origem do Direito do Trabalho, o arsenal de princípios básicos era tido como eixo de orientação do ramo justabalhista, a compreensão do Direito do Trabalho contemporâneo também deve perpassar pelos princípios cardeais. Inclusive, a moderna doutrina constitucional garante aos princípios caráter vinculante, com função normativa própria, o que somente ratifica sua importância no contexto da interpretação, aplicação e integração das normas jurídicas.

Enfim, somente através da afirmação e reconstrução do Direito do Trabalho, por meio da ênfase à nova função dada aos princípios é que se poderá solidificar um dos instrumentos civilizatórios centrais para a correção do escorregadio rumo da terceirização, que ora tende a predominar no caso brasileiro.

De toda forma, é possível afirmar que apesar da existência de leis extravagantes à CLT responsáveis por reflexos de proteção ao trabalho regulado no país, a CLT mantém, em seus 70 anos, posição de destaque no cenário jurídico-cultural, por revelar-se como o “instrumento mais bem sucedido de inclusão econômico-social de trabalhadores na história brasileira”³⁵.

Nesse compasso, o Direito do Trabalho brasileiro, cujo principal marco legislativo é a CLT, também se revela como a principal conquista socioeconômica dos trabalhadores que vivem de sua força de trabalho.

35 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 9.

IV – A CLT E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: UMA TRAVESSIA GUIADA PELOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO

A CLT ainda recebe a influência definitiva da Constituição Federal de 1988, o que também ocasiona fluxos e refluxos de proteção ao trabalho no diploma consolidado e no próprio Direito do Trabalho.

Apesar de a Constituição de 1988 firmar possibilidades jurídicas de flexibilização trabalhista, pela via da negociação coletiva e particularmente no tocante aos temas do salário e da jornada de trabalho (art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF/88), sua influência sobre o Direito do Trabalho é basicamente positiva, progressista e humanista. Por esse motivo é possível afirmar que a CLT, na condição de código do trabalho, e sobretudo por amparar-se tecnicamente na abertura normativa e principiológica promovida pela Constituição de 1988, avança juridicamente e em grande medida assume o dinamismo das relações sociais.

É sabido que a Constituição de 1988 representa um marco na história político-jurídica do Brasil, sobretudo se considerada a centralidade dada à pessoa humana (além das suas condições de dignidade e cidadania) e ao direito fundamental ao trabalho, no texto constitucional.

Os destaques acentuados à pessoa humana e ao trabalho são visualizados na nova topografia desenhada pela Constituição e pela compreensão normativa e teórica do paradigma constitucional de 1988, a partir do conceito de dignidade³⁶.

Topograficamente, a Constituição de 1988 “evidencia a prevalência da pessoa humana em seu interior, certificando em seu frontispício, capítulos e normas iniciais, direitos de caráter individual e social, que ocupam o espaço aberto por todas as Cartas anteriores exclusivamente às entidades estatais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É relevante, social e politicamente, essa distinção no tratamento jurídico, por se saber incompreensíveis o fato e o conceito de cidadania sem o instrumental e estatuto jurídicos hábeis a lhes conferir consistência prática. O encorajamento jurídico da noção de cidadania é aspecto importante à sua efetiva configuração social”³⁷.

O legislador constituinte inovou topograficamente também em relação ao direito fundamental ao trabalho, ao deslocar os direitos dos trabalhadores,

36 Sobre o tema da dignidade, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

37 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito do trabalho e modernização jurídica*. Brasília: Consulex, 1992. p. 45-46.

situados na antiga tradição constitucional no Capítulo da “Ordem Econômica e Social”, para inseri-los no Título dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” e no Capítulo destinado aos “Direitos Sociais”. Ou seja, a partir da Constituição de 1988, os direitos dos trabalhadores “ganharam a qualidade e a estatura de direitos humanos fundamentais”³⁸.

Os dispositivos constitucionais específicos sobre os direitos sociais trabalhistas revelam a fundamentação teórica do novo paradigma constitucional, vez que todos eles, de forma direta ou indireta, exaltam o conceito de dignidade humana.

Nesse compasso, a Constituição de 1988 apresentou novos paradigmas para o direito fundamental ao trabalho, alterando significativamente o conteúdo primário da CLT e sua arquitetura original.

V – A ESTRUTURA SISTEMÁTICA DA CLT: DA ARQUITETURA ORIGINAL ÀS ADEQUAÇÕES E RENOVAÇÕES JURÍDICAS SUBSEQUENTES PROMOVIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Importa registrar, preliminarmente, que a Constituição de 1988 representa as novas lentes corretoras da CLT, que servem como filtro para uma leitura atualizada de seus dispositivos. Assim, altera-se o olhar sobre a positivação perpetrada pela CLT, aperfeiçoando-se uma visão mais democrática e consentânea com os direitos fundamentais³⁹.

As principais adequações e renovações jurídicas promovidas na CLT, no período de promulgação da Constituição de 1988 e pós-Constituição de 1988, serão a seguir sistematizadas⁴⁰.

Título I – Introdução

A *Introdução* da CLT apresenta, nos arts. 1º a 12, seus princípios constitutivos básicos e norteadores da legislação trabalhista em geral.

38 *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930.* Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.563.

39 Essa analogia foi formulada pela mestrandia Lara Parreira de Faria Borges, no âmbito das discussões do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”, da Faculdade de Direito da UnB, liderado pela Professora Dra. Gabriela Neves Delgado em 2013.

40 A maioria dos exemplos, nesse tópico 5.1 destacado, foram originalmente destacados pelo: *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930.* Coordenação: Alzira Alves de Abreu... [et al.]. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001. p. 1.564. Registre-se, ainda, que este artigo não tem a pretensão de esgotar os exemplos de alteração normativa promovida na CLT, pelo Texto Constitucional de 1988.

A Constituição de 1988 promoveu importantes modificações de fundo constitucional no Título I consolidado, especialmente em relação aos trabalhadores domésticos e rurais e também quanto ao prazo prescricional do direito de ação.

Por força do art. 7º, *caput*, a Constituição de 1988 igualou em direitos os empregados urbanos e rurais, além de equiparar os direitos dos trabalhadores avulsos aos daqueles que possuem vínculo empregatício (art. 7º, XXXIV, da CF/88). Também aumentou sensivelmente os direitos dos trabalhadores domésticos, conforme previsto em seu art. 7º, parágrafo único. Essa evolução ampliativa dos direitos da categoria doméstica deu novo passo com a Lei nº 11.324, de 2006, atingindo novo e significativo patamar de conquista de direitos com a Emenda Constitucional nº 72, em 2 de abril de 2013.

Sobre o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, a Emenda Constitucional nº 28/00 (publicada no Diário Oficial da União em 26.02.00, com retificação em 29.05.00) unificou o prazo prescricional dos trabalhadores urbanos e rurais, determinando a prescrição em cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.

Conforme explica Mauricio Godinho Delgado, a mudança promovida pela Emenda Constitucional nº 28/00 provocou acentuada diminuição de vantagem temporal no direito de ação dos trabalhadores rurais, em confronto com o princípio da norma mais favorável absorvido pelo *caput* do art. 7º da Constituição. Por esse motivo, a jurisprudência tem convergido no sentido de adotar uma posição mais favorável, considerando aplicável a nova prescrição quinquenal somente depois de transcorridos cinco anos da própria vigência da reforma constitucional promovida pela EC nº 28/00, ou seja, em 29.02.05⁴¹.

Título II – Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho

O *Título II* da CLT arrola as *normas gerais de tutela do trabalho* (arts. 13 a 223) e o *Título III* as *normas especiais de tutela do trabalho* (arts. 224 a 441), todas elas fundadas em princípios institucionais e básicos de proteção ao trabalho⁴².

Pela lógica da exposição de motivos da CLT, as normas gerais de tutela do trabalho antecedem as especiais, justamente porque asseguram normas de

41 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 258.

42 A Exposição de Motivos da CLT esclarece os contornos da estrutura sistemática da CLT, com base no valor e na função essencial de seus institutos jurídico-políticos. Consultar: COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchiades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina da S. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2013. *Consolidação das Leis do Trabalho* – exposição de motivos, ns. 20 e 21.

NOTAS E COMENTÁRIOS

proteção estatal, de indisponibilidade absoluta e de interesse social prioritário sobre os convenionados por ajuste contratual. É o caso, por exemplo, dos direitos à identificação profissional (por meio da assinatura da CTPS do emprego), à duração do trabalho, ao salário-mínimo, às férias e à segurança e medicina do trabalho.

O Título III, que trata das *Normas Especiais de Tutela do Trabalho*, também apresenta normas trabalhistas de natureza imperativa e cogente. A diferença é que seus dispositivos concentram-se em particularidades referentes às condições de trabalho de atividades e profissões específicas (Capítulo I); à nacionalização do trabalho (Capítulo II); à proteção do trabalho da mulher (Capítulo III) e à proteção do trabalho do menor (Capítulo IV).

Também segundo a lógica da exposição de motivos da CLT, as normas de tutela (gerais e especiais) precedem as normas do Contrato Individual do Trabalho com vistas a acentuar a prevalência da ordem institucional ou estatutária sobre a concepção contratualista⁴³.

A Constituição de 1988 promoveu alguns aperfeiçoamentos e importantes alterações no *Título II* da CLT, nos capítulos referentes à duração do trabalho, ao salário mínimo, às férias anuais, à segurança e à medicina do trabalho.

Quanto à duração do trabalho, a Constituição de 1988 determinou sua diminuição de 48 para 44 horas semanais, incrementando ainda o adicional de horas extras para, pelo menos, 50% do valor da hora normal (art. 7º, XVI, da CF/88).

Quanto ao salário-mínimo, a Constituição de 1988 determinou que o valor fosse fixado em lei e nacionalmente unificado; antes, havia a possibilidade de regionalização e fixação por simples decreto da Presidência da República (art. 7º, IV, da CF/88). A Constituição também previu a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, VII, da CF/88).

Além de ratificar o direito às férias anuais, a Constituição de 1988 criou a figura do terço constitucional de férias (art. 7º, XVII, da CF/88).

Quanto às normas de segurança e medicina do trabalho, o art. 165 da CLT foi alterado pelo art. 10, II, *a*, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que conferiu aos empregados eleitos para os cargos de direção

43 COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchiades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina da S. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2013. *Consolidação das Leis do Trabalho* – exposição de motivos, n. 28.

nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs) garantia provisória de emprego, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Em consonância com os dispositivos consolidados, a Constituição de 1988 ainda assegurou o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (arts. 7º, XXII, e 154 da CLT).

Título III – Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho

O *Título III* da CLT também sofreu alterações, pela via constitucional, nos capítulos referentes à nacionalização do trabalho, ao trabalho da mulher e ao trabalho do menor.

Praticamente quase todo o capítulo celetista da nacionalização do trabalho (arts. 352 a 358) não foi recebido pela Constituição de 1988, com base no princípio da igualdade, constitucionalmente assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*, da CF/88)⁴⁴ e na diretriz antidiscriminatória geral do art. 3º, IV, da Constituição de 88. Ou seja, as situações de diferenciação entre brasileiros e estrangeiros são excepcionais e devem ser tomadas de maneira estrita, conforme parâmetro constitucional⁴⁵.

Pedro Augusto Gravatá Nicoli registra que “a diretriz da Constituição de 1988 no sentido de vedar práticas discriminatórias é resultado de um processo de amadurecimento da proteção à pessoa humana”. Reforça, ainda, que a “questão migratória como um todo tem, nesse contexto, uma nova análise que prioriza o humano em face de autoritarismos e abordagens pautadas exclusivamente na ‘segurança nacional’, o que é referendado pelos grandes diplomas internacionais a disciplinar a questão”⁴⁶.

Quanto à proteção da mulher, a Constituição de 88 assegurou licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII, da CF/88); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (redação dada pela EC nº 53/06) e proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, da CF/88). Ainda por força do art. 10, II, *b*, dos Atos das Disposições

44 Essa posição é compartilhada por: CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 251.

45 NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011. p. 102.

46 O autor cita, como exemplo, a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, de 1990, e a Convenção nº 143 da OIT. Sobre o tema, consultar: NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011. p. 104.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Constitucionais Transitórias, foi assegurada garantia provisória de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Sobre a proteção ao trabalho de adolescentes e proibição do trabalho de crianças, a EC nº 20/98 surgiu como novo parâmetro de permissão para contratação de trabalhadores adolescentes, uma vez que alterou a capacidade para o trabalho, modificando a conceituação da menoridade trabalhista. Assim, proíbe qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, alterando, por consequência, a redação original do art. 7º, XXXIII, do Texto Constitucional de 1988.

Os arts. 402 e 403 da CLT, que versavam originalmente sobre a idade mínima para o trabalho do menor, foram revogados, uma vez que, ao tratar da conceituação da menoridade trabalhista, permitiam o trabalho aos maiores de doze anos, entrando em confronto direto com a Constituição Federal, respectivamente em seu art. 7º, XXXIII (já alterado pela EC nº 20/98).

Em relação à temática da menoridade trabalhista, fica claro na trajetória constitucional a orientação de que o trabalho precoce não deve ser visto como um valor em si mesmo. Essa orientação, inclusive, segue em padrão similar aos avanços promovidos pelo Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não se questiona, no entanto, o trabalho de adolescentes maiores de dezesseis anos, já que este é permitido constitucionalmente. O que deve ser observado, é claro, é o modo e as circunstâncias em que esse trabalho se realiza.

Além do avanço na questão da menoridade trabalhista, especialmente com a promulgação da EC nº 20/98, a Constituição de 1988 conferiu tratamento especial às crianças e aos adolescentes adotando a *Doutrina da Proteção Integral*, como substrato teórico de seu art. 227⁴⁷.

Título IV – Do Contrato Individual de Trabalho

O Título IV, que trata do Contrato Individual de Trabalho e de sua regulamentação específica (arts. 442 a 510), também sofreu alterações marcantes em seus capítulos, pela via constitucional, com destaque para as mudanças nos institutos da interrupção contratual, do aviso prévio, da estabilidade e da força maior.

47 Sobre a Doutrina da Proteção Integral, consultar: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Sobre a interrupção contratual, a Constituição ampliou o prazo da licença paternidade de um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana (art. 473, III, da CLT), para cinco dias, por força do arts. 7º, XXIX, da CF/88 e 10, § 1º, do ADCT.

O instituto do aviso prévio (arts. 487 a 491 da CLT) sofreu duas importantes alterações desde a sua edição, em 1943: em relação ao prazo de 30 dias do aviso e em relação ao aviso prévio proporcional.

A primeira alteração foi promovida pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXI, ao estabelecer um prazo de antecedência mínima de trinta dias para a extinção contratual e não mais de 8 dias, como estabelecia originalmente o art. 487, no inciso I, da CLT, nos casos de pagamento efetuado por semana ou tempo inferior.

A segunda alteração foi promovida pela Lei nº 12.506/2011, regulamentadora do aviso prévio proporcional, que modificou, em grande medida, a moldura normativa do instituto proposta originalmente pela CLT.

A Constituição de 1988 promoveu acentuada alteração na dinâmica de proteção ao emprego ao universalizar o sistema do FGTS, esvaziando o conteúdo normativo da estabilidade, previsto originariamente pela CLT, em seu Título IV, Capítulo VII.

É importante registrar que esse processo de flexibilização da legislação trabalhista brasileira teve início em 1966, com a promulgação da Lei nº 5.107, instituidora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). É que esse instituto retirou a segurança do trabalhador, instituindo um sistema alternativo ao da estabilidade no emprego e facilitando, sobremaneira, as dispensas de empregados, por também romper com as indenizações compensatórias. Conforme visto, em 1988, a Constituição Federal universalizou o sistema do FGTS esvaziando ainda mais o conteúdo normativo da estabilidade no emprego, proposta originariamente pela CLT⁴⁸.

Quanto à força maior, a Constituição revogou a disposição celetista do art. 503 que condicionava a redução salarial à força maior, ao determinar que a redução salarial somente pode ocorrer por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI, da CF/88).

48 Sobre o tema, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003; CESARINO Jr., A. F. *Estabilidade e fundo de garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 65.

Título V – Da Organização Sindical e Título VI – Das Convenções Coletivas de Trabalho

O *Título V* da CLT, referente à organização sindical, foi amplamente alterado pela Constituição de 1988, que procurou, em certa medida, romper com o caráter autoritário corporativista da estrutura sindical firmada nos anos 1940. Assim, a Constituição de 1988 eliminou o controle político-administrativo do Ministério do Trabalho sobre o sindicalismo (art. 8º, I); reconheceu a ampla prerrogativa sindical de atuação coletiva no âmbito administrativo e judicial (art. 8º, III) e favoreceu a negociação coletiva trabalhista, via entidades sindicais (arts. 8º, VI, 7º, VI, XIII, XIV e XXVI).

A Constituição de 1988 ainda aperfeiçoou o *Título VI* da CLT, referente às convenções coletivas de trabalho, à medida que reconheceu as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF/88) e a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI, da CF/88).

Nesse itinerário, o que se percebe é que a Constituição de 1988 avançou, proporcionando mudanças abrangentes no Direito Coletivo do Trabalho brasileiro, por meio de inúmeras revogações expressas e tácitas de dispositivos oriundos da década de 1943 e que não mais refletem a sistemática de organização sindical brasileira. No entanto, alguns resquícios autoritários e corporativistas ainda permanecem no texto constitucional, criando verdadeiro impasse à maturação da democracia no país, como, por exemplo, a figura da contribuição sindical obrigatória, de origem legal (art. 8º, IV, da CF/88); o poder normativo do judiciário trabalhista (art. 114, § 2º, da CF/88); a unicidade e o sistema de enquadramento sindical (art. 8º, II, da CF/88)⁴⁹.

De todo modo, conforme se sabe, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, restringiu a antiga potência e amplitude do poder normativo, por meio do pressuposto processual do *comum acordo* que instituiu para a propositura dos dissídios coletivos.

Título VI-A – Das Comissões de Conciliação Prévia

O Título VI-A da CLT trata das *Comissões de Conciliação Prévia*, em seus arts. 625-A até 625-H. Esse Título foi incorporado à CLT, no ano 2000, com oito novos artigos inseridos pela Lei nº 9.958/00, com objetivo de propor nova alternativa extrajudicial para a solução dos conflitos trabalhistas.

Não houve, no plano constitucional, qualquer medida de alteração ou de aperfeiçoamento em relação a este título da CLT, embora se possa argumentar

49 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 126.

que esse instituto, na verdade, despontou como incômodo obstáculo ao amplo acesso à Justiça.

Título VII – Do Processo de Multas Administrativas

O Título VII da CLT trata do *Processo das Multas Administrativas*, em seus arts. 626 a 642. Também não houve, no plano constitucional, qualquer medida de alteração ou de aperfeiçoamento desse título específico.

Título VII-A – Da Prova de Inexistência de Débitos Trabalhistas

O Título VII-A da CLT, referente à *Prova da Inexistência de Débitos Trabalhistas*, é composto pelo art. 642-A e parágrafos correspondentes. Esse título foi integrado à CLT pela Lei nº 12.440, de 07.07.2011, com publicação no Diário Oficial da União em 08.07.2011.

Nesse curto, mas significativo, novo título da CLT, criou-se notável e eficaz veículo de afirmação do princípio constitucional da efetividade da jurisdição, enfaticamente afirmado pelo art. 5º, LXXVIII, do Texto Constitucional.

Título IX – Do Ministério Público do Trabalho

O Título IX da CLT, que tratava originalmente do *Ministério Público do Trabalho* (arts. 736/762), “foi revogado em sua quase totalidade, vencido por diplomas legais posteriores, dotados de especialização acentuada. (...) Esse mesmo Título foi ainda mais esvaziado em seu conteúdo normativo em seguida à LC nº 75/93, que instituiu o Estatuto do Ministério Público da União, regulando, na essência e com maior minúcia, a estrutura e atuação do Ministério Público do Trabalho”⁵⁰.

O Título IX da CLT também recebeu decisiva alteração de fundo constitucional, sobretudo porque a Constituição de 1988 assegurou autonomia plena ao Ministério Público, desvinculando-o dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (arts. 128, 129 e 130-A da CF/88).

Título VIII – Da Justiça do Trabalho e Título X – Do Processo Judiciário do Trabalho

A Constituição de 1988 e sua produção normativa subsequente (dada pela via das emendas constitucionais, sobretudo) permitiu robustas alterações no edifício normativo celetista da Justiça do Trabalho e do Processo do Trabalho.

50 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 7.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Em síntese, o Título VIII da CLT, que trata da *Justiça do Trabalho*, em seus arts. 643 a 735, e o Título X da CLT, que trata do *Processo do Trabalho*, em seus arts. 763 a 910, incorporaram duas notáveis mudanças em sua formatação de origem, por força de Emenda Constitucional: a *extinção da representação classista na Justiça do Trabalho*, pela Emenda Constitucional nº 24/99, e a aprovação da chamada *Reforma do Poder Judiciário*, pela Emenda Constitucional nº 45/04.

A Emenda Constitucional nº 45/04, em particular, aperfeiçoou a estrutura e o funcionamento do sistema judicial trabalhista, ampliando a competência da Justiça do Trabalho, de modo a abranger em sua jurisdição ações decorrentes de *relações jurídicas conexas à empregaticia*, tais como: lides intersindicais; lides entre empregador e Estado em face da atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego e lides derivadas do exercício do direito de greve (art. 114 da CF/88).

A ampliação da competência judicial trabalhista propiciada pela EC nº 45/04 também abrange as *relações de trabalho* lato sensu, embora sem que assegure a extensão do Direito Material do Trabalho a essas relações laborativas específicas, por se tratar de preceito de Direito Processual (competência judicial)⁵¹.

“Essa ampliação, contudo, não é absoluta, tendo de ser lida em harmonia com o conjunto de princípios, regras e institutos constitucionais. Desse modo, tem-se entendido, a teor da jurisprudência dominante, não abranger as seguintes relações: a) prestação de serviços entre efetivas pessoas jurídicas (exceto se alegada fraude no envoltório da entidade jurídica) – por ser a palavra *trabalho* inerente à atuação humana; b) relações de consumo, ainda que envolvam alguma prestação de serviço por pessoa natural; c) relações de trabalho de natureza administrativa, abrangendo o servidor e o respectivo ente público.”⁵²

Título XI – Disposições Finais e Transitórias

O Título XI é o último a compor a estrutura sistemática normativa da CLT, estando destinado às *Disposições Finais e Transitórias*, com normas de direito intertemporal, em seus arts. 911 a 922.

51 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 18-19.

52 *Idem. Ibidem*, p. 12-13.

VI – CONCLUSÃO

Neste artigo procurou-se rever a trajetória da CLT aos seus 70 anos de existência rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado. Assim, foi demarcado o universo de leis extravagantes à CLT, com seus fluxos e refluxos de proteção ao trabalho, além das adequações e renovações jurídicas promovidas pela Constituição de 1988 e no período pós-Constituição de 1988, mas sob sua guarida.

Esse processo analítico foi examinado em distintos *tempos do processo histórico-legislativo trabalhista brasileiro*: o período de institucionalização do Direito do Trabalho, dos anos 1930 a 1945; o período de expansão da legislação trabalhista, de 1945 a 1988 e o período de consolidação democrática constitucional do Direito do Trabalho brasileiro, com a Constituição de 1988 e alterações constitucionais subseqüentes.

No *período de institucionalização do Direito do Trabalho*, a partir dos anos 1930 estendendo-se até 1943, a análise foi concentrada na elaboração e edição da CLT, principal marco legislativo do Direito do Trabalho no Brasil.

“O *pecado original* da CLT – a circunstância de se ter gestado em período autocrático da vida político-institucional brasileira, em 1943 –, embora inegavelmente grave, não macula *toda* a obra jurídica, econômica e cultural, inserida no diploma normativo. Mostra-se comprometedor essencialmente quanto à sua concepção de Direito Coletivo do Trabalho, em especial no tocante à estrutura corporativista do sindicalismo brasileiro, que desponta como pouco funcional para fazer frente aos desafios democráticos apresentados pela evolução histórica do País a partir de fins do regime autoritário de 1964/1985.”⁵³

Em contrapartida, um dos grandes méritos da CLT foi ter sido pensada num momento histórico em que não se questionava a centralidade do direito fundamental ao trabalho, que, hoje, apesar de ser tão questionada por um discurso de inspiração mercantilista, segue sendo atual.

O *período de expansão da legislação trabalhista*, de 1945 a 1988, provocou fluxos e refluxos de proteção ao trabalho no país. Neste período, a CLT manteve posição de destaque no cenário jurídico, sendo identificada como o instrumento mais bem sucedido de inclusão econômico-social de trabalhadores na história brasileira.

53 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 19.

NOTAS E COMENTÁRIOS

O período de consolidação democrática constitucional do Direito do Trabalho brasileiro teve seu início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, prolongando-se no tempo por meio de diversas alterações constitucionais subseqüentes (emendas constitucionais), nas áreas do direito individual, coletivo e processual do trabalho.

O *Direito Individual do Trabalho*, regulado pela CLT e por diplomas normativos conexos, tem se atualizado permanentemente ao longo de décadas, mantendo-se bastante funcional no que tange ao processo de inclusão social de trabalhadores no sistema econômico-social brasileiro. Talvez a maior ressalva em relação a esse processo de atualização situe-se quanto à dificuldade de o Direito do Trabalho incorporar regras de controle à terceirização trabalhista, tanto no âmbito da própria CLT como por meio de legislação esparsa.

Certo é que a Constituição de 1988 assume, em grande medida, papel de relevo nesse processo de atualização normativa, sobretudo por reforçar, em seu texto normativo, a pessoa humana, os direitos fundamentais e o direito fundamental ao trabalho digno.

Em relação ao *Direito Coletivo do Trabalho*, a Constituição de 1988 tem atuação comedida e não satisfatória, pois ainda não conseguiu superar, plenamente, a estrutura sindical corporativista dos anos de 1930/1940. Nesse sentido, mantém, em seu texto, a figura da contribuição sindical obrigatória, de origem legal (art. 8º, IV, da CF/88); a unicidade e o sistema de enquadramento sindical (art. 8º, II, da CF/88); e o poder normativo judicial trabalhista (art. 114, § 2º, da CF/88), embora este tenha sido atenuado, significativamente, pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Esse é, sem dúvida, o maior desafio constitucional trabalhista da atualidade: conseguir romper com as amarras de um sistema sindical pouco eficiente e democrático para os desafios da sociedade contemporânea.

Contudo, apesar dos desafios de superação, a Constituição de 1988 avançou em vários aspectos do Direito Coletivo do Trabalho que foram originalmente gestados pelo antigo modelo autoritário corporativista da Era Vargas. Nesse contexto, suprimiu a possibilidade de intervenção político-administrativa do Estado, via Ministério do Trabalho e Emprego, nas distintas entidades sindicais, em razão da fixação do princípio da autonomia sindical (art. 8º, I e II, da CF/88). Além disso, incrementou a área coletiva do trabalho, na medida em que reconheceu a ampla prerrogativa sindical de atuação coletiva no âmbito administrativo e judicial (art. 8º, III) e favoreceu a negociação coletiva trabalhista, via entidades sindicais (arts. 8º, VI, e 7º, VI, XIII, XIV e XXVI).

NOTAS E COMENTÁRIOS

Ademais, conforme já visto, restringiu o concorrente estatal à negociação coletiva trabalhista, consubstanciado no poder normativo da Justiça do Trabalho.

Em relação ao *Direito Processual do Trabalho*, a Constituição de 1988 e sua produção normativa subsequente (dada pelas emendas constitucionais, sobretudo) permitiram robustas alterações no edifício normativo celetista da Justiça do Trabalho e do Processo do Trabalho, com destaque para a EC nº 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho (este era um dos institutos mais corporativistas da legislação trabalhista) e pela EC nº 45/04, responsável pela Reforma do Poder Judiciário.

Nesse quadro, o Direito Processual do Trabalho regido pela CLT e modulado pela CF/88, “tem se mostrado, reiteradamente, como um dos mais avançados instrumentos de prestação jurisdicional do sistema judicial brasileiro. Nessa linha, tem inspirado diplomas jurídicos recentes de notável destaque, como, por exemplo, o Código do Consumidor e parte importante das leis de modernização do processo civil, editadas a partir dos anos de 1990”⁵⁴.

A CLT criou o mais eficiente sistema processual da realidade jurídica e institucional brasileira, com suas regras simples, objetivas e práticas de incentivo à direção processual pelo juiz e rápida solução de litígios.

A CF/88 teve a sabedoria de reconhecer essas qualidades, reforçando sobremaneira a Justiça do Trabalho e seu processo judicial, ao determinar que ela se instalasse em toda a extensão do território brasileiro, ampliando sua estrutura operacional. Hoje são 24 TRTs nas diversas regiões do país, com mais de 1.370 varas do trabalho em todos os recantos do Brasil e mais de 2.300 juízes do trabalho de primeira instância⁵⁵. Trata-se, sem dúvida, de uma prova incontestável do sucesso da CLT também nessa área.

Enfim, as reflexões jurídicas ora compiladas permitem aquilatar que num período de exatos 70 anos, que se iniciou no século XX, em 1943, e que hoje avança pela segunda década do século XXI, em 2013, a CLT mantém sua importância na conjuntura social, econômica, político e jurídica, produzindo a inclusão socioeconômica protegida de inúmeros trabalhadores no mercado de trabalho regulado brasileiro.

54 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 20.

55 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Estruturação e desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil. In: *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 146.

As inúmeras injunções jurídicas projetadas sobre a CLT, nestes 70 anos, também despertaram para a necessidade de construção de uma plataforma de proteção ao trabalho baseada na dignidade do ser humano, em padrão consensuado com o paradigma constitucional de 1988, de forte caráter humanista e progressista.

Esse padrão regulatório predominantemente firmado, sobretudo no contexto da Constituição de 1988 e não obstante os refluxos existentes, moldou a CLT, afastando-a em definitivo de sua caracterização primária dos idos de 1940.

Ou seja, somente a partir da moldura constitucional de 1988 (de densidade política e social absolutamente diversa daquela promovida nos anos 1930/1945, eis que de natureza e conteúdo sociais e democráticos) é que se torna possível pensar na permanência da Consolidação das Leis do Trabalho nos tempos atuais.

Assim, hoje, a CLT traduz um Código do Trabalho que regula essencialmente quatro dimensões combinadas da vida laborativa: as relações empregatícias, além de outras relações trabalhistas *lato sensu* legalmente especificadas; as relações coletivas trabalhistas; as regras de atuação da Auditoria Fiscal do Trabalho; e as regras processuais de resolução dos conflitos trabalhistas, individuais e coletivos, incluindo também a estrutura e funcionamento da Justiça do Trabalho⁵⁶.

“A flexibilidade dos mercados, a globalização, as novas formas de organização produtiva, o avanço das telecomunicações e a produção em rede não alteram a velha (e atual!) relação que a CLT regula, que é a relação *capital e trabalho*. Então, a CLT mantém-se funcional e atualizada porque incorpora em seu texto a história dessa relação no país, com avanços e recuos. Ainda que os recuos devam ser mencionados e criticados, eles não minoram a resistência heroica dos outros institutos, que foram mantidos apesar dos ataques.”⁵⁷

Portanto, a CLT não cristalizou com a passagem do tempo. Aos 70 anos, amparada no vigor da interpretação constitucional, mantém força e compromisso social, assumindo novos traçados, ângulos e projetos de renovação e de proteção ao trabalho regulado, em respeito aos padrões sociais historicamente maturados no período de redemocratização brasileiro.

56 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008, p. 7-8.

57 Essa conclusão foi lançada pela mestrandia Renata Queiroz Dutra, no âmbito das discussões do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”, da Faculdade de Direito da UnB, liderado pela Professora Dra. Gabriela Neves Delgado, em 2013.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Aos 70 anos, a CLT encontra-se no *tempo da travessia – uma travessia guiada pelos mandamentos constitucionais de proteção ao trabalho*. Na travessia, a CLT retira a ansiedade do tempo para aproveitar-se dele, ganhando maturidade legislativa. Assim, nesse processo, *caminha rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado*.

O tempo, “compositor de destinos”, “senhor de todos os ritmos”, “tão inventivo”⁵⁸, dedicou à CLT, em seus 70 anos, seu maior dinamismo. A atualização do tempo, na CLT, permitiu a criação de um Direito do Trabalho que incorpora, em grande medida, as exigências de um Estado Social e Democrático de Direito.

Por todos os motivos aqui explanados é que se compreende que as homenagens ora tecidas à CLT, em razão dos seus 70 anos de existência, também devem ser estendidas ao tempo, na sua dimensão da mudança, para que ele se faça “ainda mais vivo”⁵⁹ em sua composição com o Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves de (Coord.) et al. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro. Pós-1930*. Rio de Janeiro: FGV; CPDOC, 2001.

ARNHEIM, Rudolf. *Arte y percepción visual*. Buenos Aires: Eudeba, 1962.

CAPELATO, Maria Helena R. *Multidões em cena: propaganda política no varguismo e no peronismo*. Capinas: Papyrus, 1998.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CESARINO Jr., A. F. *Estabilidade e fundo de garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchíades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina da S. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

58 *Oração ao tempo*, canção composta por Caetano Veloso. Verificar o ensaio de Adélia Bezerra Menezes e seus comentários sobre o tempo, na canção do músico baiano. MENESES, Adélia Bezerra. Tempo: tempos. In: FERNANDES, Rinaldo (Org.). *Chico Buarque do Brasil: textos sobre as canções, o teatro e a ficção de um artista brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond: Fundação Biblioteca Nacional, 2004. p. 155-156.

59 *Oração ao tempo*, canção composta por Caetano Veloso.

NOTAS E COMENTÁRIOS

_____; DELGADO, Gabriela Neves. Estruturação e desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil. In: *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____; _____. A matriz do trabalho na Constituição de 1988 e o atleta profissional de futebol. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, ano IX, n. 49, jul./ago. 2012, Porto Alegre, Magister, 2012.

_____; _____. A CLT aos 65 anos: avaliação jurídica e sócio-cultural. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, ano V, n. 27, Porto Alegre, Magister, 2008.

_____. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Direito do trabalho e modernização jurídica*. Brasília: Consulex, 1992.

GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. São Paulo: Vértice, RT; Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1988.

MENESES, Adélia Bezerra. Tempo: tempos. In: FERNANDES, Rinaldo (Org.). *Chico Buarque do Brasil: textos sobre as canções, o teatro e a ficção de um artista brasileiro*. Rio de Janeiro: Garamond: Fundação Biblioteca Nacional, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. 70 anos da justiça do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, n. 2, abr./jun. 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000, v. I.

TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: RT, 2013 (no prelo).