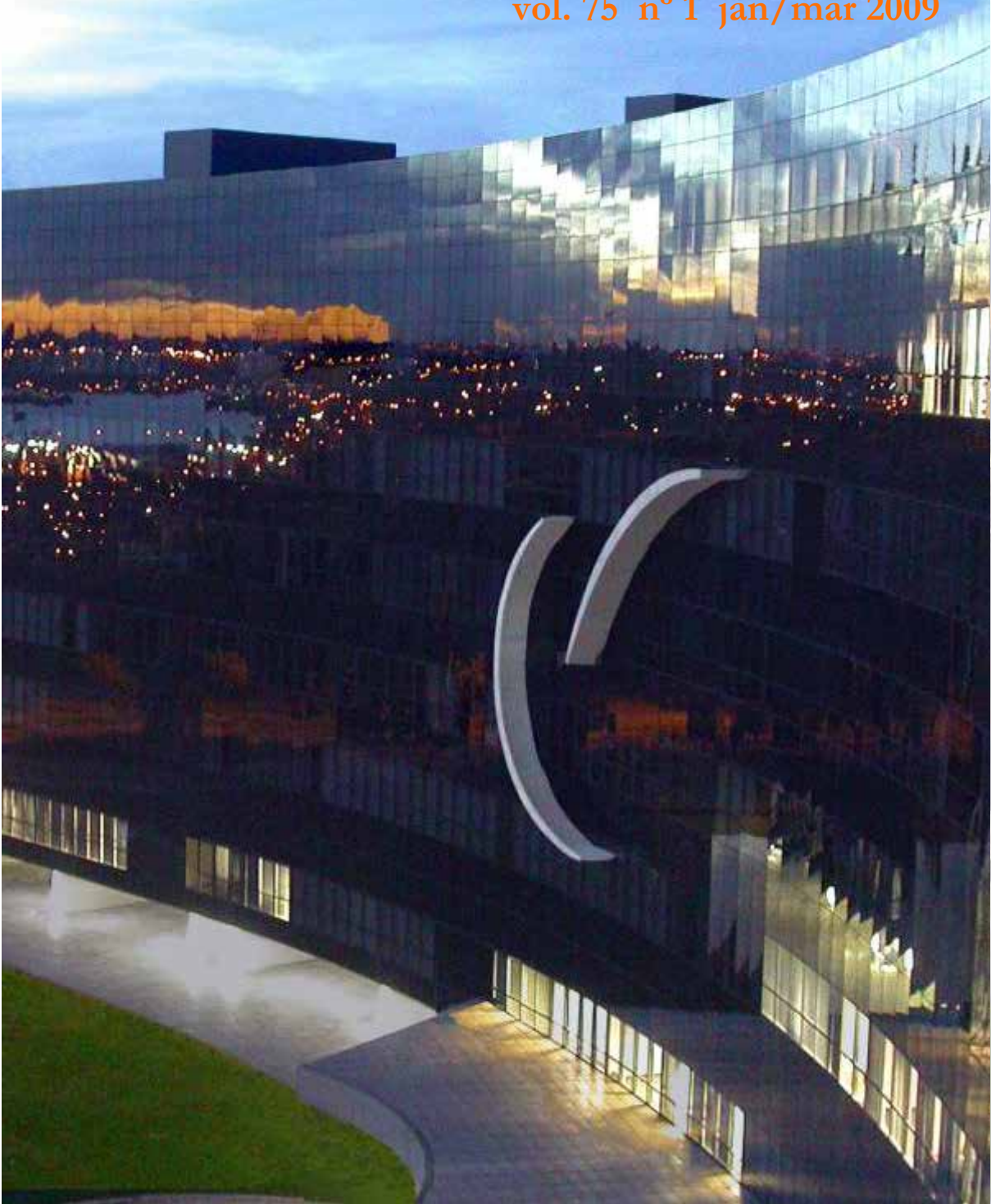


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 75 n° 1 jan/mar 2009



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Milton de Moura França
Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Vice-Presidente

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

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

Ano 75 – nº 1 – jan. a mar. – 2009



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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: Editora Magister

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3314-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno*

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito (licenciado)
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Órgão Especial

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal

* Composição a partir de 02 de março de 2009.

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito (licenciado)
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Rider Nogueira de Brito (licenciado)
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Juiz Douglas Alencar Rodrigues (Convocado)

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Milton de Moura França, Presidente do Tribunal
Ministro João Oreste Dalazen, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Primeira Turma

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

Segunda Turma

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

Terceira Turma

Ministro Rider Nogueira de Brito, Presidente (licenciado)
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Presidente em exercício
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Juiz Douglas Alencar Rodrigues (Convocado)

Quarta Turma

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente
Ministro Emmanoel Pereira
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministro Mauricio Godinho Delgado

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Oitava Turma

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



MILTON DE MOURA FRANÇA
Presidente



JOÃO ORESTE DALAZEN
Vice-Presidente



CARLOS A. R. DE PAULA
Corregedor-Geral



VANTUIL ABDALA



RIDER DE BRITO



ANTÔNIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO
TEIXEIRA MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO JOSÉ
GODINHO DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA

Sumário

TEMA ESPECIAL: SEMINÁRIO 60 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

1. Apresentação	
<i>Rider Nogueira de Brito</i>	19
2. Direitos humanos – sua plena aplicação – esperança da humanidade	
<i>Milton de Moura França</i>	21
3. Os fundamentos filosóficos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: fundamentar como condição para garantir	
<i>Ives Gandra Martins Filho</i>	26
4. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta	
<i>Maria Cristina Irigoyen Peduzzi</i>	36
5. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano	
<i>Lelio Bentes Corrêa</i>	56
6. A Constituição de 1988 e os limites da negociação coletiva	
<i>José Luciano de Castilho Pereira</i>	62
7. A Justiça do Brasil frente aos direitos humanos: universalidade e ambigüidades	
<i>Francisco Rezek</i>	74
8. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão	
<i>Eugênio José Guilherme de Aragão</i>	82
9. Trabalho escravo contemporâneo	
<i>Luís Antônio Camargo de Melo</i>	94
10. Trabalho infantil	
<i>Eliane Araque dos Santos</i>	99
11. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas	
<i>Flávia Piovesan</i>	107

SUMÁRIO

12. O combate à criminalidade sob a óptica dos direitos humanos <i>Cézar Britto</i>	114
13. Trabalho indígena <i>Chistian Ramos Veloz</i>	124

NOTAS E COMENTÁRIOS

TST empossa nova Administração	133
Discurso de posse do Exm ^o Sr. Ministro Presidente Milton de Moura França	134
Discurso do Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho em homenagem à nova Administração do TST	142
Discurso do Exmo. Sr. Vice-Procurador-Geral do Trabalho, Jeferson Luiz Pereira, em homenagem à nova Administração do TST	147
Discurso do Exmo. Sr. Presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto, em homenagem à nova Administração do TST	152
TST participa do “Ciclo Sérgio Viera de Mello”	156

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência temática	161
-------------------------------	-----

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST	251
--	-----

O Tribunal Superior do Trabalho realizou, entre os dias 09 e 12 de setembro de 2008, o *Seminário 60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. A Comissão de Documentação do TST, em face da relevância do tema, organizou este número especial da *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, que traz, nas páginas seguintes, a transcrição das palestras proferidas no referido evento.

**Tema Especial: Seminário 60 Anos da
Declaração Universal dos Direitos
Humanos**

APRESENTAÇÃO

Rider Nogueira de Brito*

Há quase 60 anos – precisamente no dia 10 de dezembro de 1948 –, os estados membros da Organização das Nações Unidas assinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Seus 30 artigos e sete considerações podem ser resumidos numa única expressão: o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O mundo se encontrava, então, ainda em estado de choque, diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, quando o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos, nas palavras da própria declaração, resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. O ser humano precisava, era fundamental, resgatar sua dignidade. Que todos usufríssem de liberdade de expressão, de crença e da liberdade de não sentir medo ou passar por privações. Que estivessem ao abrigo da lei, livres da tirania e da opressão.

Pois bem. Décadas se passaram, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, hoje sexagenária, continua ignorada em grande parte do mundo, pontualmente ou em sua totalidade.

Em todo o planeta, apenas 47% dos países atualmente existentes merecem a classificação de “livres”. No restante do mundo, vive-se em regimes que não têm apreço pela dignidade da pessoa humana e pela democracia. E a democracia, sabemos todos, é o caldo de cultura necessário para que floresça a dignidade humana.

Mas o que aflora, com preocupante regularidade, são as situações de desrespeito. Diariamente, a humanidade é testemunha de que, em algum canto do mundo – muitas vezes mais perto do que podemos supor –, pessoas são tratadas com menos respeito do que animais. Mesmo países historicamente tidos como civilizados e democráticos incorrem em atitudes que desconsideram os postulados da Declaração Universal dos Direitos do Homem – esquecendo-se que o que hoje desrespeita pode amanhã ser o desrespeitado. O mandatário de hoje pode ser o oprimido de amanhã.

* *Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, no biênio 2007/2008.*

DOUTRINA

É, portanto, em boa hora que nos reunimos aqui não apenas para comemorar a existência de um documento que reconhece a grandeza do ser humano, mas sobretudo para reafirmar que os princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade e do respeito devem continuar a ser cultivados. Os direitos fundamentais do homem são prerrogativas das quais são titulares todos os indivíduos, e sua existência, sua validade e seu conteúdo não são objeto apenas de debates de filósofos ou cientistas sociais: eles integram a nossa própria condição humana, e cabe a nós todos, como titulares desses direitos, fazê-los valer, individualmente ou por meio das instituições que representamos.

Aqui estamos, senhoras e senhores, para lembrá-los e exaltá-los!

DIREITOS HUMANOS – SUA PLENA APLICAÇÃO – ESPERANÇA DA HUMANIDADE

Milton de Moura França*

Neste limiar da primavera, uma das mais belas e reconfortantes manifestações da natureza, somos uns privilegiados em participar deste seminário, esperança de compromissos e de efetivas medidas que permitam a homens e mulheres o direito de serem felizes.

Uma reflexão sobre os fantásticos avanços da ciência e da tecnologia demonstra que a inteligência e a capacidade criativa do ser humano alcançaram e alcançarão ainda mais as culminâncias do progresso material em nosso planeta.

Somos telespectadores privilegiados, de momentos extraordinários de desenvolvimento, que bem retratam a evolução de alguns povos e de algumas nações nos planos científico e material.

Mas, se esse desenvolvimento é fato incontestado, não menos certo que milhares de seres humanos, em diversas partes do universo, estão às margens dessa realidade.

Mais do que isso, não usufruem dos mínimos direitos inerentes à sua condição humana.

Daí a pergunta que se faz, por que aqui e agora, como em diversos países e povos, organizações, estatais e privadas, preocupam-se com os chamados direitos humanos?

Qual a razão, se é possível falar-se em racionalidade, da imensa diferença que separa as invejáveis e permanentes conquistas da humanidade, no plano material, da pouca ou inexpressiva participação de milhares de seres humanos, todos à margem desse progresso, na medida em que sequer têm direito à uma vida digna, independentemente de sua etnia, raça, sexo, condição social, econômica, ideológica, cultural, política, religiosa, etc...?

A mídia, nacional e internacional, diariamente traz imagens e notícias que deveriam sensibilizar todos os homens de bem para a busca de medidas

* *Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

capazes de extirpar ou pelo menos minimizar a chaga da desigualdade, que compromete o desenvolvimento e ceifa as aspirações de milhares de pessoas.

Pessoas que não têm como atender suas necessidades básicas: comer, beber, vestir, calçar, ter moradia, água, luz, educação e direito à saúde; crianças que deveriam estar, assim como estão nossos filhos, em escolas e, no entanto, são induzidas, por necessidades as mais diversas, ou quando não coagidas ao trabalho; que, lamentavelmente, mendigam nas ruas e com frequência atuam como soldados em guerras fratricidas e no tráfico, além de exploradas sexualmente, sem opção, servindo de escudos a adultos e organizações dedicados ao crime; mulheres que, sem liberdade e sem perspectivas de uma vida decente, sofrem violências e quase sempre executam serviços incompatíveis com sua natureza e recebem remuneração aviltante; cumprem jornada de trabalho extremamente excessiva, e que, não raro, são forçadas a vender o corpo e a praticar crimes, porque submissas e sem a possibilidade de fugir das organizações criminosas, que as destroem física e moralmente; povos e nações que têm seus lares violados e destruídos e sua gente colocada em condição servil e até mesmo de escravidão, sempre em nome e/ou pretexto da “defesa” da economia, da segurança, da supremacia política, ideológica, religiosa, étnica e tantas outras motivações menos dignas e incompatíveis com a liberdade, direito imanente e inalienável de homens e mulheres, verdadeiro patrimônio da humanidade.

Essas considerações não retratam pessimismo, mas o dia-a-dia de imensa parcela de seres humanos que clamam, em todo o mundo, pelo direito de viver com um mínimo de dignidade.

Por isso mesmo, aqui e agora, como em todo o planeta, estão em curso iniciativas que demonstram sincera preocupação com o pleno desenvolvimento do homem. Há pessoas e organizações das mais diversas origens e natureza que acreditam na convivência entre povos e nações, que respeitam os grupos étnicos, porque conscientes que é possível caminhar de mãos dadas, na busca da felicidade, na mais ampla realização dos direitos humanos.

Sublime objetivo que será alcançado, deixando de ser um mero compromisso, uma utopia, quando tivermos plena consciência e sensibilidade para mudar, combatendo com vigor a intolerância que compromete as relações entre os homens e impede seu acesso aos bens da vida.

Mais do que a intolerância, se por si só já não fosse um flagelo, é preciso combater a excessiva vaidade, que tolhe a capacidade de raciocinar e leva, não raro, povos e nações a conflitos dolorosos que refletem no seu desenvolvimento e inviabilizam as legítimas aspirações de seus filhos.

DOCTRINA

Desenvolver a capacidade de compreensão, para respeitar aqueles que se mostram contrários ao nosso modo de pensar e agir, ciente de que cada um de nós tem sua própria concepção de vida e de desenvolvimento, é respeitar os direitos humanos.

Mais do que respeito, é um ato de fraternidade, que permite uma convivência harmoniosa, capaz de produzir profundas mudanças de pensar e agir em prol da paz e da prosperidade que devem ser usufruídas por todos.

Podemos, igualmente, participar, como magistrados, procuradores, advogados, servidores, dessa gratificante cruzada em prol da verdadeira cidadania, executando nossos trabalhos com profissionalismo, responsabilidade e, sobretudo, dedicando os nossos melhores esforços para atender, com urbanidade e competência, àqueles que procuram o Estado-Juiz.

Seja na área penal, seja na civil, seja na trabalhista, que o nosso compromisso esteja intimamente ligado à preocupação de restabelecer a ordem jurídica ameaçada ou violada, porém sem a destruição daqueles que, por circunstâncias várias, cometeram desatinos ou inadimpliram com obrigações que, de livre e espontânea vontade, portanto, conscientes, legitimamente contraíram.

É preciso que sejamos parcimoniosos na “tinta”, utilizando-se o estritamente necessário para a correção daquele que errou e, tanto quanto possível, em ressaltar sua condição de ser humano que caminha com dificuldades neste mundo.

E nessa tarefa, complexa e edificante, não se deve, igualmente, olvidar aqueles que foram vítimas, e não raro suas próprias famílias, das mais diversas modalidades de ilícito, que lhes acarretaram a dor, o sofrimento, as angústias e os traumas.

A punição, portanto, deve ter sentido pedagógico e não destrutivo, sob pena de retirarmos do ser humano a capacidade de melhorar e ter esperança.

A verdadeira justiça, e portanto a garantia do exercício pleno da cidadania, uma das vertentes dos direitos humanos, é assegurar o tratamento isonômico a todos que buscam seu direito ameaçado ou violado, observadas as peculiaridades e as proteções já definidas na normatização do País, sem perder a caridade.

Caridade que se identifica como processo de somar virtudes, aparar as desigualdades, levantar os que faliram, porque deficientes em valores mais nobres e relevantes, sempre no objetivo de reconduzi-los à prática de atos compatíveis com os direitos humanos.

DOUTRINA

É preciso, pois, que tenhamos em mente que o Judiciário tem por dever cumprir as leis e aplicá-las segundo parâmetros que o ordenamento jurídico constitucional e legal lhe impõe.

Por isso mesmo, cumpre ao magistrado, até mesmo para evidenciar o respeito mútuo que deve nortear as partes em juízo, ressaltar a imperiosa necessidade de que adotem um comportamento ético, acompanhado da boa-fé no exercício do direito de ação e de defesa.

Se relegarmos ao alvedrio esse nobilíssimo objetivo, homens e mulheres estarão mais encorajados à prática de ações que não contribuirão para o seu aperfeiçoamento, mas certamente as encorajarão a desrespeitar os direitos humanos.

Direitos humanos que, no caso, tem sua origem até mesmo no direito natural, que impõe a cada um de nós, sem prejuízo do direito positivo, o dever de respeitar a normatização albergada em nossa consciência de sermos justos.

Se ainda é necessária a realização de eventos desta natureza, reitere-se, para concitar povos e nações a respeitarem e prestigiarem os direitos humanos, como verdadeira conquista de toda a humanidade, é porque há esperança.

Como ensina Georges Bernanos, “A esperança adquire-se. Chega-se a esperança através da verdade, pagando o preço de repetidos esforços e de uma longa paciência. Para encontrar a esperança é necessário ir além do desespero. Quando chegamos ao fim da noite encontramos a aurora.”.

Estou convicto de que estamos caminhando na conquista da efetiva aplicação dos inalienáveis direitos do ser humano.

Basta uma retrospectiva, no tempo e no espaço, para se constatar a evolução do homem no combate às desigualdades e sua preocupação em ver no próximo um ser que compartilha dos seus mesmos ideais de uma vida digna.

Todo um arcabouço normativo, nacional e internacional, em regimes de plena democracia, está assentado em princípios protecionistas e valorativo de ações que busquem o direito à liberdade, à justiça e à paz no mundo.

É preciso, pois, que todos nós, nos diversos seguimentos da vida nacional de que participamos, estejamos imbuídos de praticar ações que permitam a efetiva aplicação dos direitos humanos.

Se há retrocessos, e os há, não devem eles causar perplexidade e muito menos desânimo.

Devemos debitá-los ao nosso incontido e imediato desejo de conseguir a felicidade plena, esquecendo-se, muitas vezes, de que o caminho do

DOCTRINA

aperfeiçoamento exige sacrifícios, compreensão e, sobretudo, perseverança, virtudes que ainda não tocaram, em sua plenitude, o coração do homem.

Por conseguinte, homens e mulheres que ainda não conseguiram alcançar o mínimo e desejável grau de desenvolvimento e de felicidade, e que sofrem as mais diversas privações, sem acesso à plena existência e às benesses que a vida pode e deve lhes assegurar, um dia estejam abrangidos pela efetiva aplicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, livrando-se de toda forma de tirania e agressões, é a esperança que deve mover cada um de nós.

ENCERRAMENTO

Em nome do Tribunal Superior do Trabalho, quero agradecer a todos que participam deste seminário.

Os ilustres conferencistas, os seus idealizadores, os servidores e, sobretudo, a seleta platéia de participantes.

A presença das senhoras e dos senhores emprestou singular brilhantismo ao seminário e, mais do que isso, renovou, em cada um de nós, a certeza de que, felizmente, não são poucas as pessoas comprometidas com o destino de nossos semelhantes.

A presença de todos é uma renovação da esperança em um mundo melhor.

OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTAR COMO CONDIÇÃO PARA GARANTIR

Ives Gandra Martins Filho*

Quando o Ministro Lelio Bentes Corrêa me fez o convite para proferir palestra neste seminário, achei que seria interessante abordar a parte filosófica dos direitos humanos. Por quê? Porque me chamou muito a atenção uma expressão de Norberto Bobbio, em seu livro *a Era dos Direitos*, que dizia: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Como se justificar não fosse importante, como se isso fosse coisa do passado, e que agora se trata de garantir a todos os homens esses direitos. Antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, já havia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada em 1789, durante a Revolução Francesa.

Pois bem, passados mais de dois séculos, o que nós vemos? Esses direitos estão efetivamente garantidos? Depois de 2 séculos da declaração francesa, depois de 60 anos da declaração da ONU, nós vemos tantos descumprimentos desses direitos humanos que eu inverteria a afirmativa de Norberto Bobbio. Talvez a resposta esteja exatamente no fato de que o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje não seja tanto o de protegê-los, mas o de fundamentá-los. Se não soubermos dar um fundamento sólido aos direitos humanos, não estaremos dispostos a garanti-los, não estaremos dispostos a vivenciá-los. Assim, direciono a todos vocês a pergunta que, na verdade, é aquela que vocês me fariam: Por que fundamentar? Eu quero é garantir. E eu responderia: Só se respeita espontaneamente, sem necessidade de força, sem necessidade de coação externa do Estado, ou coação externa do Exército, de forças armadas, ou o que seja, aquilo em que se confia e acredita.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília.*

DOUTRINA

Eu acredito efetivamente nesses direitos, e mais, eu entendo as razões dessas normas, entendo por que eu devo respeitar o direito do outro. E mais, eu vejo a vantagem pessoal e social no reconhecimento desses direitos. Porque muitas vezes nós poderíamos dizer: o que eu ganho com isso, em respeitar o direito do outro? Será que eu ganho alguma coisa? Nesse sentido Aristóteles tinha a resposta. Ele tentava demonstrar a vantagem pessoal que cada um de nós tem ao viver os princípios éticos fundamentais. Há muitos e muitos anos, há praticamente 2500 anos, Aristóteles escrevia um opúsculo chamado *Ética a Nicômaco*, ou seja, ele dedicava ao pai dele, Nicômaco. Ele traçava algumas diretrizes de princípios do que seria a ética. Todos nós estamos cansados de reclamar da corrupção que grassa por aí, da violência que grassa por aí, e como é que podemos chegar a uma sociedade em que se respeite a ética, em que se respeitem esses valores humanos fundamentais? Partindo, em primeiro lugar, do reconhecimento da natureza humana como uma natureza racional e, a partir da observação da natureza humana, como é que o homem se comporta, em que ele é mais humano em relação ao animal. Aristóteles seguia uma linha de raciocínio em que se utilizava de outro pensador, que era um misto de médico e filósofo, Hipócrates. Hipócrates dizia que a natureza age finalisticamente. O que significa isso? Se nós observarmos, qualquer parte, qualquer órgão nosso tem uma finalidade. Se eu me alimento, o estômago vai processar aquilo, o intestino vai processar, extrair o que é necessário. Cada planeta segue uma órbita. Se observarmos uma planta, ela faz fotossíntese e vai crescendo de um jeito ou de outro. Tudo o que existe na natureza procura o seu fim. E o que nós vemos efetivamente? A medicina, por exemplo, o que ela faz? Hipócrates era um médico. E existindo uma finalidade desse órgão, como ele pode funcionar bem?

Na verdade, quando falamos de direitos humanos, falamos de direitos que decorrem diretamente da natureza humana. Se eu entender o que é o homem, como funciona o homem, eu vou fazer com que o homem atinja todas as suas capacidades, todas as suas potencialidades. Agora, se eu não souber como ele funciona, o que vai acontecer? Eu, como ser humano, como pessoa humana, vou usar de mim mesmo mal, a sociedade vai estar funcionando mal.

Ouvi, outro dia, um exemplo que me chamou muito a atenção. Uma pessoa que pega um paquímetro (quem não sabe, paquímetro é esse instrumento de medição que parece um martelinho, você aumenta ou diminui) e tenta usá-lo como martelo não vai conseguir pregar prego algum, e ainda vai arrebentar esse paquímetro. Pois bem, muitas vezes pelo desrespeito aos direitos humanos fundamentais, ao não conhecer a natureza humana, nós acabamos usando mal o próprio ser humano. Acabamos fazendo com que o convívio social seja um inferno, ao invés de ser um paraíso na Terra, é um inferno na Terra.

DOCTRINA

É interessante que há dois filósofos que são contraponto um do outro: Lévinas e Sartre. Sartre, nas suas obras, tinha uma frase muito interessante em que ele dizia: “o inferno são os outros”, o que inferniza minha vida é o convívio social. E Lévinas dizia exatamente o contrário: “o paraíso são os outros”. Exatamente as relações, os amigos que eu tenho, aquilo que eu tenho de mais precioso, o patrimônio que cada um de nós tem são os seus amigos. Agora, para ter amigo, é preciso essa doação, esse conhecer o que é possível, otimizar o convívio social.

Pois bem, da natureza humana, o que nós percebemos? Se a natureza humana é racional, o que nos distingue dos animais é exatamente a razão; uma alma espiritual, não simplesmente uma alma animal, que é uma alma puramente sensitiva e que não tem essa racionalidade. Aquilo que mais caracteriza a ética é a vivência das virtudes. Aristóteles, nesse livro, vai traçar um quadro das virtudes que são o bem adequado ao ser humano. O que significa isso? O que mais caracteriza o homem não é a força física, o animal tem força física, é a força da virtude, é a força de vontade, é o autodomínio da razão sobre os instintos. O animal não tem domínio sobre os instintos, o homem sim, e ele vai dirigindo seus instintos para aquilo que é o bem pessoal e o bem da sociedade.

As quatro virtudes cardeais: prudência, justiça, fortaleza, temperança. Nas aulas que demos na escola da magistratura, quando falamos das virtudes dos magistrados, o que falamos? Das quatro virtudes cardeais; o magistrado tem que fazer justiça, com prudência, decidindo quem tem o direito, sem ceder a duas tentações: que são a tentação do medo e do desejo. Através da virtude da fortaleza, ele vence o medo de dar o direito àquele porque pode ser pressionado pela mídia ou pode ser pressionado por qualquer outro tipo de pressão. Ou então quebrar a sua imparcialidade porque ele deseja, por falta da virtude da temperança, agradar a esse ou àquele. Pois tudo isso é tratado no livro *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles.

Pois bem, esse bem adequado, quando vivenciado pelo homem, leva à excelência moral. Esse ideal de perfeição do homem não está ligado à força física, mas exatamente a essa excelência moral. Quando dizemos: fulano é um homem bom, esse “bom” significa quem tem essa bondade moral, que é muito mais importante do que qualquer outro valor. E, por último, é exatamente essa excelência moral e essa virtude que vai levar o homem à felicidade. Toda ética aristotélica é uma ética eudemonológica; essa palavra grega significa uma ética voltada à felicidade. Descobrir através da ética quais os comportamentos que podem levar à felicidade pessoal e otimizar o convívio social.

DOCTRINA

Fundamentalmente, falar de direitos humanos é falar daquilo que, em relação ao homem, pode efetivamente otimizar o convívio social porque diz respeito àquilo que vai trazer vantagem a todos. Não é aquela visão utilitária de Jeremy Benton, filósofo já moderno que dizia que o objetivo do Estado era conseguir a maior felicidade do maior número. Os antigos diziam: ‘o bem comum é conseguir dar condições de segurança, os bens necessários à vida a todos’. Dar as condições mínimas a todos para que cada um atinja seu fim pessoal. Então, se 51% da sociedade estão bem de vida está ótimo, o Estado cumpriu sua missão. Aqui não estamos falando de maioria, estamos falando de algo que tem que abranger a todos; não pode haver excluídos. Então essa era a visão clássica. Aristóteles escreveu livros de política exatamente nessa linha, seguindo seus mestres Platão e Sócrates.

Dando uma visão panorâmica das várias correntes que temos hoje, e comparando uma com outra, como podemos conjugar algumas para fundamentar os direitos humanos fundamentais. A mais antiga é a do jusnaturalismo. Em relação ao jusnaturalismo, é preciso fazer uma distinção básica: o jusnaturalismo calcado na vontade divina, que muitas vezes é dito como o jusnaturalismo e não é, e aquele que é calcado na natureza humana. Enquanto Santo Agostinho falava que os homens têm direitos naturais e que Deus assim os outorgou, São Tomás de Aquino dizia que, independentemente de Deus tê-los outorgado ou não, se Ele criou a natureza desse jeito, basta observar a natureza que eu posso inferir esses direitos, então não preciso recorrer a Deus. Nessa linha seguem dois autores modernos cuja leitura eu recomendo: Johannes Messner, um austríaco que escreveu *O direito natural*, cuja edição brasileira recebeu o título de *Ética social*, e John Finnis, que é escocês, e também tem se dedicado muito a essa área do direito natural.

Nós temos o juspositivismo, calcado antigamente em Kant, e mais modernamente em Kelsen e Bobbio, que dizia: o que fundamenta os direitos humanos é o dever moral – equiparam-se direito e ética –; é algo que tem que ser reconhecido pelos Estados porque é um mínimo ético que não podemos desconhecer. Bobbio e Kelsen, na mesma linha: só há direito natural quando há reconhecimento por parte do Estado. É o positivismo jurídico. Há uma terceira linha de argumentação, de fundamentação, que é o chamado contratualismo. Nós temos basicamente Rousseau e Robbes falando do contrato social, que não é muito diferente da teoria de Habermas e de Rawls. Aqui temos Jürgen Habermas, alemão, e temos John Rawls, inglês, ambos defendendo, no fundo, que o direito humano será aquilo que nós convencionarmos ser direito do homem. Então me pergunto: só teremos os direitos que nós combinarmos que vamos ter? Ou os direitos estão ínsitos na própria pessoa humana.

DOCTRINA

E, por último, temos a linha do historicismo sociológico, de Savigny, de Ihering ou de Miguel Reale, nosso conterrâneo, brasileiro, que veem no fundamento dos direitos humanos basicamente o que é o costume de uma sociedade ou o que uma cultura tem, mais ou menos, como direitos humanos fundamentais.

Então vamos esmiuçar um pouquinho para entendermos como cada uma dessas quatro correntes chegou a essa conclusão, e vamos terminar vendo quais os defeitos ou vantagens de cada uma, a fim de tentar compor um fundamento sólido para os direitos humanos fundamentais.

Vamos começar, portanto, pelo jusnaturalismo, que vai falar da existência de uma lei natural e de um direito natural que decorre dessa lei natural. O que seria a lei natural? (Nós não estamos falando de Declaração Universal dos Direitos Humanos? O Seminário 60 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos? Em 1948 houve essa declaração). Pois bem, se quisermos lá atrás na história, qual a mais antiga Declaração Universal dos Direitos Humanos? O Decálogo. Quando diz não matar, não adulterar, não roubar, não mentir. Experimentem tirar qualquer um desses quatro direitos do outro, isso que eu não posso fazer é o direito do outro, se eu otimizoo o convívio social – isto é, agora todo mundo pode mentir – sem dizer que pode, você lê o jornal e já desconfia de quase tudo, imagine se dissesse que agora vale tudo. E assim por diante.

Exigimos um mínimo de condições de vivência, de segurança. Imaginem se fizessemos como os sofistas, do tempo de Aristóteles, do tempo de Sócrates, que diziam que o direito natural era o direito do mais forte sobre o mais fraco. Ora, se a natureza fez os mais fortes e os mais fracos, o natural é que o forte prevaleça sobre o fraco. Isso aí não é estado de direito, isso é estado da força. Se nós queremos um estado de direito, o mínimo é garantir a vida, a liberdade, a igualdade. Pois bem, para fundamentar esses direitos humanos, nós tivemos duas posturas: a de Santo Agostinho, segundo o qual a garantia da autoridade dos dez mandamentos, desse conteúdo ético mínimo, é a revelação divina; Deus disse que é assim e nós vamos viver dessa forma. É interessante ver como o próprio Kant segue um pouco nessa linha, porque ele diz no seu livro *Crítica da razão pura*: eu não posso conhecer a realidade externa a mim mesmo. Se Deus existe, se a minha alma existe e se o mundo exterior a mim existe, eu não posso demonstrar. Isso aí é unômeno, eu só sei aquilo que me aparece, o fenômeno. Na *Crítica da razão prática*, o que ele diz? Aquilo que não posso demonstrar, que não posso conhecer, eu tenho que admitir, porque sem Deus, sem alma e sem mundo, não existe ética, na visão de Kant. Ética supõe um comportamento em relação a outros, supõe eu ter uma alma que tem obrigações morais. Por outro lado, quem garantiria tudo na visão de Kant seria Deus.

Quando nós falamos de fé geralmente pensamos na fé religiosa. Eu diria que 80% dos atos que praticamos no dia-a-dia são atos de fé, porque a fé é admitir como verdadeiro algo não porque entendo que é assim, não porque eu vi, não por uma evidência, mas porque alguém que tem autoridade me disse que é assim. Portanto, se eu leio um jornal, eu confio nesse jornal ou não confio? Se eu confiar, eu tenho como verdade aquilo que me está sendo dito. São Tomás de Aquino disse que, para aqueles que têm fé, basta a revelação. Quem não tem fé, então que vá observar a natureza humana, que você vai conseguir inferir esses mandamentos. São Tomás de Aquino tem dois livros para duas finalidades; as duas grandes obras de São Tomás de Aquino são *Suma teológica*, para aqueles que têm fé, e *Suma contra gentilis*, em que ele vai argumentar no terreno do outro. Se você não tem fé, então, em minha argumentação, não posso usar verdade de fé, eu tenho que usar verdade de observação da natureza.

O maior erro que hoje se comete em relação ao jusnaturalismo tomista é equipará-lo ao jusnaturalismo agostiniano, quando a base dele é totalmente diferente. Nós vamos inferir os direitos humanos fundamentais a partir da observação da natureza humana. Tanto que os modernos tomistas seguem exatamente nessa linha – Johannes Messner, Michel Villey, Javier Hervada, John Finnis. Vejamos como seria essa observação para São Tomás de Aquino. Ele diz o seguinte: se é por observação que eu vou inferindo os direitos humanos fundamentais, essa descoberta é paulatina, ela vai evoluindo com a história. Tanto que ele diz numa das questões de uma das suas Sumas: o direito natural é mutável? Ele diz que sim, o direito natural é mutável mas só por adição. Eu descubro, com o passar do tempo, que essa conduta é também exigível como uma conduta de direito natural. Significa que é uma conduta que passa a ser um direito humano reconhecido, porque eu vejo que efetivamente é necessária para a sobrevivência da sociedade.

Então nós temos, desde aquela primeira declaração dos direitos humanos fundamentais, o Decálogo, sobre o qual eu diria que não é uma obrigação só para judeus e cristãos, é uma obrigação para todos os homens, porque diz respeito à natureza humana, que é a mesma de um grego do século V antes de Cristo da de um chinês da Olimpíada de 2008. Todos temos a mesma natureza. Quando lemos, hoje, uma tragédia grega ou uma comédia grega, aquilo não nos toca a alma? Se nos toca, é porque temos a mesma natureza, senão aquilo não nos diria nada; e nós choramos e rimos da mesma forma. Nós tivemos a declaração francesa, na Revolução Francesa, e temos atualmente os *human rights* reconhecidos a partir de 1948. Se observarmos, a evolução foi grande.

DOCTRINA

Nós falamos em diferentes gerações de direitos humanos reconhecidos. A primeira geração é aquela declarada na Revolução Francesa – vida, liberdade, a própria igualdade, a propriedade, como direitos que o Estado tem que respeitar. Na segunda geração – igualdade, saúde, educação, trabalho – o Estado já tem que dar uma prestação positiva, dar condições a todos de terem esses direitos. A terceira geração – paz, segurança, meio ambiente, que dizem respeito a essa fraternidade, direito do menor, direito dos idosos – decorrem exatamente dos direitos de primeira geração. Por que se chegou, por adição, à conclusão de que se deve zelar pelo meio ambiente como direito humano fundamental? Porque se nós comprometermos o meio ambiente de tal forma que comprometa a vida de outras gerações do planeta, estamos afetando um direito primário, um direito de primeira geração, que é o direito à vida.

Eu digo muitas vezes que há uma hierarquia nos direitos humanos. Se nós deixarmos de respeitar, de defender com unhas e dentes, o direito à vida, o resto é perfumaria. No momento em que não defendo a vida, desde a concepção até a morte, eu relativizo a vida inocente. Até São Tomás de Aquino admitia a pena de morte, porque admitia que a simples existência daquele que praticou o ato de tirar a vida do outro continua comprometendo a vida dos outros. Admite-se assim, em tese, a possibilidade da pena de morte. Nós sabemos que são poucos os Estados que ainda mantêm a pena de morte, e cada vez vamos tentando fazer com que não haja mais pena de morte. Na esfera do erro judiciário, por exemplo, não se pode retroceder em caso de uma pena de morte. Quando se discute a questão do anencéfalo, o dia em que se admitir tal tipo de aborto, a taxa de crianças com anencefalia vai subir exponencialmente, porque quem não quiser ter um filho vai arranjar um atestado de gravidez anencéfala para poder abortar. Pesquisa recente de *O Estado de São Paulo* apontou que 83% da população brasileira é contrária ao aborto dos anencéfalos e só 17% a favor.

Existe um filme que eu recomendo vivamente, chama-se *Julgamento de Nuremberg*. Vamos tratar um pouquinho do julgamento de Nuremberg aqui na palestra. No filme, de 1961, é julgado o Poder Judiciário nazista, que é condenado, porque a desculpa que os juízes alemães sempre deram foi a de que simplesmente aplicaram a lei em vigor em seu país. Argumentaram que Hitler assumiu o poder através do voto popular, o Reichstag editou as leis e os juízes simplesmente as aplicaram. Mas mandar esterilizar todo mundo, mandar fazer a eugenia para preservar a raça ariana, mandar os judeus aos campos de concentração, isso aí vocês não perceberam que ia contra algo de muito precioso, que é a vida humana, a pessoa humana, a dignidade da pessoa humana? Então chegou a um momento do julgamento em que um dos juízes que está sendo

condenado reconhece que tinha até traído o seu juramento de defender esses direitos. Termina o julgamento, ele é condenado à prisão perpétua e pede para falar com o presidente da Corte que o condenou. Ao falar com o presidente da Corte, ele diz: “Eu queria lhe dizer que o senhor tem o respeito de pelo menos um dos condenados; eu acho que a sentença foi justa; eu, realmente, pelo que fiz, mereci essa condenação. Agora, eu queria que você também compreendesse uma coisa – em nenhum momento nós imaginamos que poderia chegar *àquilo*”. E o que era “aquilo”? Eram os filmes exibidos, durante o julgamento, sobre os campos de concentração alemães. Sabem o que o juiz americano respondeu? No dia em que você condenou o primeiro inocente, você começou a trilhar o caminho que chegou *àquilo*. No momento em que nós relativizamos os direitos humanos, principalmente o direito à vida e os direitos mais básicos, a partir daí nós começamos a trilhar o caminho que vai nos levar a um *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, a um campo de concentração, a Estados totalitários.

Vou passar mais rapidamente às outras escolas porque muito do que vou apresentar já é basicamente de conhecimento pelo menos daqueles que fizeram Filosofia do Direito. Quais são os dois fundamentos básicos do contratualismo? Jean Jacques Rousseau dizia que o homem é bom por natureza e que, se nós quisermos potencializar nossas capacidades, devemos nos unir naquilo que ele chamou de *contrato social*. Ele diz que o homem vive independente por natureza, é bom, mas se une para potenciar as suas capacidades no contrato social. Thomas Robbes já era mais pessimista; ele dizia que o homem é mau por natureza e, para evitar a guerra de todos contra todos (“o homem é o lobo do homem”), o que temos que fazer é o contrato social. Quem contrariava os dois era Aristóteles, no passado, que dizia que o homem é um ser social por natureza, o homem é político, nós já nascemos numa família. Habermas, no seu livro *Conhecimento e interesse*, vai sustentar a teoria consensual da verdade, ou seja, a verdade não é o que Aristóteles dizia – a adequação entre a realidade e o intelecto. O que é a verdade? A verdade surge quando nós, observando a realidade, formamos uma idéia da realidade que bata com o que a realidade é. Se a realidade é aquilo que eu estou pensando, eu vou agir bem.

Vejamos rapidamente o juspositivismo, que todos nós conhecemos, baseado fundamentalmente em Hans Kelsen. Nele, tem-se a teoria da pirâmide jurídica partindo da Constituição, todos os direitos decorrem da Constituição. Não se quer saber como a Constituição foi feita, isso é o que Kelsen chama de direito puro, só direito. Não se quer saber de influências políticas. Ele equipara o direito à lei. E as influências à Constituição, as fontes materiais à Constituição? Isso aí é uma norma hipotética fundamental, abstração que não interessa – se a lei é justa ou não. Por último, nós temos o historicismo sociológico de um

Savigny, que vai dizer que o direito é igual ao costume social, ao costume de cada época. Escolhi alguns autores só para contrastar. Na verdade, o que Savigny está dizendo é aquilo que Ortega y Gasset vai dizer mais modernamente: o homem não tem natureza, tem história. Aristóteles diz que a natureza humana é a mesma no tempo e no espaço, quer dizer, um chinês tem os mesmos direitos humanos que eu, porque é a mesma natureza humana, não há possibilidade de discriminação por ser japonês ou negro ou índio – a natureza humana é a mesma. Então não é história; tem natureza. Se partirmos para a postura de que não há natureza, nós caímos no relativismo.

Miguel Reale foi quem prefaciou meus livros de filosofia, mas encontrei uma foto dele da época em que ele era integralista, chegou a ser integralista e ele defendia uma postura do chamado culturalismo, em que o direito era fruto de cada época. Ele tinha sua famosa teoria tridimensional do fato, valor e norma. Você pega um fato social, atribui um valor e cria a norma. O culturalismo tem um pequeno defeito que foi bem apontado, muito antes de Miguel Reale, qual seja, que os valores estão inseridos nas próprias coisas, dizia o Max Scheeler. Max Scheeler tinha um livro criticando Kant por relativismo, em que dizia que a ética não pode ser só uma ética formal, ela age, em cada momento, de tal forma que o agir possa ser utilizado como regra universal. Se não quero que alguém faça isso comigo, então não vou fazer. Assim, estabeleço isso como regra universal. Mas, de repente, posso fazer isso de um modo e você fazer de outro. Quando nós temos um princípio meramente formal, cada um vai criar o princípio do seu jeito.

Frutos do juspositivismo, o que nós tivemos? Se o direito é igual à vontade popular, consenso da sociedade ou vontade da maioria, se direito é igual a poder, essa vontade popular conduziu os nazistas ao poder, a vontade popular deu-nos a Alemanha nazista. Em 1933, o Partido Nacional Socialista assume o poder pelo voto popular, Hitler passou a chanceler do Reich. O direito passa a ser igual à lei promulgada pelo Führer: não interessa mais se a lei é justa ou injusta, se atenta ou não contra os direitos humanos, o que interessa é que é lei. O que temos como fruto? Os campos de concentração. Nós tivemos o julgamento de Nuremberg e uma das coisas mais interessantes que, pra mim, é o paradigma do fim do juspositivismo e renascimento do jusnaturalismo. No momento em que houve a necessidade de criar o Tribunal de Nuremberg, não havia normas estabelecendo crimes contra a humanidade, não havia nenhuma norma positivista. Nós temos um princípio em matéria penal – *nulum crimen, nula poena sine lege* (nenhum crime sem lei anterior) – não havia lei anterior. E qual foi o consenso? Que os crimes praticados foram contra a humanidade. Não precisamos de uma norma anterior; foi redigida uma Carta e cada um que

DOCTRINA

se enquadrava naqueles crimes era condenado. Essa Carta foi feita posteriormente, mas era uma Carta declarativa, não constitutiva; declarativa de direitos anteriores. Tanto que, em matéria de direitos humanos, nós não temos constituições, temos declarações. Declaração é de algo já existente. Portanto, o julgamento de Nuremberg é uma das manifestações mais claras de que os crimes contra a humanidade independem de prévia lei positiva, é um reconhecimento do direito natural.

Termino minhas considerações tentando dar uma resposta àquela pergunta inicial: como fundamentar, quais seriam os fundamentos da ordem jurídica? Em primeiro lugar, naquele que diz respeito a um núcleo mínimo de direitos humanos, o direito natural. Todos os demais direitos, que são aquilo que chamamos de direito positivo, essas normas primárias constituem os direitos fundamentais: essas normas secundárias, os demais direitos. Todos os direitos humanos que não forem respeitados por uma determinada sociedade seriam aquela parte do direito natural que está fora do círculo dos direitos positivos. O fundamento dos direitos humanos básicos, do direito natural, é a natureza humana, e o fundamento dos demais direitos é exatamente o contrato social, o consenso. Portanto, aí temos os dois fundamentos dos dois tipos de normas – primárias e secundárias.

Por que eu devo seguir uma determinada norma legal? Porque eu entrei em acordo em que ela seria essa. Se eu combinei que seria assim, então agora devo cumprir o pacto que eu assinei. Ou o pacto que assinei ao viver numa democracia direta do tempo dos gregos ou um pacto que eu admito ao votar nos representantes da nação que vão fazer as leis. Se eu participei do processo eletivo, eu tenho que obedecer às leis. No caso dos direitos humanos fundamentais, nós temos o princípio básico que é o da dignidade humana. Ou seja, só há dignidade humana se se reconhecem esses direitos ínsitos à pessoa humana. Essas eram as considerações que me cabia apresentar para tentar fundamentar, da melhor forma possível, os direitos humanos.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFICÁCIA CONCRETA

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*

1 – INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, tem na dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos e mecanismo de efetivação dos ideais da democracia.

A crescente aplicação do princípio, quer para colmatar lacunas jurídicas, quer para dar efetividade a direitos assegurados pela lei ou pela Constituição, revela a importância de compreender a sua normatividade, buscando coerência na interpretação do Direito. Nessa perspectiva, é relevante que o princípio da dignidade da pessoa humana seja concebido a partir de um estudo adequado do significado que ele atingiu com o Estado Democrático de Direito.

Para esse objetivo, optamos pela abordagem do direito como integridade, que, entre outros fatores, destaca a importância do princípio da segurança jurídica na atividade interpretativa e criadora do juiz. Como esclarece Menelick de Carvalho Netto:

“no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.”¹

* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho e Presidente Honorária da Academia Nacional de Direito do Trabalho; Mestre em “Direito, Estado e Constituição” pela Universidade de Brasília.*

1 CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova Série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre 1998, p.245.

DOUTRINA

De acordo com Jürgen Habermas, “para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente.”² Para isso, Habermas propõe dois parâmetros para a prática jurisdicional: o princípio da segurança jurídica e a pretensão à legitimidade da ordem jurídica. Nesse sentido, adquirem relevância os chamados argumentos de princípio, porquanto, como esclarece, “somente os argumentos de princípio, orientados pelo sistema dos direitos, são capazes de conservar o nexos interno que liga a decisão no caso particular com a substância normativa da ordem jurídica em seu todo”.³

A partir desse contexto, é necessário situar o princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva de uma construção histórica, e, não, simplesmente, adotar o entendimento de que constitui um super princípio, compreendido até como mais relevante que os demais. A sua utilização indiscriminada pelos tribunais contraria, entre outras, a exigência de segurança jurídica, fundamental no paradigma do Estado Democrático de Direito e a argumentação valorativa – freqüentemente adotada pelos Tribunais e defendida, na doutrina, entre outros, por Robert Alexy e Ingo Sarlet – contém elementos de conteúdo individualizante, que podem retirar a importância histórica e constitucional, assim como a própria normatividade do princípio.

A teoria da integridade exposta pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, de interpretação do texto constitucional, baseia-se em princípios, pelo prisma dos fundamentos do direito, aprofundando o estudo da aplicação das normas jurídicas. Para tanto, o julgador deve levar em consideração o conteúdo das decisões pretéritas, buscando, a partir do caso concreto, ver como se poderia manter íntegro o desenvolvimento do direito, inclusive para o futuro.

A abordagem do direito como integridade evitaria uma atuação discricionária do julgador, que deve buscar proferir uma decisão conforme ao que determina o Direito. A teoria de Dworkin fundamenta-se em princípios, vistos como normas, de natureza obrigacional, propiciando uma reconstrução racional do passado para possibilitar, na atualidade, aplicar o direito com o sentido de perenidade. Conforme Dworkin:

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Vols. I e II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.246.

3 HABERMAS: idem, p.258.

“o princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”⁴

O objetivo deste estudo é identificar hipóteses relevantes em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi aplicado como justificativa da decisão judicial, distinguindo os argumentos de valor dos argumentos de princípios, até para possibilitar uma reflexão acerca dos limites impostos à atividade jurisdicional pela Constituição da República, expondo algumas conclusões acerca da eficácia normativa concreta do próprio princípio, a ser interpretado em sua premissa deontológica, íntegra e cidadã.

2 – EXAME DE CASOS CONCRETOS RELEVANTES

2.1 – Acórdãos do TST que deram aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Reintegração de portadores de HIV. Indenização por dano moral. Reconhecimento do direito a salários e FGTS aos empregados públicos admitidos sem concurso

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, há vários exemplos demonstrativos de que sua aplicação, com essa finalidade, é reiterada: 1) o ERR-439.041/1998, em que se afirmou que “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 de vírus HIV estabilidade no emprego”⁵; 2) o A-E-RR-818/2002-017-02-00.3, em que se alegou que, “*não obstante ainda não tenha sido promulgada lei específica* relativa à garantia de emprego do portador do vírus HIV, a interpretação dos princípios constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa

4 DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.272.

5 Relator o Min. João Oreste Dalazen, DJU de 23.05.2003.

humana e à igualdade justificam a ordem de reintegração, desde que caracterizada a dispensa arbitrária e discriminatória⁷⁶.

Nos autos do RR 1631/2005-052-11-00.8 justificou-se a condenação no recolhimento dos depósitos do FGTS em hipótese de contrato nulo, por ausência de concurso público, no princípio da dignidade da pessoa humana. Também no ED ERR 615944/1999.9 justificou-se o entendimento expresso na Súmula 363 no mesmo princípio.

No RR 792/2005-015-10-00, fundamentou-se no princípio da dignidade da pessoa humana a condenação imposta, originariamente pelo TST, de pagamento de indenização por dano moral a trabalhador que teve justa causa desconstituída em juízo, porque a ele atribuída falta capitulada como crime (furto), gerando o direito a reparação por danos morais arbitrados em R\$ 25.000,00, nos termos do pedido.

No âmbito de outros Tribunais da Federação, o princípio da dignidade da pessoa humana também é continuamente empregado. São exemplos, no Supremo Tribunal Federal, o HC 89.176/PR e o HC 85.327/SP, em que ficou assentado que “o direito de defesa materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁷”; o HC 86.915/SP, em que se invocou o mesmo princípio para deferir a ordem em razão da duração prolongada da prisão cautelar⁸. No Superior Tribunal de Justiça, no REsp 802.435/PE, sustentou-se que “o direito à indenização por danos morais e materiais a cidadão mantido ilegalmente preso por treze anos, onde contraiu enfermidade grave e cegueira, qualifica o ato estatal de ofensivo à dignidade da pessoa humana”. Exemplo emblemático, na jurisprudência, resultou em condenação ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais), decorrente de ilegal encarceramento, à minguada de condenação em pena privativa de liberdade. Anotou o Relator

6 Relator o Min. João Oreste Dalazen, DJU de 11.04.2006. Podem ser citados também: o E-ED-RR-614.922/1999.6, de minha relatoria, em que se atribuiu determinados efeitos ao contrato de trabalho nulo, à consideração de que, refletindo a tensão existente entre o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da dignidade da pessoa humana, a Súmula nº 363 do TST, aplicada, afirma a nulidade da contratação de servidor público sem concurso público, mas impõe à Administração o dever de pagar o saldo de salário e os valores referentes aos depósitos do FGTS (DJ 12.05.2006); e o RR-750.094/2001.2, relatado pelo Min. Horácio Senna Pires, em que foram invocados princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, para decidir que o empregado estrangeiro (paraguaio) sem documentação regular, por esse motivo, não pode ter declarada a nulidade do contrato de trabalho mantido no Brasil (DJU – 29.09.2006).

7 Relator o Min. Gilmar Mendes, DJU de 22.09.2006 e DJ 20.10.2006, respectivamente.

8 Relator o Min. Gilmar Mendes, julgado em 21.02.2006.

“retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana”⁹.

A partir desses casos concretos, é possível extrair que o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado, nos Tribunais, para os mais diferentes propósitos. A importância que tem adquirido é bastante acentuada, tendo sido empregado como uma justificativa suficiente às decisões. Não se observam críticas ao seu uso indiscriminado. Por outro lado, incomoda o fato de que seu significado alcança as mais diversas interpretações, sem que, no entanto, sejam acompanhadas de compreensão adequada de seu conteúdo. A consequência pode ser a adoção de critérios valorativos do julgador para a decisão do caso concreto.

2.2 – Decisão do STF na ADPF nº 54-8-DF

Ilustrativo é o julgamento, iniciado, pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, versando o tema da interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico. O Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, ao acolher liminarmente o pleito, para determinar “o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto”, fê-lo ressaltando cuidar-se, a um só tempo, “do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana”¹⁰.

9 Relator o Ministro Luiz Fux, que acentuou: “Sob esse enfoque temos assentado que ‘a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. O mesmo raciocínio se aplica no AgRg nos EREsp 796509/RS, quando, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, garantiu-se o fornecimento de medicamentos pelo Estado ao necessitado (DJ 30.10.2006). No EREsp 446077/DF, Relator o Ministro Paulo Medina, a 3ª Seção convalidou situação de fato ilegal, com base na teoria do fato consumado em concurso público, dada a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, boa-fé e segurança jurídica, sobre o princípio da legalidade estrita (DJ 28.06.2006).

10 STF – Decisão-liminar Ministro Relator Marco Aurélio Mello, de 01.07.2004.

DOCTRINA

Em 20/10/2004, por maioria, o Supremo Tribunal Federal referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, e revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional, ocasião em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi interpretado de forma diversa pelos julgadores, quer no sentido vencedor, quer no vencido.

Como prenunciado no julgamento do HC 84.025/RJ, o Supremo Tribunal Federal, em situação meritória idêntica, admitiu estar diante de situações contrapostas, o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada, num sentido estrito, buscando o HC tutelar a liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo na situação especial referida. Apesar de haver sido julgado prejudicado, resulta do voto do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, tratar-se de hipótese de “proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito”, entendendo que, “no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal”.¹¹

Sem dúvida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, apreciou questão constitucional da maior relevância, relacionada ao tema dos direitos humanos e fundamentais.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde ajuizou a ADPF em 17.06.2004. Articulou com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II) e ao direito à saúde (arts. 6º e 196). Apontou como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo integrado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, que objetiva seja interpretado conforme à Constituição para afastar o entendimento de que a interrupção da gravidez do feto sem cérebro constitua crime contra a vida, não consubstanciando, assim, aborto.

Em 20.10.2004, por maioria, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a preliminar de inadequação da ação proposta à luz da Lei nº 9.882/99, pelo Procurador-Geral, que veio, ao final, a ser rejeitada, defrontou-se com questão

11 Acórdão no HC 84.025/RJ – STF – Relator o Ministro Joaquim Barbosa.

DOCTRINA

apresentada pelo Ministro Eros Grau no sentido de que “a dúvida sobre a admissibilidade da ADPF exclui a concessão da liminar¹²”.

Valendo-se do mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, utilizado na petição inicial para justificar a interrupção da gravidez, o Ministro Eros Grau afirmou a salvaguarda dos direitos do nascituro desde a concepção e a dignidade do feto, para propor a revogação da segunda parte da liminar.

Após alentadas e relevantes discussões preliminares acerca da revogabilidade da cautelar previamente à solução do tema da adequação da ação ajuizada, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, para sobrestar os processos e decisões não transitadas em julgado versando a mesma matéria e a revogou, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional de a gestante submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, com efeitos *ex nunc*; vale dizer, assegurados os efeitos produzidos no período de 01.07.2004 a 20.10.2004.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reitera-se, foi invocado e interpretado de forma diversa pelos julgadores, quer no sentido vencedor, quer no vencido. O julgamento definitivo ainda não ocorreu.

A dignidade da pessoa humana constitui princípio constitucional e fundamento da República e a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que restrita à revogação da liminar e à admissibilidade da arguição, revela o caráter interdisciplinar da matéria.

A corrente vencedora, pelo voto do Ministro Cezar Peluso, refuta a invocação, na petição inicial, de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, por lesão à integridade física da mãe, assim: “Disse que, em primeiro lugar, ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana. E disse mais: essa dignidade seria medida pela integridade física da mãe. Não concordo. A integridade física e biológica da vida intra-uterina também está em jogo”.

A corrente vencida fundamenta-se em que o Código Penal, ao tipificar o crime de aborto, não alcança a interrupção da gravidez do feto anencéfalo. Isso porque não ocorre interrupção da vida humana em razão da impossibilidade de vida extra-uterina.

Nessa linha, interpreta o conjunto normativo formado pelos artigos do Código Penal invocados com referência à matéria em exame conforme aos princípios constitucionais que preservam a liberdade de a mãe dispor do seu

12 Acórdão na ADPF 54-MC/DF, fls. 48.

corpo. Está bem clara essa proposição no voto-vista do Ministro Carlos Ayres Britto: “se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer”¹³.

A concepção de dignidade da pessoa humana, que serviu de fundamento a ambas as posições, no Supremo Tribunal Federal, foi admitida para justificar a proibição da interrupção da gestação contra aquele que é titular de direitos e tem a sua dignidade pessoal protegida pela ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, ao revogar a medida liminar deferida pelo Ministro Relator, Marco Aurélio, procedeu à interpretação do art. 128 do Código Penal sem a admissão da possibilidade de lacuna, para a hipótese do feto sem cérebro.

2.3 – Decisão do STF na ADI nº 3510-0-DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, objetivando o reconhecimento de que o art. 5º incisos e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”.

Importa, no tema, em especial, o exame de duas posturas, respectivamente, nos votos dos Ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Mendes, o primeiro negando a possibilidade de o juiz suprir lacunas legislativas e o segundo sustentando precisamente essa possibilidade.

Acentuou o Ministro Marco Aurélio Mello que a prática da interpretação conforme a Constituição apresenta o risco de que a norma seja redesenhada, conduzindo o Supremo Tribunal Federal a assumir o papel de legislador positivo, o que contrariaria e deixaria de proteger a Constituição Federal. Segundo o Ministro, não haveria, no caso da Lei de Biossegurança, os requisitos necessários à adoção da interpretação conforme. Isso levou o Ministro a rejeitar igualmente a possibilidade de a Corte estabelecer recomendações. De acordo com o Ministro Marco Aurélio:

“(…) a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional

13 Acórdão na ADPF 54-QO/DF, fls. 122.

cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes. Também é de todo impróprio o Supremo, ao julgar, fazer recomendações. (...) Em processos como este, de duas uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja para adoção pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo, em substituição de todo extravagante.”¹⁴

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes defendeu posição oposta à do Ministro Marco Aurélio, justificando a condição do Supremo Tribunal Federal de legislador positivo. Gilmar Mendes partiu da premissa de que delimitar o campo de proteção do direito à vida e à dignidade da pessoa humana é uma tarefa que transborda os limites jurídicos, estendendo-se para outras esferas, como a moral e a religião. Enfatizou, ainda, o compromisso do STF com a defesa dos direitos fundamentais, observando que “importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”. E, ao referir à decisão da Corte sobre o caso da fidelidade partidária¹⁵, arrematou: “o Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas”.¹⁶

O Ministro Gilmar Mendes sustentou que a Lei de Biossegurança é deficiente na regulamentação do tema da utilização de embriões humanos para a produção de células-tronco, e, utilizando a expressão do Prof. Claus-Wilhelm Canaris, afirmou que “os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela”. Diferenciou o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente para concluir que “a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo

14 Voto na ADI 3510-0/DF, pp.2-3.

15 Trata-se da decisão proferida nos autos dos Mandados de Segurança nºs. 26.602, 26.603 e 26.604, em que o STF entendeu que o mandato parlamentar pertence à legenda, e não ao candidato eleito.

16 Voto na ADI 3510-0/DF, pp.2-3. O Ministro registrou inclusive que a manifestação do STF sobre questões importantes não permite “cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática”.

das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente”. Isso porque “deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado”.

Com esses fundamentos, e considerando o princípio da proporcionalidade no seu aspecto de proibição de proteção deficiente, o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente a ação, “para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde”.¹⁷

A referência e transcrição dos tópicos dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes são muito importantes no estudo da eficácia concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, porque identificam a postura do juiz no exercício da jurisdição constitucional: o primeiro partindo de uma postura hermenêutica e o segundo admitindo a assunção de uma pauta política, em que a criação política do direito pelo juiz encontra justificativa. Neste caso, torna-se possível, nessa linha de pensamento, invocar com mais amplitude o princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento de decisões judiciais.

Alguns dos demais votos na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0 também ilustram bem como o argumento da dignidade da pessoa humana pode ser facilmente aplicado conforme os mais distintos propósitos e como eles reverberam, com outros enfoques, alguns dos argumentos dos dois votos anteriores.

Para o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, o princípio da dignidade da pessoa humana é visualizado a partir do conceito de início da vida humana¹⁸. Segundo seu entendimento, “a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. (...) Quando fala da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do

17 O Ministro Gilmar Mendes utilizou também em sua argumentação o princípio responsabilidade, desenvolvido por Hans Jonas.

18 O ministro relator, Carlos Ayres Britto, admitiu no processo, na posição de *amici curiae*, várias entidades da sociedade civil e determinou a realização de audiências públicas para ouvir expertos e cientistas, considerando que “o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas” e considerando “uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer de seus estádios.”

art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual”.¹⁹ Em sua ótica:

“(…) a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas.”²⁰

Nessa linha, o Ministro Relator distingue as três realidades – o embrião, o feto e a pessoa humana, esta última, “o produto final dessa metamorfose” – e afirma que “o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação”. Contudo, no seu entendimento, o que a Lei de Biossegurança autoriza:

“(…) é um procedimento *externa corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da ‘auto-replicação’), poderiam experimentar com o tempo o risco de uma mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos e hospitalares.”²¹

19 Voto na ADI 3510-0/DF, p.24. Ayres Britto partiu também do art. 2º do Código Civil – “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” – para propor a formulação de uma “provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”. Em seguida, após verificar como alguns dispositivos da Constituição tratam da “vida”, conclui que “a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural” (Voto na ADI 3510-0/DF, p.26).

20 Voto na ADI 3510-0/DF, p.30. Segundo o Ministro, essa seria a justificativa para a proteção conferida pelo Direito Penal ao nascituro pela vedação do aborto.

21 Voto na ADI 3510-0/DF, p.44. Argumentação semelhante pode ser encontrada no voto da Ministra Ellen Gracie: “não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte”. A Ministra entendeu também pela “plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível” (Voto na ADI 3510-0/DF, p.9).

Daí a conclusão do Ministro Ayres Britto:

“Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança ‘conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade’.”²²

Vê-se claramente do voto do Ministro Relator que a proteção legal do nascituro não alcançaria o embrião desprezado para procriação, desde que incapaz de adquirir personalidade que o dignifique. E, valendo-se, claramente, da hermenêutica, faz um paralelismo com a coincidência da morte encefálica e a cessação da vida humana, “a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento”, para reconhecer que o embrião de que trata o art. 5º da Lei de Biossegurança “constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada”.²³

22 Voto na ADI 3510-0/DF, pp.58-59.

23 Voto na ADI 3510-0/DF, pp.65-66.

Invoca, por fim, a proteção constitucional à saúde e à atividade científica, inclusive a pesquisa, que “o Estado promoverá e incentivará” (art. 218, *caput*, CF). O Ministro Ayres Britto posicionou-se, portanto, no sentido da improcedência da ação, tendo em vista a inexistência de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse mesmo princípio foi invocado, porém, para justificar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança. Assim como na discussão sobre a possibilidade/juridicidade do aborto de feto anencéfalo, o debate sobre a utilização de embriões para o aproveitamento de células-tronco perpassava o problema do início da vida. Inevitavelmente, essa questão suscitava diversos aspectos vinculados às concepções, não apenas (e talvez até mesmo em menor parte) jurídicas, mas, sobretudo, morais e religiosas de alguns julgadores (e da sociedade). Isso já havia ficado evidente no processamento da ADPF nº 54, e se fez presente, desde o início, no julgamento da ADI nº 3510.

O voto-vista do Ministro Menezes Direito buscou, logo de início, delimitar a discussão, afastando-a de contornos religiosos:

“O que há de se determinar é se a Lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais.

(...)

O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional.

(...)

É por essa razão que devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.”²⁴

24 Voto na ADI 3510-0/DF, p.18. O Ministro procurou, em seguida, explicar o procedimento de fertilização *in vitro*, bem como caracterizar as células-tronco: “o processo pode ser descrito nas seguintes etapas: (i) a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir uma ovulação múltipla; (ii) os óvulos produzidos pela mulher são aspirados sob monitorização ecográfica via transvaginal; (iii) os óvulos são incubados e mantidos em cultura por cerca de quatro horas; (iv) o esperma do homem é colhido e manipulado para a seleção de espermatozoides; (v) os óvulos são fertilizados com os espermatozoides selecionados; (vi) os óvulos fertilizados (embriões) são observados e selecionados para implantação; (vii) os embriões selecionados são implantados no útero da mulher;

Percebe-se a ênfase no estabelecimento de limites à pesquisa científica.

O Ministro Menezes Direito destacou a necessidade da subordinação a valores éticos, que deveriam prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas, ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica.²⁵ Enquanto a Ministra Ellen Gracie invocara o argumento utilitarista, o Ministro Menezes Direito negou a sua justificativa, considerando irrelevante o eventual descarte e propondo o que o Ministro Marco Aurélio, em voto já transcrito, mas prolatado em momento posterior, nega, que é a criação de limites pela via jurisdicional. Para tanto, invocou a relação entre ética e ciência, valendo-se do jusracionalismo de Kant, que, todos sabemos, separa o direito da moral, para acentuar que “os iluministas Hume e Kant, no século XVIII, procuraram sentar as bases de uma moral secular livre de conotação religiosa”²⁶.

3 – A VISÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE SEGUNDO RONALD DWORKIN

A postura do direito como integridade torna-se importante justamente quando tratamos de direitos e liberdades fundamentais. Levar os direitos a sério é considerar esta visão hermenêutica do direito, que deve se apoiar em fundamentos sustentados em princípios publicamente justificados, e não em valores individuais, aceitos sem a necessária abertura para o outro.

Para Dworkin, a premissa da integridade – aplicável também ao direito – informa que os princípios não devem ser aplicados casuisticamente, mas “de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”. Como preleciona:

“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal

(viii) os embriões excedentes e em boas condições são congelados (...) O conceito de células-tronco não é objeto de controvérsias na comunidade científica, podendo ser adotada a definição dada pelo National Institute of Health, órgão governamental americano responsável pelas políticas federais de saúde: são células não especializadas, que têm a faculdade de se renovar mediante um processo autônomo de divisão e se caracterizam pela possibilidade de, sob certas condições fisiológicas ou experimentais, transformarem-se em células de função especializada, como células cardíacas ou produtoras de insulina. (...) Dois são os tipos de células-tronco de acordo com sua origem, ou fonte: as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas.” (Voto na ADI 3510-0/DF, pp.20 e 27).

25 Idem, p.45.

26 Idem, p.46.

DOCTRINA

adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.”²⁷

Classifica a integridade em dois princípios: a) “da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente com os princípios”, e b) “da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”²⁸.

Para expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, “de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”²⁹. “Criterioso e metódico”, esse juiz,

“assim como um romancista em cadeia, deve encontrar, se puder, alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal do romance até o momento em que este lhe foi entregue.”³⁰

Utiliza para tanto a figura do “romance em cadeia”, em que cada capítulo é escrito por um autor diferente, mas que, concluído, produz uma unidade como se um único autor o tivesse produzido:

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.”³¹

Um caso de direito consuetudinário “pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário”, examinando as decisões

27 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.291.

28 Idem, p.203.

29 Idem, p.287.

30 Idem, p.288.

31 Idem, p.276.

pretéritas “como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão”³².

A deliberação judicial requer, ainda, que:

“até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.”³³

A idéia de igual consideração e respeito, necessária em uma comunidade de princípios, revela a importância da postura hermenêutica para a atividade de compreensão do outro.³⁴

De qualquer modo, no tema específico da dignidade da pessoa humana, é interessante verificar como Dworkin o associa à idéia de liberdade e como isso se relaciona ao seu entendimento sobre o direito como integridade.

O princípio da dignidade da pessoa humana teve, no julgamento da ADPF nº 54-8-MC/DF, sua mais significativa hipótese de aplicação, possibilitando a formulação de várias teorias interpretativas, que foram retomadas em julgamento subsequente, referido, e já concluído, na ADI nº 3510-0-DF, que pretendia a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança.

A visão binária se coloca na “proteção da dignidade do embrião X grupo beneficiário das pesquisas”, enquanto na ADPF nº 54 na “tutela do feto X liberdade da mãe”.

Ao tratar do tema do aborto, Dworkin admite que existe coerência na decisão que afirma ser o aborto moralmente errado, embora caiba à gestante a decisão sobre a interrupção da gravidez. Divisa coerência nessa combinação de pontos de vista afirmando-os de acordo com a tradição de liberdade de consciência das modernas democracias pluralistas. Reconhece a natureza religiosa do debate travado acerca do valor intrínseco da vida humana, mas compatibiliza o repúdio ao aborto e à eutanásia com a rejeição da criminalização das condutas respectivas.

32 Idem, p.286.

33 Idem, p.261.

34 “Uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias.”

O próprio Dworkin reconhece que a idéia de que a vida tem um valor intrínseco e inviolável está vinculada à concepção de cada pessoa sobre o significado dessa idéia. Rechaça, por isso, ser a polêmica sobre o aborto uma questão de saber se o feto é uma pessoa com direito à vida desde a concepção ou em determinado momento da gestação. Repudia a possibilidade de ser realizado por motivos fúteis ou triviais, justificando-o por razões importantes, como “para salvar a vida da mãe e nos casos de estupro ou incesto, nos casos em se diagnosticou uma grave anomalia fetal, que torna provável, se a gravidez for levada a termo, que a criança só terá uma vida breve, sofrida e frustrante.”³⁵

Considerando a idéia tão bem exposta por Dworkin, da santidade e da inviolabilidade de todas as etapas da vida humana, e, assim, dos diferentes posicionamentos acerca do seu início e do seu fim, é difícil estabelecer o que seria objetivamente correto, a) admitir a possibilidade da interrupção da gravidez no caso do feto anencéfalo, e, assim, proteger a dignidade da mãe, evitando o sofrimento de uma gestação infrutífera ou b) negar a existência de direito à interrupção à consideração de que seria indigno dispor sobre a vida intrauterina. Para ele, “a dignidade – no sentido de se respeitar o valor inerente de nossas próprias vidas – encontra-se no cerne de ambos os argumentos”³⁶. Por isso, se for para defender a dignidade, defende Dworkin “uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta (...) em favor da liberdade individual, não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte.”³⁷

Uma visão íntegra do princípio da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito, portanto, *liga-se diretamente ao princípio da liberdade*.

Na medida em que se visualiza o direito como justificativa para o exercício do poder coercitivo do Estado é que assume importância a premissa da integridade, como garante de legitimidade dessa coerção.

O ordenamento jurídico em geral, e a Constituição, em particular, protegem a vida. Mas qual vida: a mera vida (natural), ou a vida digna? Nessa esteira, o que é vida digna? A quem compete dizer o que é vida digna? Ao Poder Judiciário, ou ao próprio indivíduo interessado? Uma sociedade demo-

35 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.45.

36 Idem, p.341.

37 Idem, p.342.

crática, fundada em princípios que postulam a exigência de igual consideração e respeito pelos indivíduos, não impõe justamente que esses mesmos indivíduos sejam reconhecidos como competentes (e livres) para decidir sobre seus próprios destinos? Não são os próprios indivíduos que devem decidir se o sofrimento degrada ou não sua dignidade? O indivíduo não é livre para buscar a vida que entende digna?

A adoção da possibilidade condicionada da interrupção da gravidez, na hipótese de inviabilidade da vida humana, e da utilização das células-tronco embrionárias inservíveis à fecundação, para fins de pesquisa, promove ou nega a dignidade da pessoa humana? Uma visão íntegra do direito reconhece dignidade, que não se contrapõe à santidade da vida, nessas circunstâncias, preservando a autonomia da vontade, na visão kantiana de respeito à dignidade.

Em relação à ADPF nº 54-8/DF, afirma-se a inconstitucionalidade da interpretação que conduz ao impedimento da antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo. Considera-se que o Código Penal (arts. 124 *usque* 128) estabelece exclusão da antijuridicidade do aborto terapêutico, para salvar a vida da gestante, e o praticado nos casos de estupro, não referindo à hipótese da anomalia em estudo, porque nem seria possível, à época de sua edição, obter diagnóstico precoce de anencefalia. O art. 3º da Lei nº 9.437/97 (que condiciona ao prévio “diagnóstico de morte encefálica” a “retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento”) deixa claro que a malformação congênita do feto que não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex o incompatibiliza para a vida, o que afasta a possibilidade de afronta quer ao direito à vida quer ao princípio da dignidade da pessoa humana, aplicado para afirmar precisamente a liberdade e a igualdade.

Com referência à ADI nº 3510-0-DF, afirma-se a harmonização do art. 5º, incisos e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, que disciplinam a utilização condicionada de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida.

Decisão nesse sentido, no seu merecimento, revela coerência com a consideração da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencéfalo como excludente de ilicitude, razão de os argumentos desenvolvidos serem comuns às duas hipóteses.

Em ambas as situações, o princípio da dignidade da pessoa humana é interpretado segundo os princípios da liberdade, da equidade e da justiça. No primeiro, tutela-se a dignidade da mãe, física e mental, assegurando-se a

liberdade e a autonomia da vontade individual; no segundo, o ordenamento jurídico, que, ao permitir as pesquisas com células-tronco embrionárias, afirmou a solidariedade e a igualdade, na proteção da minoria beneficiária dessas pesquisas.³⁸

Em recente livro *Is democracy possible here?* Dworkin examina as duas dimensões da dignidade humana. A primeira, denominada “princípio do valor intrínseco”, considera que cada vida humana tem um especial valor objetivo, que decorre da própria potencialidade da vida, independentemente de concretas realizações. A segunda, denominada “princípio da responsabilidade pessoal”, diz com a responsabilidade individual pelo próprio sucesso, inclusive sobre o que cada um considera vida bem sucedida.

Para Dworkin, “o primeiro princípio parece uma abstrata invocação do ideal de equidade e o segundo de liberdade”.³⁹

Essas duas dimensões compõem o conceito de dignidade da pessoa humana, por isso que devem ser conciliadas e não excluídas. Quando se disse que a liberdade da gestante na escolha da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser assegurada, porque não há vida a ser preservada, sendo ela livre para escolher e dizer o que significa, para si, vida digna, nada mais se fez do que assegurar essas duas dimensões da dignidade.

Como combinar integridade e o princípio da dignidade da pessoa humana? Quais os efeitos dessa combinação? O limitativo, de negar a possibilidade de edição legislativa, decisão judicial, ato executivo, da própria comunidade ou de qualquer de seus integrantes, que contrarie o princípio. O positivo, que impõe a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, no caso concreto, direito individual, fundado tão-só no princípio constitucional.

Nos casos difíceis, em que se apresentam lacunas ou aparente conflito normativo, é que se haverá de considerar a premissa do direito como integridade, segundo o qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁴⁰.

38 Invocou-se a dignidade da vida dos integrantes da comunidade beneficiária das pesquisas, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade.

39 DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006, pp.9-10.

40 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.272.

DOCTRINA

Considera a lei e a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores e também o modo como foram tomadas, por quem e em que circunstâncias.

Os princípios são vistos como verdadeiros enunciados deontológicos, incumbindo ao legislador a atividade de incluir no direito aspectos valorativos da sociedade, contemporâneos à elaboração da lei e ao juiz aplicar os princípios, inclusive o da dignidade da pessoa humana, de forma coerente e sistêmica, visualizada uma comunidade de princípios, que decorre da participação de toda a sociedade comunicativa no processo político e decisório.

Como ficou claro no decorrer da exposição, preocupa-nos a aplicação discricionária do princípio da dignidade da pessoa humana. Por ser um conceito vago, universal, inclusivo e abstrato, tem sido invocado, quer na jurisprudência, quer na doutrina, para os mais diversos propósitos. Essa postura universalista, de raiz basicamente alemã e bem difundida no Brasil, de buscar o sentido universal da norma, válido independentemente do contexto em que se insere, tem prevalecido na interpretação do direito em geral.

A ela contrapõe-se a teoria da integridade, ou imanente, de raiz norte-americana, aqui defendida, à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, até como um contraponto, por valorizar o contexto e a cultura. Consiste em identificar o sentido situado da norma, considerando a história e a cultura do povo que a produziu. O intérprete e aplicador da lei está limitado pelo texto, pela cultura e história política do povo, mas, ao mesmo tempo, deve reconstruir seu conteúdo de acordo com o contexto, como se estivesse em um romance em cadeia. Esse método reduz a arbitrariedade judicial na definição do sentido da norma e garante segurança jurídica. Pressupõe um direito de o outro ser tratado com igual consideração e respeito e observa os princípios fundamentais da equidade, justiça e devido processo legal.

NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO

Lelio Bentes Corrêa*

A primeira questão que se coloca, ao se abordar as normas internacionais do trabalho sob a ótica dos direitos humanos, diz respeito exatamente à correlação entre ambos. Afinal, o que o Direito do Trabalho tem a ver com os direitos humanos? É possível buscar a resposta em diversos documentos internacionais, no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da década de 60, nas normas da Organização internacional do trabalho ou no próprio art. 23 da Declaração Universal, segundo o qual toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, assim como à igual remuneração por igual trabalho e a remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana.

Talvez, porém, a melhor forma de justificar o Direito do Trabalho como um dos pilares dos direitos humanos encontra-se na poesia. O grande poeta Gonzaguinha, falecido prematuramente, celebrizou os seguintes versos: “O homem se humilha se castram seu sonho/ seu sonho é sua a vida e a vida é o trabalho/ e sem o seu trabalho o homem não tem honra/ [...]Não dá pra ser feliz”.

É hoje corrente a moda de que a promoção dos direitos humanos nada mais visa senão ao reconhecimento do direito assegurado a cada indivíduo, cada cidadão, de ter acesso aos instrumentos que lhe permitam a busca da felicidade. Sem o trabalho não há honra. Sem a honra, não dá pra ser feliz. E qual o papel que a Organização Internacional do Trabalho desenvolve nesse processo?

A OIT apresenta duas características muito interessantes e peculiares, que merecem ser destaque. A primeira delas é tratar-se do organismo mais antigo a integrar as Nações Unidas – até mesmo mais antigo que o próprio sistema. A OIT foi criada sob a égide da Liga das Nações, logo após a Primeira

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex; Atuou como Oficial de Programas para a América Latina no Programa Internacional para a Erradicação do Trabalho Infantil (IPEC).*

Guerra Mundial, destacando-se entre seus objetivos o de impedir a concorrência desleal entre os países, a partir do fenômeno conhecido como *dumping* social. Em 1944 porém, ante os horrores da Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que o modelo ali consagrado tanto para a Liga das Nações quanto para a OIT estava superado.

A idéia de promover um espaço internacional onde pudessem as nações debater suas questões, sem a imposição dos mais fortes sobre os mais fracos, crescia em evidência. Esse ideal, proclamado pelo presidente Franklin Roosevelt, foi resumido no célebre “discurso sobre as liberdades” em uma frase. Afirmou Franklin Roosevelt que “um ser humano em estado de necessidade não é um ser humano livre; e é desse material que se forjam as ditaduras”. Referia-se aí o presidente Roosevelt à Alemanha pós-Primeira Guerra, à qual a Liga das Nações impusera severíssimo controle de desenvolvimento econômico, praticamente inviabilizando qualquer atividade efetivamente produtiva e, com isso, impondo àquele povo tamanhas privações que se criou o “caldo de cultura” que propiciaria a ascensão ao poder de um regime “salvador da pátria”, motivado pela proposta de resgate do orgulho nacional, mediante a afirmação da predominância da raça ariana sobre as demais.

Era preciso mudar – e a OIT percebeu isso antes de todo o resto da Liga das Nações. Nesse passo, fez-se presente outra característica marcante e exclusiva da OIT, que é o único organismo das Nações Unidas que tem na sua composição constitucional a sociedade civil: além dos delegados de governos, ali atuam, com direito a voz e voto, representantes de trabalhadores e empregadores. Essa modernidade na composição da OIT permite um acompanhamento muito mais próximo da realidade do desenvolvimento econômico, sócio e político mundial. Assim é que, em 1944, antes do término da Segunda Guerra, a Conferência Internacional de Filadélfia que, proclamando novos objetivos e uma nova ótica sobre o mundo do trabalho, muda o foco da atuação da OIT, para posicionar o ser humano no centro de suas preocupações.

Afirma-se na Declaração de Filadélfia que o trabalho não é uma mercadoria, que a liberdade sindical, enquanto dimensão da liberdade de expressão, é fundamental ao processo de desenvolvimento econômico de qualquer país. Afirma-se, ainda, que a miséria em qualquer lugar constitui ameaça ao desenvolvimento em todos os lugares, proclamando assim, obrigação de solidariedade da comunidade internacional. Reconheceu-se um dever de solidariedade das nações desenvolvidas para com aquelas menos desenvolvidas, visando a assegurar condições dignas de existência a todos os trabalhadores.

Nesse momento, com a adoção da Declaração de Filadélfia, a OIT assume definitivamente o compromisso com a promoção dos direitos humanos. Tal compromisso volta a ser afirmado, de forma contundente em 1998 com a adoção da Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho. Afirma a Declaração que todos os países, tão-somente pela sua condição de membros da OIT, têm a obrigação de observar quatro princípios fundamentais, a saber: não-discriminação em razão de gênero, idade, etnia, raça ou a condição de membro de um ente sindical; combate ao trabalho escravo; erradicação do trabalho infantil; e liberdade de associação e de negociação coletiva.

Esses quatro princípios são tão caros à OIT que já se cogita, no cenário das Nações Unidas, em considerá-los integrantes do núcleo duro de normas definidoras dos direitos humanos, juntamente com o direito à proteção contra a tortura e o genocídio, entre outros. Com efeito, princípios fundamentais constituem direitos fundamentais, inalienáveis em qualquer circunstância por parte dos trabalhadores, devendo ser consequentemente protegidos pelos Estados nacionais e pela comunidade internacional.

Aos quatro princípios fundamentais correspondem oito convenções que, ainda que não ratificadas pelos Estados-Membros da OIT, devem nortear a sua conduta em relação a todos os cidadãos. Mas a mera declaração de intenções, todos nós sabemos, pouco vale. Embora se tratem de compromissos assumidos internacionalmente, ainda há muitos casos em que se constata um distanciamento entre a realidade e os objetivos consagrados nessas normas. Por isso, a Declaração conta com um mecanismo de monitoramento e promoção da ratificação das oito convenções fundamentais¹, correspondentes aos quatro princípios. Como resultado desse aparato, encontramos hoje a 150 ratificações (de 1.456 possíveis) da ratificação universal das oito convenções fundamentais, ou seja, a ratificação por todos os Estados-Membros da OIT.

Uma vez ratificadas as Convenções, passam os países ratificantes a se submeter aos órgãos regulares de monitoramento da OIT – dentre os quais se destaca a Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações, composta por 20 juristas recrutados em diversas localidades do mundo, pertencentes a sistemas jurídicos diferentes, que se põem a examinar, todos os anos os relatórios encaminhados pelos países sobre as convenções ratificadas, além de queixas e reclamações por descumprimento, que podem ser encaminhadas por Estados ou organizações representativas de trabalhadores ou de

1 Trabalho forçado: Convenções 27 e 129; Liberdade Sindical e de Negociação Coletiva 87 e 98; Trabalho Infantil: Convenções 138 e 182; e Proteção contra a Discriminação: Convenções 100 e 111.

empregadores. Nessas reuniões, as deliberações são tomadas, tradicionalmente, por consenso. É necessário que os Membros da Comissão de Peritos cheguem a uma solução consensual em todos os casos examinados – cerca de dois mil por ano –, de forma que as sessões são muito ricas, os debates profundos e interessantes, mas sempre marcados pelo esforço para se chegar a uma solução que se apresente razoável para todos os seus integrantes.

Os relatórios da Comissão de Peritos são encaminhados à Comissão de Aplicação de Normas da Conferência Internacional do Trabalho, onde se farão estarão presentes representantes de trabalhadores, empregadores e governos de todo o mundo. O só fato de um país ser chamado a se justificar perante a Comissão de Normas reveste-se de um sentido de repreensão moral bastante significativo. Exemplo da eficácia dessa sanção moral é o caso do Brasil, denunciado à OIT no começo da década de 90, pela existência de trabalho forçado. A posição do Estado Brasileiro sempre fora de negar, categoricamente, a existência do fenômeno. Para o governo brasileiro, o trabalho forçado simplesmente não existia no País. A partir do encaminhamento pela Comissão de Peritos, de observação à Comissão de Normas da OIT, com a inclusão do caso na pauta de discussões, verificou-se uma mudança radical na postura governamental, passando-se a admitir o problema. Foi essa alteração de postura que permitiu a adoção das medidas necessárias ao combate efetivo da mazela. Hoje, o Brasil é mencionado em diversos relatórios internacionais como exemplo no combate ao trabalho forçado e pioneiro na imposição de sanções pecuniárias aos empregadores que submetem trabalhadores a esse extremo de degradação. Isso é resultado do trabalho conjunto e articulado da fiscalização do trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, que teve a coragem de punir tais criminosos na parte do corpo que lhes é mais sensível: o bolso.

Além da Comissão de Peritos, há ainda um comitê específico apenas para casos relacionados com violação do direito à liberdade sindical e negociação coletiva. Trata-se do Comitê de Liberdade Sindical, que se reúne três vezes por ano e é composto por representantes de trabalhadores, empregadores e governo. O só fato da existência desse comitê já dá a noção precisa de quanto o princípio a que se dedica é importante para a Organização Internacional do Trabalho, até porque dele resulta a efetiva garantia de todos os demais. Pode-se ter belíssimas leis assegurando aos trabalhadores as vantagens do paraíso; sem organizações sindicais livres, que possam atuar com efetividade, sem temor, na defesa dos interesses dos trabalhadores quando seus direitos forem violados, tais garantias resultarão irrelevantes. A OIT consagra ao princípio revelado nas Convenções 87 e 98 atenção especial.

DOCTRINA

O Brasil, que se vem afirmando no mundo como liderança democrática, como liderança econômica, como liderança na promoção dos direitos humanos, já ratificou sete das oito convenções fundamentais. A única não ratificada em nosso país é a Convenção 87, que assegura a todos os trabalhadores e empregadores o direito de escolher livremente a forma de promover a tutela de seus interesses.

Apenas dois países nas Américas não ratificaram a Convenção 87: os Estados Unidos da América e o Brasil. E o que é pior: esses dois países, juntamente com China, Índia e Irã – que igualmente não ratificaram essa Convenção fundamental – respondem por cerca de 50% da força de trabalho do mundo.

Afirma-se que seria um risco para o nosso movimento sindical se adotássemos uma convenção que consagra tamanha liberdade para os trabalhadores e empregadores no tocante à escolha de sua forma de organização. Afirma-se que é necessário manter o modelo consagrado em 1943, que estabelece a unicidade e monopólio sindicais. Há uma preocupação com a possibilidade de esfacelamento do movimento sindical, caso abolido o famigerado princípio da unicidade. Pois é graças a esse princípio, que define a organização hierarquizada dos trabalhadores, divididos em sindicatos, federações, confederações, dividindo os trabalhadores por categorias ditas pela lei – e não pelos próprios interessados – e que impõe um desconto compulsório de um dia de trabalho, por ano a todos trabalhadores, sejam associados ou não a um sindicato, que se permite a sobrevivência de inúmeros sindicatos, mesmo que nada façam pela categoria que pretendem representar.

Tal sistema não tem sido tão eficaz na garantia da unidade do sistema sindical brasileiro, tanto que se tem registrados, hoje, no Ministério do Trabalho, mais de vinte e seis mil sindicatos. É de se perguntar que pulverização poderia resultar da adoção da liberdade sindical num contexto em que se tem tamanho número de sindicatos oficialmente reconhecidos. Afim de que não parem dúvidas quanto à atualidade dessas reflexões, vale a lição de ninguém menos que o Ministro Arnaldo Süssekind, membro da Comissão que redigiu a Consolidação das Leis do Trabalho. Em livro sobre a sua biografia indagou-se: “Em 1940, o senhor considerava a unicidade e o imposto sindical importantes para o fortalecimento dos sindicatos?” A resposta do Ministro Süssekind: “Sim, achava importante. Ao contrário do que aconteceu em outros países, a legislação brasileira não resultou de reivindicações ascendentes, veio de cima pra baixo, num sentido descendente. No Brasil, a CLT ampliou os direitos dos trabalhadores e o fez antes que os sindicatos adquirissem forte representatividade para os conquistarem. Atualmente, é preciso repensar tudo isso. Quando

DOUTRINA

das discussões que antecederam a promulgação da Constituição de 88, escrevi o livro *Direitos sociais nas constituintes*, no qual defendo o fim da unicidade sindical e do imposto sindical para assegurar a liberdade sindical e seu tríplice aspecto. Primeiro, o do grupo de empresários e dos trabalhadores de constituir o sindicato com a representação qualitativa e territorial que preferir, ainda que outro ou outros sindicatos já existam com representatividade correspondente. Essa pluralidade sindical deve ser facultada embora o ideal seja a unidade decorrente da conscientização do grupo, tal como se verifica na Alemanha e na Inglaterra. Segundo, a liberdade individual concernente ao direito que o trabalhador e o empresário têm de ingressar, permanecer e sair dos sindicatos. E ainda há um terceiro sentido, a liberdade sindical institucional, mais conhecida como autonomia sindical, que são três dimensões indivisíveis do mesmo direito”. Essa é a liberdade sindical que se quer assegurar como valor indelével de todo trabalhador em todo o mundo. E é nesse ponto que o Brasil, lamentavelmente, no século XXI, ainda falha.

Em recente edição de revista de grande circulação, o cientista político e diplomata norte-americano Richard Hass afirmou que o papel de um país no contexto internacional não é algo automático. Ele reflete seus recursos, mas também e acima de tudo as suas escolhas. Cabe-nos nesse momento, escolher. Precisamos optar se vamos nos tornar uma grande economia dominada pelas leis do mercado, buscando o lucro a qualquer custo, à base da exploração desmesurada e reforçando as desigualdades sociais que nos dividem em universos completamente diferentes dentro do mesmo território, dentro do mesmo Estado, dentro das mesmas cidades, ou se vamos efetivamente nos comprometer com o processo de reinserção do ser humano no centro do processo de desenvolvimento econômico e social sustentável.

Se optarmos pela segunda alternativa, não faltará quem nos o adjetivo de “utópicos”. Mas devemos assumir, com orgulho, a nossa busca incessante pela utopia. Afinal, como assevera Eduardo Galeano, ao se referir à função que a utopia cumpre no papel do desenvolvimento da humanidade: “A utopia é como o horizonte: eu me aproximo um passo e ela recua um passo, eu avanço mais dois passos e ela recua na mesma proporção. Afinal de contas, de que serve a utopia? Para nos fazer caminhar”. Muito obrigado.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

José Luciano de Castilho Pereira*

A Constituição Federal de 1988 foi escrita por uma Assembléia Constituinte embalada pelos sonhos de um Brasil mais justo, animada pelo ar de liberdade que soprava por todos os quadrantes brasileiros, ao final de vinte anos de arbítrio, nos quais os direitos civis e sociais ficaram submetidos aos interesses da segurança nacional, definidos subjetivamente pelos detentores do poder, que haviam sido “eleitos” pela força das armas.

Mais.

Quem muito abalou os “sólidos” alicerces do fechado regime militar foram os trabalhadores, com as greves no ABC paulista, desafiando todos os poderes da República.

Não somente por tais condicionamentos históricos – mas sobretudo por eles – foi possível que a Constituição de 1988 não se constituísse num instrumento liberal, mas numa Carta Social.

É assim que ela é aberta com a fixação dos princípios fundamentais da República, dos quais destaco dois: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Como decorrência de tais princípios, foram estabelecidos como objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantidora do desenvolvimento nacional, visando à erradicação da pobreza e da marginalização, para reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

Tais princípios iluminam toda a Carta de 88, como se pode ler, v.g., no art. 170, e, muito notadamente no art.193, que afirma que *a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.*

* *Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

Sobre o art. 170 da Carta de 88, doutrina o ministro Eros Grau, invocando lição de José Afonso da Silva, “que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado” (SILVA, José Afonso da. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.200).

Por tudo isso é que a Constituição, no Capítulo II, do Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, especifica no art. 7º Direitos dos Trabalhadores Urbanos e Rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Já no art. 8º, cuida do sindicato, a quem cabe a defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e coletivas. Assegurou a liberdade sindical, sendo *vedado ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical*.

Como a Carta atribui importância extraordinária a negociação coletiva, no campo do Direito do Trabalho, ela também torna obrigatória a participação do Sindicato dos Trabalhadores em tais negociações.

Como decorre da experiência internacional e nacional, para assegurar uma negociação coletiva justa, é fundamental assegurar o Direito de Greve, “competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º).

Bem se aplica, nesta passagem, a seguinte lição de Canotilho:

“Existem também direitos fundamentais de exercício colectivo, ou seja, direitos cuja titularidade é individual, mas cujo exercício só colectivamente se pode afirmar (ex. direito de greve).” (*Direito constitucional e a teoria da constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998)

Essa Constituição Cidadã, na eloqüente expressão de Ulisses Guimarães, foi promulgada no dia 5.10.88, estando prestes, portanto, a completar 20 anos.

A Carta de 88 incorporou, substancialmente, a mensagem social – asseguradora da dignidade humana do trabalhador – que é parte importante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, cujo sexagésimo aniversário, com grande oportunidade, estamos aqui celebrando.

Comentando tal Declaração, assim se expressa Fábio Konder Comparato:

“O princípio da solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos arts. XXII a XXVI.” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.230)

DOCTRINA

Efetivamente, é o que pode ser lido em tais artigos, mas o princípio da solidariedade não exclui a necessidade de que a parte mais fraca – no caso concreto a dos trabalhadores – careça de uma real proteção dos seus direitos.

Daí estar escrito no item 4 do art. XXIII “que todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar *para proteção de seus interesses*” (sem grifo no original).

As Nações Unidas fizeram a segunda etapa da Declaração dos Direitos Humanos, por intermédio do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foram aprovados em 16.12.66.

No Pacto sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais, lê-se, no art. 7º, o apontamento do direito de todos os trabalhadores de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis. Elenca, em seguida, os direitos a serem assegurados. Todos, sem exclusão de nenhum, estão na Constituição brasileira de 1988.

Mas para que tais direitos se efetivassem, foi garantido, no art. 8º, o direito de filiação a Sindicato, *com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais*.

Tudo está na Constituição de 1988, até o direito de greve, expresso na letra “d” do art. 8º do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Não exatamente tudo, pois a Carta de 88 consagrou a unicidade sindical, de forma contrária à previsão da Convenção 87 da OIT, até hoje não ratificada pelo Brasil. Este tema, contudo, escapa aos limites desta minha intervenção.

É ainda de ser dito que o Pacto Sobre Direitos Civis e Políticos também assegura, no seu art. 22, o direito de constituição de sindicatos para proteção do direito dos trabalhadores.

Resta dizer que é decorrente de tudo o que foi dito a necessidade de se garantir a eficácia da Negociação Coletiva, que é instrumento hábil e natural a assegurar ao Sindicato a conquista de direitos para os trabalhadores.

É por meio dela que os princípios da harmonia e da solidariedade se manifestam de forma mais expressiva.

É tempo, pois, de se invocar a Convenção 154 da OIT, aprovada em 1981, tendo vigência no Brasil a partir de julho de 1993.

Antes, contudo, é de se trazer à colação a Convenção 98 da OIT, que entrou em vigor em 18.07.51, com vigência no Brasil em 18.11.53. Tal Convenção, no seu art. 4º, expressamente afirma:

DOCTRINA

“Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.”

A Convenção 154 vem explicitar a norma prevista na Convenção 98, já consideradas as dificuldades apresentadas para implementação da negociação coletiva.

Assim, o art. 2 da Convenção 154 afirma:

“Para efeito da presente Convenção, a expressão *negociação coletiva* compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.”

A Convenção 154 estimula a criação de condições para a negociação coletiva, que podem ser aplicadas também, por meio da legislação nacional, que nunca se prestará a dificultar a negociação que ela formalmente pretende proteger. Como está na letra “e” do art. 5º da Convenção 154, é necessário que os *órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concebidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo da negociação coletiva*.

Logo, não podem tais órgãos atuarem como um instrumento a dificultar ou a impedir a negociação.

Percebe-se, portanto, que na letra e no espírito, a Constituição de 1988, como acima já foi dito, incorporou os princípios básicos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como os dos mencionados pactos de 1966, bem assim seguiu o norte apontado por Convenções da OIT.

Tal procedimento representa uma grande novidade entre nós, pois como está no magistério seguro do ministro e professor Mauricio Godinho Delgado:

DOUTRINA

“No Brasil, a tradição justralhista sempre tendeu a mitigar o papel do Direito Coletivo do Trabalho, denegando, inclusive, as prerrogativas mínimas de liberdade associativa e sindical aos trabalhadores e suas organizações. Com a Carta de 88 é que esse processo começou a se inverter, conforme se observam de distintos dispositivos da Constituição (ilustrativamente, art.7º, VI e XIII; art. 8º, I, III e VI; art. 9º).” (*Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p.107)

Como se sabe, tais preconceitos contra a atividade sindical decorre de nossa forte herança da escravidão que, formalmente, acabou há pouco mais de cem anos; tal herança faz com que o trabalho valorizado não seja algo que integre nossa memória histórica, como lembra Marcio Pochmann.

A grande mudança em ordem à valorização do trabalho humano teve início com Revolução de 1930 – há menos de oitenta anos, portanto – mas processo ainda não terminado.

E, como dito acima, uma outra grande rota de mudança ficou aberta pela Constituição Federal de 1988.

Sob as luzes da doutrina colocada da Constituição de 88, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos pactos complementares e de convenções da Organização Internacional do Trabalho, passo a examinar as linhas mestras dos limites da negociação coletiva no Brasil.

Necessário, neste ponto é fixar, desde logo, esta lição de Oscar Ermida Uriarte:

“O Direito do Trabalho clássico parte da constatação de uma desigualdade, de um desequilíbrio de poder entre o trabalhador individualmente considerado e seu empregador. Nessas condições, seria impossível a livre negociação individual do trabalho prestado em troca de uma remuneração sem criar péssimas condições de trabalho. Daí o surgimento de um Direito do Trabalho protetor da parte fraca nessa relação, proteção tanto de uma fonte heterônoma como autônoma.

A vertente heterônoma ou estatal é gerada pelos três poderes: o Legislativo, por meio de uma legislação do trabalho unilateralmente protetora do trabalhador; o Executivo, por meio de uma Administração do Trabalho e o Judiciário, por meio de magistrados e procedimentos especiais.

A vertente autônoma dá-se com o surgimento, posterior reconhecimento e final hierarquização, como direitos fundamentais do sindicato,

DOCTRINA

da negociação coletiva e da greve, instituições e ações coletivas por meio das quais os trabalhadores exercem sua autotutela, na qual pretendem compensar, de certa forma, com a força do número, o poder econômico da outra parte da relação.” (“A flexibilização no direito do trabalho: a experiência latino-americana”. In *Fórum Internacional sobre Flexibilização no Direito do Trabalho*. Tribunal Superior do Trabalho, Ed. Univer-Cidade, abril de 2003, p.284)

Tudo pode ser objeto da negociação coletiva?

Como é sabido, no Brasil, grande é o campo de atuação da negociação coletiva, a partir da Carta de 88.

Basta ver que se reservou à negociação coletiva algo que nem a norma de origem estatal pode fazer, como está, *v.g.*, nos incisos VI e XIV do art. 7º da Carta de 88.

Se na negociação é possível até a redução salarial dos empregados – o que nem lei pode fazer – é de se perguntar o que é vedado à negociação?

É de ser dito que a lei trabalhista sempre cuidou dos direitos mínimos. Assim, é amplo o campo da negociação, mas não para eliminar o direito que a lei garantiu. É o que se lê nos arts. 9º e 468 da CLT.

Decorre daí o rígido princípio de que a negociação coletiva não pode ser instrumento de renúncia de direitos básicos conquistados pelos trabalhadores.

Como, então, interpretar o inciso VI da Carta de 88, que expressamente afirma a irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo?

Se não pode a negociação implicar renúncia, como poderá ela ser feita para reduzir salários, como a Carta formalmente permite?

Aqui, a questão começa a ficar mais complicada.

Deve ser logo afirmado, que não é possível interpretar uma norma tutelar, retirando a proteção que é sua própria razão de ser.

Se a Carta de 88 assegura a dignidade do trabalho, indicando que ordem social tem como base a primazia do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, não é possível que o art. 7º consagre uma renúncia a direitos que ela classificou como fundamentais.

Também não é possível interpretar a Constituição de 88 em descumprimento ao art. XXXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,

DOCTRINA

que prescreve que todo homem tem direito a condições justas e favoráveis de trabalho, bem como à proteção contra o desemprego.

Sob outra ótica, não é possível afirmar que a Carta de 88 entendeu, flexibilizando o Direito do Trabalho, que a fragilidade do trabalhador desaparece quando presente o Sindicato?

Não será por isso, que ela tornou obrigatória a participação do Sindicato na negociação coletiva?

É verdade que a participação do Sindicato atenua a fragilidade do trabalhador isolado. Mas para isto, fundamental é a existência de sindicatos fortes. Mas nem nessa hipótese – rara no Brasil – é possível que a negociação se preste à redução do salário do trabalhador.

Então o inciso VI do art. 7º da Carta de 88 está errado ou não pode ser cumprido?

Com propriedade, pontua o jovem jurista Marthius Sávio Cavalcante Lobato:

“Na colisão de direitos, assim, deve o intérprete efetuar o juízo de ponderação para que direitos fundamentais não sejam solapados a partir da imperatividade da interpretação conferida.”

Marthius Sávio acrescenta, em seguida, esta segura lição de Maria Helena Diniz:

“A interpretação e a aplicação da norma não constituem uma atividade passiva, mas sim ativa, pois não se deve estudar e aplicar os textos normativos ao pé da letra, mas sim em atenção à realidade social subjacente e ao valor que confere sentido a esse fato, regulando a ação para a consecução de uma finalidade, baseando-se, para tal apreciação, não em critérios pessoais, mas nas pautas estimativas informadoras da ordem jurídica-positiva. (...) Requer a hermenêutica sensibilidade e prudência, exigindo que o jurista e o aplicador condicionem e inspirem sua interpretação às balizas contidas no sistema jurídico (...). Na aplicação do direito deve haver flexibilidade do entendimento razoável do preceito e não a uniformidade lógica do raciocínio matemático.” (*O valor constitucional para e efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p.214).

Essas dificuldades – reais e diárias – foram apreendidas pela Ministra Kátia Magalhães Arruda, ao escrever:

“Desde a promulgação da Constituição (...) há um amplo leque de possibilidades de flexibilização dos direitos trabalhistas, a maior parte com crivo constitucional. A aplicação correta dessas normas pode trazer uma nova concepção à negociação entre empregados e empregadores e evitar a desregulamentação de normas e elaboração de novas legislações, a exemplo do contrato temporário. Nesse contexto, flexibilizar direitos é permitir uma maior amplitude de opções de negociação entre as partes envolvidas, sendo uma concepção contemporânea e real, diferentemente da diminuição e exclusão de direitos, que aprofunda a desigualdade jurídica e econômica dos trabalhadores.” (*Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, p.104)

O rumo está assim apontado.

É possível que uma empresa não consiga sobreviver sem reduzir o salário de seus servidores. Mas ela deve oferecer algo em troca para que a negociação atenda a norma constitucional, mantendo ainda a dignidade do trabalhador e o seu posto de trabalho. Poderá oferecer, v.g, a garantia de emprego, no período de vigência da redução salarial.

Com esta transação pode ser aplicado o questionado inciso VI do art. 7º da Carta/88.

O mesmo se diga, por exemplo, do inciso XIV do mesmo art. 7º, que trata dos turnos ininterruptos de revezamento. Aqui também o mesmo princípio deve ser observado, quando a negociação coletiva mantém a existência dos turnos, mas dilata a jornada, que a Carta prevê de seis horas, matéria que teve largo debate neste Tribunal Superior do Trabalho.

Se quando a Constituição prevê sua alteração, via negociação coletiva, existem limites a tal ação negocial, muito mais rigor deve ser observado quanto aos demais direitos da tutelar legislação trabalhista.

Nesse ponto, volto a invocar as lições do ministro Mauricio Godinho Delgado, que também sustenta a impossibilidade negociação adotar renúncia do trabalhador, pois ela – a negociação – caracteriza é *transação* hábil a gerar normas jurídicas.

Em seguida, ele distingue as normas de indisponibilidade absoluta, que não estão sujeitas a nenhum tipo de negociação. São aquelas “imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria digni-

dade da pessoa humana e valorização mínima deferível ao trabalho” (*Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004, p.1.400)

Exemplo desses direitos indisponíveis são as normas relativas à segurança e a medicina do trabalho.

Quanto aos demais direitos de indisponibilidade relativa é amplo o campo da negociação, mas sempre para ampliar o direito dos trabalhadores, jamais como instrumento de sua precarização.

No fundo, na norma coletiva, como ensina Mauricio Delgado, o que se busca é o *princípio da adequação setorial negociada* para atuar sobre certa comunidade econômico-profissional, segundo os limites já fixados neste trabalho.

É bem de ver que essa negociação se processa por uma transação, segundo a teoria do conglobamento.

Logo, ela precisa ser examinada caso a caso.

Essa realidade da contratação individual ou coletiva no Direito do Trabalho, que rompeu com o *pacta sunt servanda*, desde o princípio do século XX, está hoje também no Novo Código Civil, que, no seu art. 421, afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Assim, até mesmo no antigo individualista Direito Civil não há mais campo fundamentalista para o *pacta sunt servanda*.

Logo, não há como se sustentar que no Direito do Trabalho possa ser ilimitada a liberdade de contratar.

O SINDICATO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Discorrendo sobre a Convenção Coletiva de Trabalho, em 1936, Orlando Gomes, saudoso mestre baiano, dizia da importância da negociação coletiva, mas pensava que nem a classe trabalhadora nem seus sindicatos estavam suficientemente fortes para exercer tal direito de negociar.

Ainda não nos libertamos desse mal, neste Brasil tão grande e tão desigual.

Nas duas últimas décadas do século XX, pensou-se que a história havia terminado com o definitivo triunfo do capitalismo. E, entre nós, aplicamos

DOCTRINA

com rigor a regras do Novo Mundo, com Estado Pequeno, com reduzidíssimos investimentos públicos, seguindo sempre as inflexíveis leis do mercado, sobre as quais nenhum poder teria o Estado.

E entramos em tempo de recessão e de desemprego, realidade incompatível com sindicatos fortes.

Nessa quadra, o Ministério Público do Trabalho, com extraordinária competência, foi lutando pela melhora das condições de vida do homem trabalhador, alcançado grandes conquistas com os TACs e com as ações civis públicas. Este trabalho do MPT é mais notado na luta contra a terceirização selvagem, que tem transformado, no geral, o trabalho humano em vil e descartável mercadoria.

Muitas vezes, com quadro mais competente, MTP age até mesmo a pedido de sindicatos profissionais.

Há ainda um sem número de ações anulatórias visando desconstituir cláusulas negociadas e que o MPT entende prejudiciais aos trabalhadores.

Doutra parte subsiste o poder normativo da Justiça do Trabalho, que também interfere no poder dos sindicatos.

Com a Emenda Constitucional nº 45, muita coisa mudou no poder normativo, que entendo subsistir, embora muitos sustentem sua extinção com a mencionada emenda.

Hoje, a sentença normativa não pode retirar a conquista alcançada na negociação coletiva nem contrariar condições legais mínimas de proteção do trabalho.

Mas a EC 45, retirou poder ao MPT e ao poder normativo da Justiça, com referência à negociação coletiva e à greve.

A Justiça do Trabalho não pode mais reduzir o que estava na negociação coletiva anterior, como está no parágrafo 2º do art.114, também não podendo dar menos do que está previsto em lei.

E quanto à greve?

O MPT somente pode ajuizar dissídio de coletivo, no caso de greve em atividade essencial, *como possibilidade de lesão do interesse público*.

Não é mais possível que o MPT ajuíze DC, na ocorrência de qualquer greve.

Quando tal ocorria, a JT imediatamente interferia no conflito, determinava o fim da greve ou ordenava o funcionamento parcial da ou das empresas, com

um número tal que impedia o prosseguimento da greve, tudo sob pena de grave multa financeira.

Isso sempre foi eficaz instrumento a impedir a greve, contrariando, portanto, a Constituição de 88 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Até hoje ainda tratamos a greve como uma rebelião de escravos, por isso nunca vimos uma greve sem a presença da polícia.

Mas a parte pode suscitar o dissídio de greve, mas, para tanto, é necessário o acordo da parte contrária.

Figuremos o seguinte exemplo: a empresa não concede as vantagens econômicas pretendidas pelos trabalhadores. Não concorda com o dissídio coletivo. Os trabalhadores entram em greve. Nessa hipótese, a parte não poderá, sem o acordo dos trabalhadores, viabilizar o dissídio de greve.

É o que penso, mas a jurisprudência ainda não teve tempo para fixar uma posição sobre tema de enorme importância.

Com tais novidades, reabre-se o velho e atual debate sobre se tal interferência estatal (Ministério Público do Trabalho e poder normativo da Justiça do Trabalho) constitui garantia ou obstáculo ao fortalecimento da classe trabalhadora e de seus sindicatos.

Mas é debate que ultrapassa os limites desta minha ligeira intervenção.

É possível conduzir o Direito do Trabalho – que cuida dos direitos humanos do Trabalhador – sem invocar, com eficácia, normas do Direito internacional?

Aqui, vale lembrar esses ensinamentos do ministro Lelio Bentes Corrêa:

“A denegação de direitos fundamentais – qualquer que seja a sua natureza – aos cidadãos constitui descumprimento das obrigações a que vinculados os Estados por força das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, autorizando a provocação dos mecanismos locais e internacionais de coerção e reparação para os ofendidos (...) Deve-se dar a devida importância à responsabilidade da comunidade internacional no processo de universalização dos direitos econômicos, sociais e culturais, valendo ressaltar que as normas internacionais erigem, para os países de desenvolvimento mais avançado, a obrigação de concorrer, inclusive financeiramente, e para os organismos internacionais, no limite máximo dos recursos disponíveis, para concretização desses direitos nos países menos desenvolvidos. (...) É fundamental (...) que os profissionais da área jurídica ampliem seus horizontes, tomando conhecimento da

DOUTRINA

normativa internacional e do aparato erigido para assegurar a sua efetivação.” (“A efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito Internacional”. In PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto Figueiredo (coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p.349)

Termino citando o jovem advogado Mauro de Azevedo Menezes, ao dizer:

“Evocando a Declaração de Filadélfia da OIT, a luta deve prosseguir no intento de libertar o trabalho da pecha de mercadoria, implementando seu conteúdo ético, que hoje vincula a disciplina trabalhista ao elenco dos Direitos Fundamentais. Eis a via pela qual deveremos aprofundar a especulação em torno de uma modernização conceitual da idéia da ordem pública social (...) estabelecendo marcos de convivência democrática civilizada.” (“Horizontes da negociação coletiva no Brasil: lineamentos para a construção de uma efetiva cidadania sindical”. In PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto Figueiredo (coords.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p.444)

Muito obrigado pelo convite para, com muita honra, poder participar deste encontro histórico.

A JUSTIÇA DO BRASIL FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS: UNIVERSALIDADE E AMBIGÜIDADES

Francisco Rezek*

Senhor Presidente, Excelências, meus caros amigos,

Nos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem é oportuna a releitura do texto em tudo que ele contém e a lembrança, com isso, de que o tema dos direitos humanos não se resume hoje, como o supõem, em toda parte, muitos dos ativistas dos direitos humanos, sobretudo aqueles que não têm formação jurídica, àquele básico, àquele elementar que é devido pelo Estado ao cidadão.

A equação correspondente à violação dos direitos humanos não é só necessariamente aquela em que o Estado, representado por um agente seu – de preferência fardado –, representa o vilão e a vítima é quase sempre um ser humano numa situação de desgraça pessoal: o prisioneiro, o fugitivo, o réu no processo penal. Isso é, sim, o que há de mais dramático quando se fala em direitos humanos e isso não é, infelizmente, um fenômeno que se tenha tornado arqueologia jurídica. Isso sucede à síndrome do episódio do Carandiru, que nenhum brasileiro contemporâneo esquece, é algo que em menores proporções se reproduz a todo momento em pontos diversos, não necessariamente em pontos mais desfavorecidos economicamente, em pontos diversos do território nacional.

Mas a leitura do texto de 1948 nos lembra que o horizonte dos direitos humanos é bem mais amplo do que isso e dá razão, em certa medida, a alguns autores contemporâneos que veem um aspecto de pleonasma na expressão *direitos humanos*, por conta do seguinte raciocínio: todo direito é obra de seres humanos, toda a ciência do direito, como de resto toda e qualquer ciência, é

* *Ministro da Corte Internacional de Justiça de Haia; Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal; Ex-ministro de Estado das Relações Exteriores; Professor da Universidade de Brasília.*

obra de consciências humanas aplicadas à construção de um sistema normativo cuja finalidade é, também, em última análise, a felicidade do ser humano, a realização do indivíduo enquanto tal e das comunidades humanas enquanto grupos de pessoas.

No fundo, então, nos aperceberíamos de que todo o direito, toda a norma jurídica, mesmo aquelas que não parecem estar criando um direito subjetivo para um indivíduo ou para uma coletividade criam, indiretamente, direitos humanos. Vejam um exemplo disso, de regras objetivas, aquelas que na Constituição do Brasil dizem que isto é uma Federação, que isto é uma República, e que isto é um sistema presidencialista de governo. Atentem para o aparentemente mais prosaico desses três valores – o sistema presidencialista – e vejam quanta coisa se pode tirar daí em matéria de direitos humanos, se sabemos o que é um sistema de governo como esse, inspirado na obra do Barão de Montesquieu, onde os Poderes são realmente independentes e harmônicos; um sistema que contrasta com os sistemas parlamentaristas, onde o Poder está todo concentrado nas mãos da maioria parlamentar do dia, maioria parlamentar da qual o governo não é mais do que uma comissão executiva e onde o Judiciário não é um Poder e faz apenas aquilo que ele fazia no Império do Brasil: resolver contendas entre particulares, por amor dos seus interesses privados, e resolver assuntos penais.

Naquilo que de mais importante caracteriza a função judiciária numa democracia presidencialista como o Brasil, temos que o conflito entre os cidadãos e o Estado não são resolvidos por uma repartição do próprio governo, mas são resolvidas por um Poder independente. Por um Poder que, ao longo de toda a sua história, demonstrou que não existe para favorecer o poder público no seu confronto com o indivíduo ou com qualquer espécie de manifestação com o setor privado. Tiramos, então, dessa regra aparentemente tão objetiva, como tiramos também daquela que diz que isto é uma República e que isto é um sistema federativo, uma série de direitos individuais, de direitos subjetivos, de direitos coletivos, também, que são classificáveis como direitos humanos.

Um dos dilemas maiores da hora atual é justamente o fato de não sabermos a fronteira entre aquilo que podemos chamar de direito humano e aquilo que não podemos chamar de direito humano. Muitos seriam restricionistas e veriam como direito humano apenas o básico absoluto – não ser torturado, não ser sangrado nas masmorras, não ser preso sem julgamento, não ter seus bens confiscados – mas, a partir de certo momento, torna-se difícil fixar com exatidão essa fronteira entre o que é e o que não é básico. E na hora atual, em mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos como recentemente a Corte de São José da Costa Rica e, já há muitos anos, a Corte

Européia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, têm-se visto desencadear-se um sistema de proteção de direitos humanos que nada têm de elementares.

No contexto europeu, por exemplo, nós falamos de sistemas onde dificilmente se colocaria um problema de direitos humanos básicos como a vida, a liberdade, a integridade física violados por um sistema policial arbitrário. Não havendo isso, os direitos humanos que a Corte de Estrasburgo hoje protege, nos últimos anos, nas últimas décadas, são direitos que nada têm de elementares; dizem respeito à propriedade, ao direito autoral, às prerrogativas que um vinhateiro italiano tem de não sofrer concorrência desleal por parte de vinhateiros franceses ou alemães, em função de regras de comércio inter-regional que poderiam dar azo a algum abuso de parte a outra.

Não sabemos, então, com muita exatidão – e este é um fenômeno não exclusivamente brasileiro, ele é pouco mais complexo até lá fora, pois as perplexidades lá fora têm sido maiores que as nossas – não sabemos exatamente de que estamos falando quando empregamos a expressão *direitos humanos* e, se nos pomos exatamente a refletir profundamente sobre isso, caímos ao fim na idéia do pleonismo. Na idéia de que não há direitos individuais ou coletivos que se possam subjetivizar de algum modo e que não sejam direitos humanos. Apenas existe uma hierarquia em matéria de teor de humanidade: alguns são mais elementares do que outros. Não ser torturado é algo mais básico do que não ter confiscados os seus bens e mais básico ainda do que não ser tributado de modo muito penoso.

Isso posto, chegamos à conclusão de que a chamada universalidade dos direitos humanos não significa apenas que no mundo contemporâneo e desde esse monumento que é a declaração de 1948 o tema dos direitos humanos – constitucionalizados pelas Nações Unidas, já em 1946 – tornou-se algo universal no sentido de que valorizado em toda parte. Em todo Estado soberano, em toda sociedade que se assume como uma democracia como um Estado de direito, esse tema passou a merecer o que há de mais consagrado e de mais devotado nas aspirações coletivas e nas prioridades coletivas.

Mas não é só isso, a universalidade dos direitos humanos tem a ver com a idéia de que eles alcançam um horizonte bem maior do que os ativistas dos direitos humanos supõem à primeira vista, quando se põem a falar do tema como se ele se resumisse àquela clássica situação do Estado policial opressor e da vítima, o réu oprimido. Há outras ambigüidades, entretanto, na hora atual que é de toda conveniência ressaltar. Todos nós sabemos, por exemplo, como o argumento dos direitos humanos, como o discurso dos direitos humanos

DOCTRINA

serviu nos últimos tempos para tentar justificar o que se fez de mais áspero, de mais agressivo e de mais rude contra os direitos humanos. Talvez se lembrem, são fatos recentes, de que quando o argumento utilizado por certos governos ocidentais de que o Iraque devia possuir armas de destruição em massa e que isso ameaçava o Ocidente, portanto uma legítima defesa preventiva justificava uma guerra, uma invasão, uma ocupação militar, um morticínio, uma (inaudível) no território iraquiano. Quando já nem mais as mais cândidas criaturas do meio oeste americano acreditavam nesse discurso, saiu-se com outro e falou-se que a guerra acontecerá, assim mesmo, para defender os direitos humanos que aquele ditador arbitrário agride. Viram no que deu e viram o que foi, nestes últimos anos, a defesa dos direitos humanos pelo Ocidente no Iraque.

Não acreditaremos, quando daqui a algum tempo nos lembrarmos do que aconteceu nessa virada de século, não acreditaremos que aconteceu o mesmo. Não acreditaremos que vimos isso pela televisão a cada noite e nos omitimos de dizer às crianças, que também se habituaram a banalizar aquelas cenas, nos omitimos de contar que aquilo não pode, que aquilo é ilícito, que aquilo é a negação do direito. O dia virá, certamente, em que teremos dificuldade em acreditar que sob os nossos olhos aconteceu o que aconteceu contra os direitos humanos neste começo de século XXI.

Agora vejam: o discurso foi utilizado para violar-se, em muito maior escala, uma pauta mínima de direitos humanos, quando se dizia que o interesse, que a intenção, que o propósito era protegê-los. Isso tem muito a ver com equações do mesmo gênero que se fazem a cada dia. Várias forças em várias partes do mundo tentaram ultimamente boicotar os jogos olímpicos na República Popular da China, a despeito de que o regime é um regime autoritário, onde não há liberdade de imprensa. A grande pergunta é: em que medida países responsáveis por algo como a prisão de Guantánamo, a primeira zona de não-direito na história do planeta, sabem que nos porões da ditadura de esquerda e de direita acontecem coisas igualmente horríveis, mas acontecem de modo escamoteado. As ditaduras não assumem a sua barbaridade que às vezes fica mesmo por conta dos esbirros, sem o conhecimento do próprio ditador. Não, Guantánamo não é nada disso, Guantánamo é uma zona de não-direito assumida e assumida por toda uma sociedade. Assumida por um governo, assumida por uma comunidade de advogados que nunca protestou. A história da American Barr Association é bem diferente da história de Ordem dos Advogados do Brasil. Assumida por uma Corte Suprema de tão gloriosas tradições e que agora, cedendo, como toda a sociedade americana cedeu ao discurso do medo e à manipulação do medo, também coonesto esta situação. Como é que se pode levar a sério a crítica à China porque a liberdade de imprensa lá não seria

DOCTRINA

ampla, se se mantém sob o selo do Ocidente prisões como Guantánamo. Que liberdade de imprensa demais é essa que levou a própria sociedade americana a aceitar como lícito aquilo que foi a reação contra os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001? Como é que se pode dizer que é realmente livre uma imprensa ocidental capitaneada por indivíduos como Rupert Murdoch e cujas repercussões chegam até nós a todo momento. O noticiário que presenciamos no Ocidente não é ele tão livre e tão esclarecido e tão isento e tão honesto quanto supõem aqueles que criticam a falta de liberdade de imprensa em certos pontos do Oriente.

Há outras formas de ambigüidade que os juristas contemporâneos deveriam, também, tentar entender e, se possível, neutralizar. Uma das manifestações mais curiosas da defesa dos direitos humanos é aquela que levanta a bandeira dos direitos humanos violados no passado para, com isso, de algum modo, estender uma cortina de fumaça sobre violações contemporâneas de direitos igualmente humanos e igualmente básicos. Alguns países, em partes distantes do mundo que eu não quero citar, se especializaram nisso. Sempre que se dispunham a empreender uma campanha sanguinária contra certas populações consideradas como inimigas, faziam preceder essas campanhas de uma ampla publicidade, no Ocidente, de certos horrores da Segunda Guerra Mundial. Ninguém nega que a Segunda Guerra mundial comportou horrores e ninguém nega que o Estado nacional socialista fez horrores de toda natureza, sim, mas esses horrores já foram de algum modo penitenciados e não é legítimo e não é lícito citá-los agora, já na virada do século XX para o XXI, para com isso ocultar a dramaticidade de violações que acontecem sob nossos olhos em determinados pontos do mundo, envolvendo mais ou menos as mesmas categorias de pessoas em posições invertidas.

Não é possível, e isto nos deve preocupar, que em certa medida alguns analistas da situação brasileira e da atuação de alguns mecanismos governamentais atuais de proteção dos direitos humanos no Brasil, tenho observado que talvez os órgãos governamentais de salvaguarda dos direitos humanos estejam consagrando um excesso do seu tempo disponível ao revolvimento de violações de direitos humanos que aconteceram no Brasil de 30, 40 anos atrás, e que talvez isso esteja subtraindo um tempo que seria precioso para atentar a outras violações de direitos humanos que acontecem, também, no Brasil contemporâneo. Este é o quadro que me parece perverso e do qual lhes queria falar. Ele se coloca na mesa de instituições judiciárias de toda natureza. Não é raro que tenhamos que enfrentar situações – e o Judiciário é quase sempre quem as enfrenta – em que não se pode partir para solução maniqueísta porque o quadro de fato não permite isso. Seria tão fácil para nós,

juízes, seria tão fácil para nós, operadores do direito em geral, se todas as situações envolvendo as violações de direitos humanos se resolvessem à base da identificação simples do vilão e da vítima, como acontece em determinados contextos policiais.

O problema não é esse, senhores. O problema são aquelas situações em que dos dois lados do conflito se levantam, em mãos de particulares, direitos humanos e direitos humanos e em que o Estado assiste perplexo, absolutamente incapaz de resolver à primeira vista o problema, e disposto, entretanto, aplicando nisso o máximo das suas energias, a tentar uma solução. Casos recentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal expõem bem esse problema. Questão de células tronco embrionárias e de experiências desse gênero, questões que virão aí sobre aborto e temas que têm muito a ver com isso. Os dois lados do conflito levantam a bandeira dos direitos humanos. É do Estado, felizmente é do Estado juiz, mais habilitado a isso do que o Estado governante ou mesmo do que o Estado legislador, a responsabilidade, por interpretar a Constituição, solver o conflito e dizer qual o direito humano que deve prevalecer num conflito entre dois.

Numa das minhas últimas atuações no Supremo antes do exílio, deu-se o caso de um *habeas corpus* vindo do Rio Grande do Sul. Duas meninas, menores, gêmeas, representadas pela mãe, ajuizaram uma investigatória de paternidade em que diziam claramente que, se houvesse algum efeito patrimonial nessa ação, tanto melhor, mas que o objetivo da ação era a busca da identidade. As menores queriam lutar pela afirmação da sua identidade como verdade material: de quem são filhas? O indigitado pai era uma figura de certa notoriedade no jornalismo. Instado pela juíza de direito a submeter-se ao exame do Ácido Desoxirribonucléico – DNA, que apura a verdade material com facilidade e com o mínimo de intervenção física, o cavalheiro se recusou e a juíza determinou que ele fosse conduzido, gostasse ou não disso, ao exame de DNA. Considerando que ela priorizou o direito das menores à afirmação de sua identidade, sobre o alegado direito à intangibilidade física do indigitado pai, considerando que uma colheita de amostra para o DNA é menos invasiva do que a vacina que se aplica a um recém-nascido. O tribunal do Rio Grande negou o *habeas corpus*, em grau de recurso negamos, a minoria negou também o *habeas corpus*, considerando que o direito humano das crianças à identidade deveria prevalecer sobre a intangibilidade física do suposto pai. Entretanto, a maioria no Supremo e uma maioria formada por pessoas não menos consagradas do que nós à causa do direito e dos direitos humanos, entendeu que a intangibilidade do ser humano é um direito que deve prevalecer sobre o interesse das menores em ver investigada a verdade material sobre a condição paterna.

DOCTRINA

Casos assim, e lhes citei um exemplo menos sangrento, mas com aspectos bem mais radicais, colocam-se a todo momento perante o Judiciário e creio que se colocam a todo momento com particular carga quantitativa perante a Justiça do Trabalho. Porque juízes do trabalho têm consciência do seu dever de, sem quebra de isenção, sem desvestirem-se da sua condição fundamental de juízes, terem a lembrança de que a relação capital/trabalho é em princípio uma relação de desigualdade e de que a hipossuficiência do trabalhador não deveria ser para ele a causa de desfavor ante o Judiciário do Trabalho, visto que ele provavelmente não estará tão galhardamente representado na tribuna quanto a parte mais forte na relação trabalhista. Mas o juiz do trabalho tem também a convicção de que ele não pode recusar à outra parte, por mais hipersuficiente que seja essa parte, o devido processo legal, o direito de defesa das suas razões. O juiz não pode faltar ao seu dever de ouvir essas razões e de aplicar sempre à luz do seu interesse social a lei.

A todo momento nos defrontamos com isso, e é fundamental que os juristas jovens de hoje se lembrem de que nos defrontamos com conflitos entre direitos humanos e direitos humanos e não há nada mais sórdido, não há nada mais reprovável, do que escolher, diante de um conflito entre direitos humanos e direitos humanos, aqueles que são ou politicamente mais corretos ou defendidos por organizações não governamentais ou solicitados pelo próprio coração do julgador, tutelá-los, dar-lhes um tratamento absolutamente hiperbólico e protetivo e ao mesmo tempo desprezar, quando não agredir, os direitos também humanos e também elementares da parte que se confronta com aquela que escolhemos.

É fundamental lembrar isso até mesmo quando analisamos certos contextos como o que hoje se desenha no Brasil. Todos estão acompanhando o que acontece entre nós. Em nome do exercício da jurisdição penal montou-se no país, nos últimos anos, um sistema de espionagem que faz inveja aos dos primeiros anos da década de 1970. Entretanto, na medida em que esse sistema de espionagem atinja de algum modo pessoas gradas ou sirva para investigação penal no caso de réus particularmente visados por conta de sua potestade econômica, da sua falta absoluta de popularidade, da sua decantada execrabilidade aos olhos coletivos, na medida em que se suponha, então, que as forças policiais do Estado estão agindo contra isso, há uma tendência muito grande a tolerar que o Estado, desde que o objetivo seja o exercício da ação penal contra pessoas e instituições outrora impunes, adotar o princípio do *everything goes*, o princípio do vale tudo. Tudo é permitido, toleramos tudo daqueles que heróica ou quixotesca querem investigar.

DOCTRINA

O resultado disso é desastroso e não faltam, vejam bem, não faltam em camadas populares aplausos a esse tipo de situação. Toda espécie de política, toda espécie de filosofia fascista, tem um enorme apelo popular. Ninguém aqui imagina que as ditaduras que se implantaram na Alemanha e na Itália nos anos que precederam à Segunda Grande Guerra não tinham a simpatia e o apoio da larga maioria das populações correspondentes. Tinham. Todo ideário fascista tem inevitavelmente apelo popular. Não faltam hoje no Brasil internautas desocupados e outras categorias de pessoas dizendo a todo momento que aprovam e aplaudem os sistemas policialescos ilegítimos que alguns órgãos do Estado adotaram. Não podemos conviver com esse tipo de situação. O cidadão comum de poucas luzes, sem nenhuma espécie de formação jurídica ou humanística, não acredita que as forças que ele desencadeia por aplaudir esse tipo de conduta do Estado podem voltar-se, e voltar-se-ão seguramente, contra ele a qualquer momento. Este é, portanto um dos princípios que mais devem ser valorizados na hora atual.

Não se deixem iludir pela idéia desastrada de que quando se trata de proteger direitos humanos não há direitos humanos. Quando se trata de salvaguardar os direitos humanos que estão sobre nossa mesa como a prioridade do momento todos os direitos humanos que poderiam ter, por exemplo, as pessoas acusadas de terem ferido direitos humanos alheios são absolutamente desprezíveis e não deveriam contar. Essa equação perversa e profundamente antijurídica ganha terreno em toda parte. Já se viu afirmar na tribuna na Corte de Haia, já se viu afirmar perante tribunais os mais excelsos no mundo todo. É fundamental que tenhamos consciência disto: os direitos humanos são universais. Nós não podemos defender alguns e violar sistematicamente outros ou revelar desprezo pelos outros. Nós não podemos ceder a nenhuma das ambigüidades que hoje caracterizam o estudo desse tema. É preciso que aprendamos.

Já faz tantos anos que restauramos no Brasil e esperamos oportunamente restaurar também na cena internacional o Estado de direito. É preciso compreendermos, de uma vez por todas, o que é o Estado de direito e agirmos com coerência à luz dessa idéia. Muito obrigado.

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: SISTEMA INTERNACIONAL DE REPRESSÃO

Eugênio José Guilherme de Aragão*

O tema que me pediram para apresentar aos senhores diz respeito ao Direito Internacional Penal. É uma disciplina, pode-se dizer, de existência bastante recente. Na verdade, as primeiras experiências penalizantes, ou que tratam de responsabilizar indivíduos, no Direito Internacional, decorrem, praticamente, depois da Primeira Guerra Mundial e tornadas mais efetivas depois da Segunda Guerra Mundial.

Vou falar aos senhores de crime contra a humanidade.

Os crimes contra a humanidade fazem parte de um grupo de delinqüências internacionais, que são propriamente o corpo central do Direito Internacional Penal. Por que esses crimes são crimes internacionais por excelência? Porque o bem jurídico tutelado nos crimes contra a humanidade, assim como no genocídio, assim como nos crimes de guerra, assim como no crime de promover uma guerra de agressão, são bens jurídicos, são muito caros à comunidade internacional. Na verdade, o Estado, quando, através de sua jurisdição doméstica, persegue esses crimes, muito mais de exercer uma pretensão punitiva do Estado, ele exerce uma pretensão punitiva da comunidade internacional. Portanto, o Estado é obrigado, ele age em substituição à comunidade internacional quando persegue esses crimes. E, quando o Estado não dá conta de perseguir esses crimes, hoje nós temos vários mecanismos de evitar que a impunidade tome conta do cenário. Uma das possibilidades são os tribunais internacionais e a outra possibilidade é que outro Estado assuma a jurisdição através do exercício da chamada jurisdição extraterritorial, ou seja, jurisdição universal, ou jurisdição a partir de critérios como sujeito passivo do crime, ou sujeito ativo do crime. De qualquer forma, vamos tentar aqui, para entendermos melhor o conceito de crime contra a humanidade, fazer um breve retrospecto histórico, e depois, então, trataremos dos crimes contra a humanidade nos seus

* *Subprocurador-Geral da República; Mestre e Doutor em Direito; Professor Adjunto da Universidade de Brasília.*

DOCTRINA

diversos elementos, como está hoje inscrito no art. 7º do Estatuto de Roma, e, finalmente, abordaremos a importância dessa criminalização para o cenário brasileiro. Começaremos primeiro pelo retrospecto histórico.

A idéia de crimes contra a humanidade, na verdade, é uma idéia muito recente. Ela emerge depois da Segunda Guerra Mundial. Mas o nome “crimes contra a humanidade” se apóia em uma norma anterior. Uma norma que é conhecida entre os especialistas de Direito Internacional humanitário, vamos dizer, a parte do Direito Internacional que se aplica em situações de conflitos armados para proteger pessoas vulneráveis expostas aos dramas dos conflitos, que se chama Cláusula Martens, designada pelo nome do Ministro das Relações Exteriores do Czar Alexandre, da Rússia, está inserta na Convenção da Haia, de 1907, sobre os Costumes da Guerra Terrestre, Convenção nº 4. No preâmbulo da Convenção de 1907 se dizia: “Até que um código mais completo sobre o direito da guerra terá sido adotado, as altas partes contratantes entendem expediente declarar que nos casos que não forem tratados nesta regulação, as altas partes contratantes acertarão que os habitantes e os beligerantes ficarão sob a proteção dos princípios de Direito Internacional como resultam dos usos entre povos civilizados, das leis da humanidade e os ditados da consciência pública”. Isso significa basicamente que, em caso de ausência de norma em uma guerra, as partes sempre têm que ter em mente que o conflito é entre beligerantes, e não entre pessoas que nada têm a ver com o conflito, que estão fora do combate. Em relação a essas devem ser sempre aplicadas as leis de humanidade.

Essa idéia de leis de humanidade é de alguma forma trazida de discussões do Tratado de Versalhes, quando se trata de negociar a responsabilidade do Imperador Guilherme II pela Primeira Guerra Mundial. Mas não se chega a conclusão nenhuma. Os franceses e os belgas insistiriam, já em Versalhes, em que a principal acusação que devesse pesar contra os alemães, especificamente contra o Imperador Guilherme II, seria a violação das leis de humanidade. Mas o representante do então Presidente Wood Wilson, Robert Leniseng, Secretário de Estado Americano, opôs-se ao uso dessa expressão “leis da humanidade”, porque ele dizia que isso não tinha nada a ver com o direito, mas com a moral. Portanto, não vamos agora julgar o Imperador Guilherme II, que detinha à época em que ele era soberano da Alemanha uma competência de guerra que nunca se colocou em questão, não vamos acusá-lo por uma questão moral. Mas a insistência dos ingleses, dos franceses e dos belgas levou finalmente, no art. 227 do Tratado de Versalhes, a adotarem uma fórmula de acusação de Guilherme II pela ofensa suprema contra a moralidade internacional e santidade dos tratados. Enfim, era aqui também uma acusação muito mais

moral do que propriamente jurídica, mais política do que jurídica. Tanto assim é que isso não levou a nada. O Imperador Guilherme II estava abrigado pela rainha dos Países Baixos, que era sua prima, fugiu para os Países Baixos, que não participaram das negociações de Versalhes, logo não se sentiram vinculados a essa determinação do art. 227, e ainda disseram claramente que não iam entregar Guilherme II para ser julgado por um tribunal de exceção, ainda que seja internacional. No dia em que os Países Baixos entenderem razoável aderir ao Tratado de Versalhes, então nesse dia talvez nós possamos negociar, mas que por enquanto não havia perspectiva disso. E Guilherme II acabou saindo impune, tranqüilamente, no seu exílio.

Infelizmente, a experiência de punir atrocidades praticadas na Primeira Guerra Mundial foi frustrante. Ainda que o Tratado de Versalhes, e depois o art. 228 também previsse a criação de tribunais pelos aliados, fato é que a Alemanha não entregou ninguém. Depois de muita discussão aceitou fazer processos, que foram movidos contra doze alemães, oito chegaram a ser condenados a penas pífias de seis meses, um ano, mais por crimes menores, como deserção, desobediência, coisas do gênero. Nada que realmente lembrasse as atrocidades que foram praticadas durante a Primeira Guerra Mundial.

Quando veio a Segunda Guerra Mundial, quando os alemães, em 1939, atacaram a Polônia, depois, em 1941, vieram a atacar a União Soviética, agora os aliados começaram, inclusive os Estados Unidos, a repensar uma política de punição. E os americanos principalmente, nessa hora, sentiram-se bastante mal, porque foram eles que tinham se oposto a uma política de criminalização depois da Primeira Guerra Mundial. Desta vez, em Franklin Roosevelt se teve o maior aliado. Os principais criminosos de guerra alemães eram levados a um tribunal internacional, o Tribunal Internacional de Nuremberg, que seria estabelecido em 1945, a partir do Estatuto de Londres, foi, sobretudo, obra e esforço de Franklin Roosevelt, e Robert Jackson, que foi seu braço direito em todo esse processo de negociação. Os ingleses, no início, estavam muito reticentes. Churchill entendia que o tamanho dos crimes praticados pelos alemães certamente sobrecarregaria o Direito Penal. Os crimes eram tão grandes, dizia Churchill, que eles não caberiam dentro do Direito Penal. A solução há de ser política. Porém, em Alta, quando Stalin, em resposta a esse ceticismo de Churchill, acenou como solução mais rápida “pegar uns 200 mil alemães, colocar na parede e mandar bala”. Churchill disse: “Não, talvez Roosevelt tenha razão. Vamos fazer a coisa de um modo mais civilizado. Vamos dar-lhes justiça, uma justiça que eles nunca garantiram aos seus adversários”. E daí, portanto, a partir de Alta, estava selado o destino do pós-guerra na justiça penal. É verdade que, um pouco antes, na Conferência de Moscou, já tinha havido a promessa

dos aliados, em 1943, que depois da guerra viriam a estabelecer um tribunal internacional para aqueles que fossem responsáveis por grandes atrocidades, sem uma referência geográfica específica porque os outros que tivessem praticado atrocidades em determinados países, estes voltariam a esses países para serem julgados conforme as leis locais. Isso foi pela declaração de Moscou, em 1943. Mas, ainda assim, Churchill tinha ficado reticente. Só em Alta, efetivamente na sua autobiografia que ele explica isso, foi que ele se decidiu, realmente, que precisavam de um tribunal internacional.

O tribunal internacional foi instituído em junho de 1945, e julho houve a Conferência de Londres, uma conferência extremamente complicada, porque, afinal de contas, eram três sistemas jurídicos que se encontravam aqui para, em um amálgama, de um Direito Internacional completamente novo, julgar não mais Estados, mas sim pessoas, foi uma negociação extremamente complicada, até por causa de diferenças ideológicas. A par dos problemas entre o direito anglo-saxônico da *common law* e o direito continental europeu, havia, sobretudo, uma diferença gritante de visão sobre Justiça e Direito em relação ao Direito socialista. Mas tiveram que se sentar e definir o que fariam. O art. 6º do Estatuto de Londres define a competência material do Tribunal Internacional Militar, nome oficial que se deu àquilo que depois viria a ser conhecido como Tribunal de Nuremberg. O art. 6º estabelece como crimes da competência do tribunal o crime de promover uma guerra de agressão, os crimes de guerra e, finalmente, o que nos interessa aqui, os crimes contra a humanidade.

Mas o que são crimes contra a humanidade? A definição do art. 6º, alínea “c”, do Estatuto de Londres, não auxilia muito. Do ponto de vista de técnica legislativa, de técnica de tipificação, é bastante sofrível o que está escrito ali. Basicamente se diz: crimes contra a humanidade, ou seja – como se pudesse dizer isso aí dentro de um tipo penal –, homicídio, extermínio, submissão à condição de escravo, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições, perseguições políticas raciais, religiosas em execução ou em conexão com qualquer outro dos crimes dentro da jurisdição do tribunal sejam ou não cometidos em violação das leis domésticas do país em que foram perpetrados.

Nós vimos por essa definição que, primeiro, criaram-se dois tipos de crimes contra a humanidade: o chamado crime contra a humanidade do tipo homicídio, ou seja, homicídio, extermínio, etc., ou como dizem os ingleses *the murder type, crimes against humanity* e o segundo tipo que é o tipo de perseguição, ou seja, *the persecution type*, de crimes contra a humanidade. Em relação a esses é que os russos ficaram preocupados porque, afinal de contas, nós sabemos que Stalin nunca foi uma pessoa muito tolerante. Afinal de contas,

perseguição também ele promoveu algumas. Então, claro que Stalin estava muito preocupado em que a definição das perseguições fosse feita sempre estabelecendo um *link* com a guerra promovida pelos nazistas. Ou seja, não que perseguição, de uma hora para outra, seja crime contra a humanidade, em qualquer hipótese. Afinal de contas, eles tinham “telhado de vidro”. Então, por conta disso, eles insistiram muito, gramaticalmente, em uma vírgula. Na diferença que havia entre as redações francesa e inglesa por um lado, e a redação russa por outro. Basicamente, aqui se diz: “perseguições políticas, raciais, religiosas, em execução, ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição no tribunal”. Aí é que está. No russo, havia uma vírgula... É difícil explicar a diferença aqui. Essa vírgula trazia para a compreensão de que a conexão com o cenário de guerra era uma condição necessária ou não para a prática desses crimes. O fato é que prevaleceu a posição russa, ou seja, os crimes contra a humanidade do tipo perseguição só poderiam ser julgados pelo tribunal se fossem em conexão com os outros crimes, ou seja, crime contra a paz, crime de promover uma guerra de agressão, ou crime de guerra. Portanto, entendia-se, para bom entendedor, crime contra a humanidade, na verdade, são crimes cometidos em um contexto de guerra, e não fora dele. Apesar de que aqui dizia: antes ou durante a guerra. Mas essa foi a inteligência do artigo. Isso gerou bastante problema porque, afinal de contas, os alemães, antes mesmo da guerra, tinham promovido algumas atrocidades, em relação aos alemães, em relação a grupos de alemães. E isso, então, ficaria talvez de fora da jurisdição do Tribunal de Nuremberg. E assim foi feito. No primeiro julgamento, realmente se restringiu o julgamento àquilo que foi praticado depois de 1939. Apenas isso. Os crimes contra a humanidade ficaram, portanto, limitados a esse cenário, pós-1939.

É importante, se nós formos examinar o julgamento de Nuremberg, a questão da irretroatividade da norma penal. De fato, vamos dizer assim, os crimes contra a humanidade, nessa definição, aparecem pela primeira vez no Estatuto de Londres. Mas havia uma clara intenção de dizer que esses crimes preexistiam, primeiro pelo nome “crimes contra a humanidade”. Os crimes contra a humanidade não são crimes contra o coletivo dos seres humanos, são crimes contra as leis de humanidade a que se referia a Cláusula Martens, de 1907. Essa era a idéia, ou seja, os crimes contra a humanidade são contra os sentimentos de humanidade. No inglês, essa diferença fica muito clara, porque os crimes contra a humanidade são *crimes against humanity* e não são *crimes against men kind*, como coletivos de seres humanos, e *humanity* como o sentimento de humanidade, de misericórdia. Nos idiomas latinos essa diferença não fica clara. Nem no português, nem no francês. Porque crimes contra a

humanidade tanto podem ser contra o coletivo dos seres humanos tanto quanto o sentimento de humanidade. Mas a idéia era contra o sentimento de humanidade, contra as leis de humanidade, conforme inscrito na Cláusula Martens. Então, entendia-se que violações das leis contra a humanidade, na verdade, já atentavam contra os costumes da guerra terrestre de 1907. Ainda que não estivesse escrito no papel que aquilo era um crime, isso decorria do costume internacional e para os britânicos, principalmente para a *common law*, crime costumeiro não é nenhuma novidade. Para nós parece uma coisa esquisita porque estamos acostumados com aquela máxima *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, sem lei escrita. Mas para eles não. Por exemplo, do direito inglês, homicídio, furto, são tipos que não estão definidos em lugar algum. São tipos, vamos dizer, que têm uma substância costumeira, e sua definição, seus elementos, são dados como uma jurisprudência milenar, *burglary, robbery* ou *murder* são tipos que não existem em nenhum código penal inglês. Então, para eles isso aqui é razoável, para nós isso é mais difícil de aceitar. Mas, de qualquer forma, dentro de uma compreensão de *common law*, o princípio da anterioridade da lei penal estava cumprido na medida em que crimes contra a humanidade eram contra as leis e costumes da guerra terrestre, conforme já há no Regulamento da Haia, de 1907. Essa era a idéia deles. Eles tinham esse esforço.

Por outro lado, sempre ficou muito claro para os autores do Estatuto de Londres que os crimes contra a humanidade não eram nada mais do que uma certa extensão dos crimes de guerra. Primeiro, porque o seu cenário seria bélico e segundo porque, na verdade, enquanto os crimes de guerra são atos muito parecidos, mais cometidos por um beligerante, contra pessoas do lado inimigo, os crimes contra a humanidade podem ser praticados por beligerantes ou não contra pessoas do lado inimigo ou contra pessoas do próprio lado. Então, por isso diziam que, na verdade, não existe aqui um tipo novo, existe apenas uma adequação de um tipo preexistente às leis da guerra, conforme os costumes que já haviam sido codificados pelo Regulamento de 1907.

Mas não só isso. Mesmo havendo dúvida quanto à anterioridade da norma que definia crimes contra a humanidade, o Tribunal de Nuremberg no seu julgamento foi muito claro. A justificativa de que eventualmente, ainda que eventualmente, houvesse uma infração ao princípio da anterioridade da norma penal, se deu da seguinte forma. Dizia o Tribunal: “O princípio da anterioridade da norma penal não é um princípio de validade da norma penal”. Uma norma penal não deixa de ser válida, mesmo que ela atente contra o princípio da anterioridade. O princípio da anterioridade da norma penal é um princípio de justiça. E ninguém poderá dizer que seria injusto julgar aquelas pessoas que

estavam no banco dos réus pelas atrocidades que elas praticaram, dado seu volume e sua dimensão histórica, ou seja, mesmo que houvesse uma infração, uma violação do princípio da anterioridade da norma penal, naquela circunstância histórica aquilo estava justificado para o tribunal. Por quê? Qual seria a alternativa? O que se faria com aquelas pessoas, se não fosse tentar puni-las? Uma solução napoleônica? Jogá-las todas para Santa Helena? Provavelmente, os habitantes de Santa Helena não iriam gostar disso. A saída seria provavelmente a solução Stalinista. Duzentos mil no paredão. Os Stalinistas levavam tanto a sério que realmente promoveram isso na Alemanha Oriental, na zona que eles ocuparam.

É interessante que depois do julgamento do primeiro caso, que é o caso dos principais criminosos de Nuremberg, outubro de 1945 a outubro de 1946, o ambiente, a relação entre os juízes ocidentais e o juiz soviético, entre os procuradores ocidentais e o procurador soviético tinha-se deteriorado de um modo tal, já se fazia pressentir a Guerra Fria, que não havia mais condições de fazer outros julgamentos pelo Tribunal Militar Internacional. Depois disso não havia mais clima entre as partes, ou seja, havia, se quisesse continuar numa iniciativa criminalizante para os nazistas, cada uma das potências ocupantes teria que fazer os seus julgamentos nas suas zonas de ocupação. E assim foi feito.

O Estatuto de Londres foi sucedido pela chamada Lei do Conselho de Controle nº 10. O Conselho de Controle era a autoridade suprema na Alemanha ocupada que, enfim, correspondia a um órgão legislativo e administrativo supremo em que sentavam as quatro forças, as quatro potências ocupantes da Alemanha. Na Lei do Conselho de Controle nº 10, no art. 2º, volta-se a definir os crimes contra a humanidade. Desta vez, a definição é muito mais simples. “Crimes contra a humanidade: atrocidades, incluindo mas não limitado a homicídio, extermínio, escravidão, deportação, tortura, violação ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições de natureza política, racial, religiosa, sejam ou não em violação das leis domésticas do país onde foram cometidos.” Ou seja, aqui não se fala mais em conexão com os outros crimes, não se fala mais antes ou depois da guerra, esse assunto sai. Em alguns julgamentos, que foram realizados depois pelos americanos, os chamados julgamentos sucessores, no próprio Tribunal de Nuremberg, por isso também chamam de “Julgamentos Sucessores de Nuremberg”, a segunda etapa, entre os quais os julgamentos dos juristas, em alguns dos julgamentos, como dos juristas, e como dos médicos nazistas, o tribunal definiu que os crimes contra a humanidade poderiam também ser praticados fora de um contexto de guerra, ou seja, a política de eutanásia praticada pelos nazistas contra pessoas

DOUTRINA

deficientes até 1938 também entrariam como crimes contra a humanidade. As perseguições de judeus feitas na Alemanha até 1945, mas já a partir de 1933, também entrariam como crimes contra a humanidade porque não havia mais essa relação com a guerra.

A partir de 1951, 1952, quando acabam os julgamentos pela Lei do Conselho de Controle nº 10, e quando também se encerram todas as atividades do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, o Tribunal de Tóquio, que não quero entrar agora na discussão. A definição do art. 5º do Estatuto de Tóquio é muito parecido com o art. 6º do Estatuto de Londres, então não vale a pena distinguirmos aqui, mas depois, quando se encerram esses julgamentos, pouco se faz em relação à evolução do conceito de crimes contra a humanidade por um bom tempo.

Em 1947, a assembléia geral determinou à Comissão de Direito Internacional que elaborasse os princípios de Nuremberg, que condensariam, vamos dizer, a experiência de Nuremberg, os princípios cardeais. Dentro dos princípios de Nuremberg se definem crimes contra a humanidade com conexão ao conflito armado. Mas há um único porém: em 1948, as Nações Unidas adotam a Convenção contra o Genocídio. Genocídio no Estatuto de Londres e no Estatuto de Tóquio era uma forma de extermínio, era uma forma da prática dos crimes contra a humanidade. Então, o genocídio se autonomiza em 48. Deixa de ser um crime contra a humanidade e passa a ser um crime autônomo. Não vou entrar aqui na definição de genocídio, mas o fato é que crimes de genocídio, diferentemente de crimes contra a humanidade, podem ser praticados por particulares até fora de um contexto de um conflito.

No Brasil nós tivemos alguns casos de julgamento de genocídio por conta de crimes praticados contra populações indígenas, e nós não temos conflito armado por aqui. Foram crimes praticados até por garimpeiros contra aldeamentos indígenas na Amazônia, por exemplo. Mas essa foi uma outra evolução. Toda a discussão a respeito de crimes contra a humanidade, sobre a definição dos crimes contra a humanidade, volta só em 1993, quando nós temos então o Conselho de Segurança das Nações Unidas estabelecendo o Tribunal para a ex-Iugoslávia. E é interessante. Nós vamos ver que se nós comparamos as definições do Tribunal de Nuremberg pelo Estatuto de Londres, da Lei do Conselho de Controle nº 10, da definição do Estatuto de Tóquio, a definição dos princípios de Nuremberg, as definições tipológicas do crime de genocídio, nós vamos ver que não existe para nenhuma dessas hipóteses, vamos dizer, um conceito único. É tudo muito vacilante. Não existe um único tipo penal que você possa dizer crimes contra a humanidade, necessariamente, congrega todos esses elementos. Não existe. É muito variante. E a definição do art. 5º do Estatuto

do Tribunal da Iugoslávia vai piorar ainda mais a coisa porque curiosamente ali se diz: “O Tribunal Internacional terá o poder de perseguir pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos em um conflito armado seja internacional, ou interno, no seu caráter, e dirigido contra qualquer população civil”. Aí vão: homicídio, extermínio, escravidão, deportação em prisão, tortura, violação sexual, perseguição por razões políticas, raciais, religiosas, ou por outros atos desumanos. Temos um problema aqui, como todas as outras definições, trata-se sempre de definições abertas. Isso para um tipo penal é extremamente pernicioso. Mas como se vê aqui, no tipo do art. 5º do Estatuto do Tribunal da Iugoslávia, aqui mais uma vez se fala “quando cometidos num conflito armado”. Então, novamente o Estatuto da Iugoslávia retoma a limitação dos crimes contra a humanidade dentro de um conflito armado. Mas isso daí sai quando nós formos ver a definição, mais tarde, em 1994, do art. 3º do Tribunal de Ruanda, também criado pelo Conselho de Segurança, agora já se retira novamente essa exigência do conflito armado. Diz-se lá: “O tribunal Internacional para Ruanda terá o poder de perseguir pessoas responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque extenso ou sistemático contra qualquer população civil, em razão de nacionalidade, política, ética, racial, religiosa, etc.”. Nós podemos pensar por que essas diferenças todas. Afinal de contas, em alguns casos, sim, exige-se o conflito armado, em outros não se exige. Em alguns casos se diz que o elemento da razão religiosa, política, étnica, é essencial, noutra se diz: isso é um tipo separado.

A perseguição. Por que essa variação? Se nós formos examinar bem, tanto o art. 6º do Estatuto de Londres, quanto o art. 2º da Lei do Conselho de Controle n. 10, quanto os arts. 3º e o art. 5º dos tribunais *ad hoc*, da Iugoslávia e de Ruanda, na verdade não estabelecem definições de tipos penais. Eles definem apenas as condições de exercício da jurisdição, ou seja, eles definem a competência material desses Tribunais. Eles não definem tipos. Eles dizem que os tribunais serão competentes para esses crimes nessas circunstâncias. É, mais ou menos, como o art. 109 da Constituição Federal quando define os crimes da competência da Justiça Federal. Quando diz: são os crimes praticados contra bens, serviços ou interesses da União, não se está ali tipificando nada. Está-se criando uma condição de exercício da jurisdição. Então, em todos esses casos, na verdade, o que se fez foi isso. Não significa que os crimes contra a humanidade tenham que estar limitados a essas condições. Na sua circunstancialidade histórica, admitem-se crimes contra a humanidade tanto dentro de um conflito armado quanto fora dele. Existem as duas possibilidades. Então, nós devemos entender, como foi entendido pelo Tribunal da Iugoslávia,

no caso Tabet, em 1995, que a circunstância de ser ou não cometido um crime mediante um conflito armado não é necessário para a definição de crimes contra a humanidade, mas sim apenas para limitar a jurisdição, ou seja, definir a competência material do Tribunal da Iugoslávia. Tanto assim é que no Tribunal Penal Internacional já não se fala mais desse contexto de conflito, o que se fala é que se fez uma definição que buscou ser a mais completa possível dentro da experiência histórica, mas ao mesmo tempo levando em consideração a preocupação dos Estados de não estender demais a definição de crimes contra a humanidade e com isso vulgarizar, banalizar a sua aplicabilidade. Então, o Tribunal Penal Internacional é competente, segundo o art. 5º do Estatuto de Roma, pelos seguintes crimes: crimes de agressão, ou seja, crimes contra a paz, crime de genocídio, crime contra a humanidade e crimes de guerra. Daqui a alguns anos, a assembléia dos Estados-partes poderá se reunir e colocar mais novos crimes dentro da competência penal. Mas por enquanto são apenas esses os crimes.

Os crimes contra a humanidade estão definidos no art. 7º do Estatuto de Roma, que é o que trata do funcionamento do que institui o Tribunal Penal Internacional. No art. 7º nós temos uma definição bastante complexa porque, na verdade, o art. 7º vai fazer mais ou menos o seguinte: ele vai dar uma definição circunstancial, geral, e depois vai definir uma série de atos, basicamente doze atos, que podem constituir crimes contra a humanidade, mas dentro de um contexto. A contextualização está assim: crimes contra a humanidade são os seguintes atos quando cometidos como parte de um ataque extenso ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com o conhecimento do ataque. Então, ataque sistemático a uma população civil. É verdade que esse termo advém do direito de guerra. Ataque contra a população civil parece que é uma guerra. Mas o ataque aqui está definido no § 2º, que diz: “Ataque contra uma população civil significa o curso de conduta, envolvendo o múltiplo cometimento de atos, referidos no § 1º, portanto aquele ato especificamente, contra qualquer população civil, segundo ou em apoio a uma política de Estado ou organização para cometer tal ataque”. É uma definição circular. Isso não ajuda muito. Mas, de qualquer forma, mostra aqui que para um crime ser elevado à categoria de crime contra a humanidade ele tem que ter uma certa dimensão. Por isso ele é extenso. A dimensão é parte inerente. Também, pela sua própria extensão, ele só pode ser cometido se, por trás disso, houver uma organização.

Quando chegamos a Timor Leste, verificamos que todas as casas ali estavam queimadas com lança-chamas, mas de um jeito tão regular que só poderia ter sido cometido se tivesse uma ordem militar por trás disso, porque

não sobrou pedra sobre pedra. Então, quando existem crimes desse volume, tem que haver uma organização por trás porque ninguém consegue praticar um volume de crimes desse jeito. Então, ao lado do volume tem que ter esse elemento político, que pode ser de Estado ou organizacional porque nós, hoje, a partir de 1990, a partir do fim da Guerra Fria, passamos a ter esse fenômeno de Estados falidos. Muitas vezes, os crimes contra a humanidade são praticados por exércitos de mercenários privados de senhores de guerra, como na Somália, sem Estado por trás. Portanto, ou tem que haver ou o Estado ou uma organização por trás disso para praticar.

O ataque pode ser extenso ou sistemático. Em qualquer uma das hipóteses tem que haver volume. Extenso significa apenas que é um ataque praticado por muita gente contra muitas vítimas. Mas é necessário esse elemento político porque, senão, qualquer tipo de onda de violência, como o “arrastão” no Rio de Janeiro, poderia ser crime contra a humanidade. Então, para evitar que a onda de violência seja qualificada como crime de violência tem que haver o elemento político por trás. Por outro lado, se ele é sistemático, tem que haver, como disse o Tribunal de Ruanda, certo grau de maquinação por trás disso. Ou seja, um planejamento intenso. Isso, às vezes, existe, às vezes não existe. No caso do massacre ruandense, não havia a sofisticação que tinham os alemães na hora em que promoveram o seu extermínio industrial contra os judeus. Mas, seguramente, havia uma política por trás. Mas não era necessariamente sistemática. Seguramente era extenso. Então, a sistematicidade é mais do que elemento político, é a maquinação, o planejamento que está por trás. Há crimes contra a humanidade que são planejados, maquinados, e outros, vamos dizer, são aproveitados dentro da euforia da turba. Então, são os dois elementos.

Não vou me aprofundar mais porque o meu tempo praticamente terminou. Eu gostaria de pedir só mais cinco minutos para avaliar o impacto disso para o Brasil. Perguntamos: o que tem a ver crime contra a humanidade no Brasil? Claro, em primeiro lugar, temos, hoje, algumas iniciativas relativas à Lei de Anistia. Voltando para trás, olhando o que foi feito no regime militar, e se se pretende, hoje, que aquilo se encaixe dentro do conceito de crime contra a humanidade, que era uma política de Estado de perseguição, atingiu inúmeras vítimas, portando tinha um certo volume e, portanto, poderia caracterizar-se como um ataque à população civil. Há uma iniciativa desse tipo na justiça de São Paulo, mas eu acredito que, vamos dizer assim, por razões técnico-jurídicas brasileiras, nós não ratificamos a Convenção da ONU sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade. Penso que é difícil convenceremos um tribunal brasileiro de que esses crimes são imprescritíveis dentro do nosso sistema, principalmente porque as principais acusações são de

extermínio e também de tortura. E a tortura no Brasil, na época, não era definida. Só veio a definição pela a Lei nº 9.455. Temos alguns problemas aí de natureza técnica que têm que ser ultrapassados para que, efetivamente, o conceito de crimes contra a humanidade possa ser utilizado para aquele contexto.

Mas eu vou até mais longe. Vou falar do contexto de hoje. Claro, o Tribunal Penal Internacional não assume jurisdição sobre qualquer tipo de crime contra a humanidade, mas apenas quando a jurisdição doméstica falha em julgá-los, ou, ainda assim, quando o caso tiver certa relevância, que é um conceito extremamente subjetivo, uma avaliação do Tribunal, por isso podem ou não podem esses complexos que vou, rapidamente, referir-me aqui, recaírem sobre a jurisdição do Tribunal. Mas se eu falo, por exemplo, de pistolagem no sul do Pará, um fenômeno que já atingiu, em dez anos, quase duas mil pessoas, os sem-terra, e quando a gente sabe que, por trás disso, existe todo um sistema de propriedade da terra, que por trás disso existem políticos que protegem latifundiários, que têm uma visão bem clara de mundo, nós podemos até dizer que pode haver não uma política de Estado, mas uma política organizacional por trás disso. Não vou dizer que esse tipo de fenômeno poderia, vamos dizer, se houvesse interesse do Tribunal, ficar de fora. Assim, entendo que a lição para nós, no Brasil, é que nós, sim, estamos sujeitos, como aqui nós já julgamos casos de genocídio na Justiça Federal, não é algo completamente estranho ao nosso panorama social e político. E por isso, sim, temos que aprovar o quanto antes um anteprojeto de lei que está à espera, na Presidência da República, definindo a forma de cooperação do Brasil com o Tribunal Penal Internacional e tipificando para o Direito brasileiro crime contra a humanidade, usando praticamente a definição do Estatuto de Roma. É o jeito que nós teremos de garantir que os nossos tribunais se ocupem desses assuntos e não venhamos a nos expor mediante um julgamento no Tribunal Penal Internacional.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Luís Antônio Camargo de Melo*

No momento em que se comemora a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não poderíamos deixar de mostrar essa verdadeira chaga, essa vergonha que é a existência do trabalho forçado no Brasil. Quero aqui rapidamente apresentar uma proposta do que vem a ser esse trabalho escravo contemporâneo, como vem apresentado na própria programação do evento e, se der tempo, apresentar algumas das atividades que vêm sendo desenvolvidas pelas diversas instituições que tratam do chamado trabalho escravo contemporâneo.

Eu gosto de começar discutindo conceituação, mas, antes, eu queria lembrar duas questões que ouvi ontem aqui, à tarde, da professora Flávia Piovesan, que me fizeram refletir. Creio que caem como uma luva sobre o que nós vamos apresentar agora. Quanto à primeira delas, ela disse assim: “Morrer sob tortura é tão grave quanto morrer de fome”. E o que nós vimos é trabalhador passando fome, trabalhador sendo vítima de uma violenta exploração, trabalhador que nem sequer se alimenta em determinados momentos no ambiente de trabalho. A segunda informação da Professora Flávia Piovesan diz que “das 100 maiores economias do mundo, 51 são empresas multinacionais e apenas 49 são estados nacionais”. Isso significa o poderio econômico no mundo inteiro impondo uma verdadeira precarização nas relações de trabalho e uma exploração sem fim.

É importante, a meu sentir, começar a discutir a conceituação do que é esse chamado trabalho escravo contemporâneo, partindo de marcos legais internacionais e observando, também, o que se tem na legislação brasileira. Essas convenções da Organização Internacional do Trabalho, especialmente as Convenções 29 e 105, mais especialmente a Convenção 29, que trata do trabalho forçado, aliás, como já advertia meu amigo Christian Veloz, imediatamente antes de começarmos, a reflexão que é válida no uso da expressão é “trabalho forçado”. Nós nos rendemos a um apelo de mídia e acabamos

* *Subprocurador-Geral do Trabalho; Professor de Direito do Trabalho do Instituto de Ensino Superior de Brasília – IESB.*

sempre por utilizar essa expressão “trabalho escravo”, mesmo sabendo que tecnicamente a expressão correta é “trabalho forçado”. É a expressão que vamos encontrar no art. 2º da Convenção 29 e é a expressão que vamos encontrar hoje no art. 149 do Código Penal. Essa nova redação do art. 149 do Código Penal está agora, em dezembro, completando 5 anos.

Vamos ao dispositivo do art. 2º da Convenção 29 da OIT, que diz: “Para fins desta Convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção” – daí a prestação do serviço à força, a obrigação de prestar serviço, sob ameaça de qualquer penalidade – “e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”. Em um primeiro momento, a leitura, especialmente da parte final do art. 2º da Convenção 29, pode trazer uma idéia equivocada de que aquele trabalhador que se ofereceu espontaneamente para a prestação de serviço e, ao final, acabou explorado, não estaria protegido. Ledo engano. O próprio Comitê de Peritos – está aqui o Ministro Lélío, um dos integrantes do Comitê de Peritos da OIT – já sinalizou, já apontou no sentido de que, quando o trabalhador, ainda que ele vá de espontânea vontade, mas quando ele é vítima de uma fraude, é vítima de um engano, quando ele é enganado, e isso é comum, é cotidiano no Brasil, nos casos em que nós observamos do chamado “trabalho escravo contemporâneo”, ainda assim a Convenção 29 é o marco legal internacional para a proteção desse trabalhador, ou seja, se o trabalhador se oferece de livre e espontânea vontade, mas a oferta de trabalho, na verdade, é uma fraude, esse trabalhador está sendo enganado, incide, como item de proteção, a Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho.

Tenho tido o cuidado, em alguns momentos de contato com os procuradores do trabalho, de apontar a absoluta necessidade nas peças iniciais de nossas ações públicas para exigir que o Judiciário se pronuncie sobre as convenções internacionais, ou seja, fundamentar a peça inicial da ação civil pública também no dispositivo da Convenção 29, quando se trata de combater o trabalho forçado para que o Judiciário venha se pronunciar e, quem sabe, aonde nós poderemos chegar em termos recursais com a observação da norma da Convenção 29.

Dito isto – gosto de identificar a discussão sobre o trabalho escravo contemporâneo, sobre o trabalho forçado, tecnicamente falando, em duas grandes situações – e nós podemos observar isso no *caput* do art. 149 do Código Penal: a primeira grande situação é a do trabalho forçado, a segunda grande situação é a da condição degradante. Diz o art. 149: “Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados” – primeira condição –, “ou a jornada exaustiva” – segunda condição –, “quer sujeitando-

o a condições degradantes de trabalho” – terceira condição –, “quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador preposto” – quarta condição. Essas quatro condições, todas elas, claro, obviamente, se observadas em conjunto ou separadas, todas elas identificam o ilícito penal. Agora, eu consigo perceber – não sei se esta proposta será bem recebida aqui –, dessas quatro condições, a possibilidade de reduzir para apenas duas, dois grandes grupos, como já chamei: do trabalho forçado e da condição degradante. Isso porque, a meu sentir, o trabalho forçado, e a maior parte das denúncias que nós encontramos sobre trabalho forçado trata exatamente da servidão por dívida, como exatamente no final do *caput* do art. 149. Por quê? O que é o trabalho forçado? O trabalho forçado é aquela situação em que o trabalhador é levado, mediante falsas promessas, de um município para outro, de um Estado para outro da federação, porque naqueles municípios onde ele se encontra não tem condições de desenvolvimento, de sobrevivência. Enfim, são municípios de extrema miséria. Nós temos municípios no Piauí e no Maranhão, mas especialmente no Estado do Piauí, diversos municípios já perfeitamente identificados como grandes fornecedores de mão-de-obra para o trabalho forçado, porque são municípios onde as pessoas não têm trabalho, não tem emprego.

Os trabalhadores dizem que saem de seus lugares de origem porque têm que sair. Ninguém fica feliz em sair, ninguém fica feliz em abandonar a família. Mas não há alternativa. Então, nesse deslocar-se de um município para outro, aí começa o calvário do trabalhador, aí também começa a dívida, que vai se tornar impagável. Toda e qualquer despesa do trabalhador na viagem até o local de trabalho será objeto de dívida. Se o “gato”, ao arremeter o trabalhador, fornece um café, um pão com manteiga, água, a própria despesa de viagem, tudo isso já significa uma dívida que o trabalhador não vai conseguir pagar. Então, é exatamente assim que se forma a dívida, é assim que nós vamos identificar a servidão por dívida contraída com o empregador ou preposto, como aponta o *caput* do art. 149 do Código Penal brasileiro.

É muito fácil identificar o trabalho forçado, aquela condição em que às vezes o trabalhador é mantido por situações várias: por coação, coação moral, coação psicológica, violência. Em várias oportunidades encontramos armas, em várias oportunidades os trabalhadores relatam surras. Já ouviram falar em surra de facão? Há relato de trabalhador que levou uma surra enorme de facão. Aquele facão enorme. Tem uma parte do facão que corta, e o trabalhador apanha de facão. Se o facão bate do lado que não tem corte, sorte para ele, mas o trabalhador acaba machucado. Há relato de surra de corrente de motosserra também, igual àquela corrente de bicicleta.

DOUTRINA

Por várias formas, o trabalhador, em vários momentos, é mantido no local da prestação do serviço. E também pela servidão por dívida, identificando, a meu sentir, nessas duas situações, o trabalho forçado. Já a condição degradante é facilmente identificável, e nós podemos observar nela uma grande afronta à dignidade da pessoa humana. São situações em que o trabalhador é abandonado à própria sorte. O trabalhador é abandonado no meio do mato, não tem alojamento. São quatro pedaços de paus fincados no chão cobertos com uma lona preta e ali o trabalhador é deixado. Não tem alimentação, não tem água. Às vezes a água é dividida com o gado. O gado entra no poço para beber água. Em algumas situações o trabalhador ainda tem sorte porque a água é corrente. Menos mal. Mas na maior parte das denúncias que recebemos é água parada, água que está em um buraco, no chão, e o trabalhador tem que utilizar aquela água juntamente com os animais. Essa seria a condição degradante.

Observa-se a ausência, por exemplo, de equipamentos de proteção. Trabalhadores que não têm a menor proteção para desenvolver suas atividades. Então, isso também identifica a condição degradante. E a última condição que eu classifico também como condição degradante é a chamada jornada exaustiva, que não é aquela nem sempre medida em quantidade de horas trabalhadas, mas sempre medida de acordo com a atividade que leva o trabalhador à exaustão. É preciso observar a atividade e é preciso observar, também, as condições em que a atividade é desenvolvida. Dou um exemplo bem recente: pelo menos 20 trabalhadores que morreram nos últimos dois ou três anos no interior de São Paulo. Vejam: não é interior do Pará, não é no Mato Grosso, não é em Tocantins nem no Maranhão. É no interior de São Paulo, cortando cana-de-açúcar, porque hoje se exige do trabalhador o corte de, no mínimo, 10 toneladas de cana por dia, e, para receber no final do mês uma quantia um pouco maior, chegam a cortar 16, 18 toneladas de cana por dia. Uma média de 10 toneladas de cana por dia dá no final do mês cerca de R\$700 / R\$ 800 reais por mês, dependendo da região do país onde o trabalhador estiver trabalhando. Então, há trabalhadores que vão além. Há um último caso de um trabalhador que cortou 18 toneladas de cana em um dia, na semana seguinte, em um dia da semana, ele cortou 26 toneladas de cana, no mês seguinte ele morreu. São várias mortes por exaustão. Todas essas mortes estão sendo investigadas. Há um trabalho conjunto do Ministério Público do Trabalho com a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado de São Paulo. Procuradores e médicos do trabalho estão observando essa situação para identificar tais casos. São situações que vamos observar e vamos acreditar que estão perfeitamente identificadas na *caput* do art. 149 do Código Penal.

Uma certeza: há uma resistência muito grande em relação a essas condições degradantes, eu não tenho dúvida. Se há trabalho forçado, se há condição

degradante, se há jornada exaustiva, se há servidão por dívida, então nós estamos diante do crime capitulado no art. 149 do Código Penal, que é o crime de reduzir alguém à condição análoga à de escravo. Agora, não sei por que, perdoem-me a minha ignorância, mas há uma falta de sensibilidade, há uma resistência muito grande em relação às condições degradantes. É como se o legislador lançasse no art. 149 do Código Penal essa identificação como se isso tivesse caído do céu, como se o legislador tivesse acordado de manhã e dissesse: “eu vou lançar no art. 149 do Código Penal a condição degradante porque é bonitinho”. Não é bem assim. Não consigo compreender o porquê dessa resistência. O país vem assinando inúmeros tratados internacionais, assumindo o compromisso de combater, de não permitir exatamente que aconteçam essas condições degradantes em todos os momentos. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia das Nações Unidas, em 1996, cujo art. 7º dispõe: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes”. É igualmente subscritor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o famoso Pacto de San José da Costa Rica. E lá, também, da mesma forma, no art. 5º está repetido textualmente o dispositivo acima. Mas não fica por aí. Há mais. O Brasil também é signatário do Estatuto de Roma, de 1998, e ali vai mais além. Fala-se em crime de escravidão. E ainda, no mesmo Estatuto de Roma, “ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes”. Então, não é à toa que o art. 149 do Código Penal traz hoje uma impossibilidade, uma identificação como verdadeiro abuso de se manterem trabalhadores em condições degradantes. Não é possível que se admita uma resistência em relação a essa situação. É como se observássemos o crime previsto no art. 149, apenas e tão-somente, pelo viés da liberdade. Ora, é claro que a liberdade é importante. Mas, ainda sobre esse viés, é importante dizer. Não é só a liberdade de ir e vir. É a liberdade de contratar. Em determinados momentos, o trabalhador pode sair do local onde está prestando serviços. Pode sair andando. Nem sempre há corrente, nem sempre há capangas armados. Mas, na maior parte das vezes, há uma dívida. Na maior parte das vezes, há uma humilhação a que é submetido o trabalhador, e essa situação faz com que ele, trabalhador honesto, trabalhador orgulhoso, permaneça para pagar a dívida e não saia. E se ele não consegue sair, vai permanecer submetido a essas condições. Então, é preciso observar a liberdade sim. Mas não é só aquela liberdade de ir e vir, aquela liberdade de ambular porque, em determinados momentos isso pode ser observado. Mas, principalmente, não deixem de pensar nisso, a liberdade de contratar, a liberdade de assumir uma obrigação de prestar serviços, mas a liberdade também de abandonar aquele local em todos os momentos, em todas as situações em que o trabalhador estiver sendo absurdamente explorado.

TRABALHO INFANTIL

Eliane Araque dos Santos*

É uma honra estar aqui, não só por estar privando da companhia de vocês, operadores do direito, estudantes, pessoas interessadas no tema, para colocar, discutir algumas questões relacionadas ao trabalho infantil, como também pelo fato da colocação desse tema na perspectiva da violação dos direitos humanos. Penso que não poderia ser diferente no tratamento dessa questão e na busca pela erradicação do trabalho infantil, na busca do entendimento de como se dá esse fenômeno em nossa sociedade. Infelizmente, não é privilégio da nossa sociedade, é um fenômeno que acontece no mundo inteiro e, quiçá, naqueles países também que têm a qualificação de países desenvolvidos nós ainda vemos registro, relatos de exploração do trabalho da criança e do adolescente, de tráfico de crianças e adolescentes para fins de exploração sexual-comercial, por exemplo. Então, não podemos deixar de enfocar esse tema a partir dessa perspectiva.

Trabalho infantil, em qualquer acepção, é, sim, violação dos direitos humanos. E nós vemos pontuada a proteção da família e da infância em todos os pactos internacionais, em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos, a começar pela Declaração de Direitos Humanos, de 1948, que é o objetivo deste seminário: comemorar a sua vigência por 60 anos.

Nós vemos também pontuada a proteção à infância no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, assim como no Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, também daquele ano. Por que me reporto a esses instrumentos? Porque, desde aquele momento, essa proteção é enfatizada, é colocada como sendo do âmbito não só da família, mas do Estado e da sociedade. Portanto, quando nós nos voltamos para a nossa legislação e nos debruçamos sobre ela, não podemos nos esquecer de que ela nada mais representa do que um espelho, um reflexo dessas normas internacionais. Ela nada mais nos fala do que já vem consagrado no âmbito internacional com

* *Procuradora Regional do Trabalho; Especialista em Direitos Humanos pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.*

DOUTRINA

relação à proteção que é devida de forma prioritária a toda criança e a todo adolescente. Esses pactos, esses instrumentos, eles se consolidaram, foram especificados, foram explicitados, na Convenção dos Direitos da Criança, da ONU, de 1990, que foi ratificada pelo Brasil naquele mesmo ano. A Convenção foi discutida na Assembléia das Nações Unidas em 1989. O Brasil a assinou naquele momento, assim como a maior parte dos países. A Convenção de Direitos Humanos é o instrumento internacional mais ratificado no mundo. Parece-me que dois países não a ratificaram, entre eles os Estados Unidos da América do Norte. Reforço isso para mostrar a importância desse documento.

Só para retomar um pouco a questão dos direitos humanos, eu lembraria aqui Norberto Bobbio, que colocou essa questão com muita propriedade. A professora Flávia já falou ontem, mas eu gostaria de repetir porque é muito importante. É que a questão dos direitos humanos não é mais de fundamentação, embora haja toda uma discussão na doutrina no sentido de que é necessário que se fundamente, ou que se discuta mais, ou que se explicitem mais os direitos humanos, mas Bobbio, com muita propriedade, colocou que não é uma questão de positividade porque eles já estão positivados. Em todos os momentos em que foram discutidos quais direitos humanos e foram redigidos os instrumentos internacionais não houve problema algum com relação a essa especificação e a esse acordo geral, acordo internacional, acordo dos países presentes no sentido de quais direitos esses seriam. No entanto, na hora de implementá-los, na hora de torná-los efetivos, há toda uma discussão e uma perplexidade no sentido de como eles serão exequíveis, ou executados, ou efetivados. O que Bobbio disse foi justamente isto: que o problema não é de positividade porque na hora de positivá-los há pleno acordo, nenhuma discussão, nenhuma discordância. O problema é de garanti-los. Nem sequer de fundamentá-los, mas de garanti-los. E, para tanto, é necessário que haja vontade política.

Por que reforço essa colocação de Norberto Bobbio, que, para mim, se mantém atual, é muito explícita, e deixa um pouco de lado toda essa discussão com relação à questão da fundamentação? Porque, realmente, voltando os olhos para a questão do trabalho infantil, vê-se que o que nós carecemos, muitas vezes, é de vontade política, mas também de um entendimento errôneo, ou um entendimento equivocado do que seja trabalho infantil. Porque o que nós vemos em nossa sociedade é a naturalização do trabalho infantil. Eu e vocês, muitas vezes não me excludo, embora eu seja absolutamente contra, mas eventualmente eu me coloco, porque estou falando aqui da sociedade como um todo, então, o que permeia essa sociedade em que nós vivemos, em que pese todo esse arcabouço de direitos humanos, toda essa discussão que é atual, que é feita em vários momentos, em vários espaços hoje é a questão de que nós aceitamos o

trabalho infantil e achamos que ele é razoável e ele pode sim ser uma solução para crianças e adolescentes carentes pobres que não têm como sobreviver. Nossos filhos são preservados. Nós não temos o dilema de dar educação para os nossos filhos e de encaminhá-los. O máximo que pudermos, em termos de proteção e de condições para eles, para que possam adentrar a vida adulta com segurança e abertura, com um leque de oportunidades que eles possam ter à sua frente. Então, nossos filhos são protegidos e nós não cogitamos de colocá-los no trabalho. A grande maioria é assim, inclusive nós que estamos aqui neste momento discutindo e se interessando sobre o tema. No entanto, quando se trata de crianças pobres, crianças carentes, o trabalho infantil é, sim, uma solução, porque é assim que pensa a nossa sociedade, e é assim que pensa, eu até diria, pelo número de crianças e adolescentes que temos no mundo (mais de duzentos milhões de crianças e adolescentes na condição de trabalho precoce), a sociedade humana, no sentido de que é natural o trabalho infantil.

Não pontuei ainda a nossa Constituição. Nós temos na nossa Constituição – isso já foi falado ontem – princípios que norteiam e balizam nossas ações, nosso pensamento, do que seja Estado brasileiro e do que nós queremos como sociedade, estão ali estampados, colocados e positivados como direitos, colocados claramente como princípios norteadores das nossas ações, das nossas intervenções, como operadores do direito, como pessoas que fazemos, vamos buscar a implementação da lei, vamos buscar a garantia dos direitos, vamos buscar a executividade do que está estampado na nossa legislação, no nosso arcabouço jurídico. Então, nós vemos que a nossa Constituição, assim como a maioria das constituições de outros países contemporâneos, democráticos, livres e desenvolvidos colocam e pontuam como fundamento do seu Estado a dignidade da pessoa humana. O Estado não como um fim em si mesmo, mas um Estado voltado para a realização da pessoa humana.

E ainda pontua – e esse é o fundamento maior do nosso Estado – ainda temos os fundamentos no sentido da valorização do trabalho, por exemplo, e ainda buscamos, como está lá estampado nos primeiros artigos da nossa Constituição, uma sociedade justa e solidária. Temos em nossa Constituição a disposição do art. 227 estampada no seu *caput*, resumindo, sintetizando toda a Convenção da ONU sobre os direitos da criança no sentido de que é devido a toda criança e adolescente a proteção integral com prioridade absoluta. Estamos falando de um princípio, mas esse princípio que está ali estampado imediatamente elenca um feixe de direitos que são colocados como direitos de toda criança e adolescente que precisam ser buscados e estampados. Então, nós vemos ali aquele princípio muito claramente discriminando os direitos, que é uma positivação dessa proteção integral que nos está a dizer como

caminharmos no sentido de dar-lhes essa proteção. Desde o estabelecimento dos Pactos e da Declaração de 1948 essa proteção incumbe à família, ao Estado e à sociedade. E nós sabemos que não é um no lugar do outro. Nós sabemos que somos todos, conjuntamente. Na medida em que a família não pode dar o sustento para suas crianças, não tem condições de sobrevivência, é o Estado que vai, com as políticas públicas, com a canalização de recursos, dar o suporte a essa família para que ela, dignamente, possa dar suporte às suas crianças, aos seus filhos. Então, falamos de um princípio que está posto no art. 227, que enfeixa os direitos, e vamos buscar no art. 7º, inciso XXXIII, a regra impositiva que nos é colocada no sentido de que é proibido todo e qualquer trabalho antes da idade de 16 anos.

Antes de discutir um pouco essa questão, eu gostaria de passar os olhos em toda a seqüência de constituições que tivemos até o momento. E, desde a Constituição do Império até a primeira Constituição da República, de 1891, a primeira constituição que dispôs explicitamente a idade mínima para o trabalho de 14 anos de idade. Com uma única exceção, e foi em um momento de exceção, um período que passamos em ditadura, com a nossa Constituição de 1967, a idade para o trabalho foi reduzida para 12 anos, mantida com a Emenda Constitucional de 1969. Em 1988, retomamos o patamar anterior, tradicional, de o limite de idade para trabalho ser de 14 anos. Apenas lembrando *an passant* para os senhores: no final do século XIX houve uma lei que proibia o trabalho de pessoas com idade inferior a 14, 15 anos. Então, tradicionalmente, em nosso país a idade-limite para o trabalho é de 14 anos. Veio a Emenda Constitucional 20, de 1990, e aumentou para 16 anos. Essa emenda é muito criticada no sentido de que ela o fez artificialmente, no sentido de que ela nos surpreendeu porque teria vindo não após uma ampla discussão da questão pela sociedade, ela teria vindo no bojo da reforma previdenciária, sendo inadequada quanto à idade. Essas são uma das críticas que são colocadas quanto a essa mudança. Então, ela veio em um momento inadequado e veio colidindo com uma realidade vivenciada pelo país. Isso não é verdade, ainda que tenha vindo no bojo da reforma previdenciária, ela se coloca compatível e se alinha com os instrumentos internacionais que dispõem a respeito, com o nosso momento histórico e com os fundamentos do Estado brasileiro. É uma falácia porque, quando se reduziu a idade-limite para o trabalho para 12 anos, fê-lo justamente no sentido de possibilitar a inserção no mercado de trabalho de um contingente de pessoas desempregadas, sem condições de sobrevivência, que estavam sem condições de empregabilidade e, no entanto, nada foi feito. Nem sequer se reduziu, pelo contrário, aumentou o número de crianças fora da escola, ou com problema de aprendizado, ou desempregada etc.

DOUTRINA

Então, a redução da idade-limite para o trabalho, na perspectiva de que vai, efetivamente, incluir um contingente da nossa população e dar-lhes dignidade é uma falácia. Fiquemos atentos a essa questão. Retomo isso porque no momento existem vários projetos de emenda constitucional no sentido de retomar a idade-limite para 14 anos, sob o argumento de que essas crianças, esses adolescentes estão desempregados, sem fazer nada e, com isso, ficam sujeitos à marginalidade, sujeitos a serem arregimentados pelo tráfico, sujeitos a se voltarem para atividades ilícitas. Então, é uma forma de formá-los, de educá-los para o trabalho e dar-lhes oportunidade. Mais uma vez eu digo aos senhores que é uma falácia. Isso não é uma realidade. Por vários motivos, e posso elencar alguns.

Voltando para a nossa legislação – gostaria que os senhores não perdessem de vista os instrumentos internacionais –, digo que ela é um reflexo, que ela consolida, que ela espelha esses instrumentos. Então, ela não é fora da realidade. É condizente não só com o arcabouço jurídico ou com a pretensão internacional no sentido da afirmação dos direitos como com o próprio objetivo do Estado brasileiro, que está alinhado nos seus arts. 1º, 2º, e 3º da sua Carta maior. Não é desarrazoado, não é irreal pensarmos que, embora tenhamos um contingente grande de crianças e adolescentes fora da escola, ou ainda que matriculados com problemas de defasagem escolar, com problemas de abandono e evasão escolar, com um aprendizado sem qualidade, ainda que tenhamos essa realidade, o trabalho não é solução. E aí não estamos colidindo com o princípio da valorização do trabalho de que trata a nossa Constituição, porque estamos reafirmando, porque o trabalho é para o adulto. Ele tem que ser garantido, tem que ser decente, não pode ser degradante, mas direito ao trabalho é do adulto.

Não está elencado no art. 227 o direito ao trabalho. Estão elencados ali, entre os direitos da criança e do adolescente, o direito à educação e à formação profissional. Por que coloco isso? Porque na hora em que vemos um estudo do IPEA que coloca que em nosso país há praticamente 46,6% dos nossos jovens desempregados, e que quando nos vemos diante de um percentual alto assim, nós pensamos logo em criar postos de trabalho para esse adolescente, temos que repensar isso. O estudo do IPEA demonstra que esse desemprego se faz também porque são pessoas inexperientes, são pessoas sem escolaridade, são pessoas não preparadas para o mercado de trabalho e, quando nele adentram, são para trabalhos ou empregos de curta duração, na informalidade. Então, estão envolvidos com trabalho precário e ficam nesse círculo vicioso. Não rompem com essa precariedade, não conseguem ter perspectiva de trabalho melhor e de sobrevivência digna.

DOCTRINA

A questão do desemprego precisa ser solucionada não com a inserção do jovem em qualquer trabalho, mas com a garantia de uma escola de qualidade, mas não só com a matrícula, com a permanência, com o aprendizado de qualidade, procurando-se garantir a manutenção do jovem na escola e evitar o abandono. A defasagem e o abandono, grande parte é mostrada não só pelo estudo do IPEA, mas pelo do IBGE também, e pela PNAD, que é decorrência do trabalho. Embora, em muitas situações, a frequência à escola se mantenha, ao longo do período que a criança se mantém no trabalho, a defasagem ocorre e muitas vezes o abandono também. Então, elas vão entrar naquele contingente de pessoas desempregadas ou, quando estão trabalhando, o estão fazendo de forma precária.

Estudo da OIT coloca que a criança que ingressa no trabalho precoce, ao longo da sua vida adulta, apresenta média salarial é muito baixa, muito inferior àquele jovem que adentra o mercado de trabalho após os 18 anos. Então, nós vemos que o trabalho precário é uma realidade desses jovens. Nós sabemos que a pobreza é uma determinante do trabalho infantil porque a grande maioria dos trabalhadores infantis é proveniente de família de baixa renda *per capita*. Mas nós, que estamos engajados nessa discussão, que vemos essa perspectiva dos direitos humanos, não buscamos ou não vemos essa questão de forma tão grave porque, como eu disse, o trabalho infantil é justificado, é naturalizado, e o vemos, via de regra, como uma saída.

As justificativas – eu não disse, mas gostaria de retomar a questão de que, com a Constituição de 1988, nós rompemos com o paradigma anterior, que estava no Código de Menores, de 1927, e depois mantido com pequenas alterações no sentido das suas disposições, mas o mesmo sistema tutelar do Código do Menor, de 1979, no sentido da doutrina da situação irregular em que, nessa perspectiva, o trabalho ou a ocupação desses jovens era buscada e incentivada muito mais do que a própria escolaridade. Até mesmo a aprendizagem de que nós falamos hoje, quando ela surgiu, foi muito mais uma oportunidade oferecida aos filhos dos trabalhadores dos operários do que propriamente a escola para que eles adentrassem imediatamente com alguma qualificação o mercado de trabalho. No entanto, hoje, quando falamos de aprendizagem, não falamos de qualquer aprendizagem. Falamos daquela que deve ser dada ao jovem, e com mais propriedade ainda ao jovem carente para que ele tenha a melhor aprendizagem, no sentido de que ele, mais do que nunca, por ser carente, por ter defasagem escolar, precisa de um suporte tal, ou de uma qualificação de tal ordem que ele possa adentrar o mercado de trabalho em condições iguais ou próximas daquele que não teve necessidade do trabalho. Seria a efetivação do princípio da igualdade com, vamos dizer, o tratamento de

desigualdades. Quer dizer, dando um tratamento desigual a esses jovens carentes para que eles possam sair da sua condição, romper com aquela estagnação e, aí, ser alçados ao patamar daqueles jovens mais favorecidos, igualando-os, aproximando-os no sentido de que eles adentrem o mercado de trabalho nessa vida adulta em igualdades de condições, ou com oportunidades de trabalho tantas quantas os demais jovens têm.

Só para retomar a discussão, não é a falta, não é não estar trabalhando ou estar à toa que leva o jovem para a ilicitude ou para que ele seja aliciado para o tráfico. É a falta de perspectiva de vida. É não vislumbrar que oportunidades se abram à sua frente. É não ter escolhas. Alguns estudiosos de direitos humanos nos colocam que a efetivação dos direitos humanos é a efetivação da autonomia e da liberdade. Mas não é uma autonomia ou uma liberdade no sentido de que cada um de nós é livre para fazer o que quiser. É no sentido de que essa autonomia se espelhe na perspectiva de ter efetivas escolhas à sua frente para serem feitas, de que, efetivamente, tenham oportunidades à sua frente porque aí saberá as escolhas a fazer porque tem escolhas, tem caminhos a trilhar à sua frente e, o que nós tivemos para a grande maioria dos nossos jovens é a falta de perspectiva, nenhuma possibilidade de escolha. É ir simplesmente na avalanche ou no ciclo vicioso que suas famílias já vêm ao longo de gerações. É a perpetuação tão falada nos estudos da OIT e de todos aqueles que tratam da matéria no sentido da perpetuação do ciclo de pobreza. Então, é preciso isso, a Convenção da ONU fala a todo momento, e isso nós temos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina, que regulamenta o art. 227. Isto está no art. 227. Por favor, não digam, não repitam e não pensem o Estatuto da Criança e do Adolescente uma lei muito avançada para o Brasil. Ela não é avançada. Ela é a lei de que necessitamos e que espelha o que está na nossa Carta maior. E quem escolheu os princípios e regras que estão nessa Carta maior fomos nós como sociedade. Então, a sociedade que buscamos, que é uma sociedade justa e solidária, para nós caminharmos nessa direção – já foi demonstrado aqui – não temos uma sociedade nem justa, nem solidária. A naturalização do trabalho infantil mostra isso. Não há solidariedade e não há justiça. Então, para que possamos caminhar rumo a uma sociedade justa e solidária e para que, efetivamente, a nossa sociedade, o nosso Estado, garanta a dignidade da pessoa humana, pessoa, independente de sexo, de condições econômicas, de idade, de opções, para que possamos fazer isso, nós temos que, pelo menos, voltar nossos olhos para a garantia de direito de nossas crianças e de nossos adolescentes porque, se não fizermos isso, nós não só vamos ter a chaga de descumprir direitos e não dar condições mínimas de dignidade para nossas crianças, como também seremos responsáveis pela

DOCTRINA

perpetuação do trabalho escravo, que vai sempre existir nessa perspectiva. Nós, como sociedade, precisamos estar atentos e não aceitar que nos coloquem que nossa lei é irreal, porque ela é muito avançada, não aceitar que nos coloquem que o trabalho infantil é possível porque as famílias estão carentes, diante da nossa perplexidade, até como juízes, diante da perplexidade das necessidades, que busquemos outros caminhos, que busquemos exigir políticas públicas, canalização de recursos para efetivação desses direitos. E isso não é usurpação de poder. Isso é exercício de uma função na perspectiva dos princípios que estão delineados na nossa Carta política. Portanto, precisamos olhar, se quisermos pensar uma sociedade justa e solidária, se quisermos pensar em nós, individualmente, como cidadãos, nós não seremos cidadãos somente porque exercemos e sabemos dos nossos direitos. Seremos cidadãos se nós também buscarmos a realização e garantia dos direitos dos demais membros, nossos parceiros, nesse caminhar nessa nossa sociedade. É preciso que estejamos atentos para, antes de olharmos, por exemplo, para o art. 7º, XXXIII, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, falar, não, essa lei não é real, dizer: não, essa lei é desejada, é possível, e a norma tem de indicar e apontar para o ideal porque o caminhar nós temos que fazer com os nossos próprios pés. Temos de fazê-lo com a conscientização dos nossos direitos e dos direitos dos nossos concidadãos, e, como operadores do direito, seja como advogado, juiz, procurador, promotor, buscarmos, cada um na sua função, realizar esses direitos. Do contrário, não estaremos sendo cidadãos, não poderemos imputar a ninguém a culpa por não termos uma sociedade justa e solidária e por termos o princípio da dignidade da pessoa humana estampado, sendo fundamento do nosso Estado, mas sendo absolutamente esvaziado de conteúdo.

DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

Flávia Piovesan*

Destacarei duas reflexões que me parecem centrais a essa temática. A primeira delas: como compreender a concepção contemporânea dos direitos humanos, qual é o legado da Declaração Universal de 48. Segunda questão: quais são os principais desafios e perspectivas para implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea. Começo com a primeira indagação, como compreender o legado da Declaração de 1948 e começo afirmando que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e quando podem nascer. Diz Bobbio que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado mas são um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõe esse construído axiológico, fruto da nossa história, do nosso passado, do nosso presente, a partir sempre de um espaço simbólico, de luta e ação social. Para Joaquín Herrera Flores os direitos humanos compõem a nossa racionalidade e resistência, traduzindo esses processos que abrem e consolidam espaço de luta pela dignidade humana, invocando uma plataforma emancipatória voltada de um lado à proteção à dignidade humana e por outro à prevenção ao sofrimento humano. Não apresentam uma história linear. Não são a história de uma marcha triunfal nem tampouco são a história de uma causa perdida de antemão, mas a constante na luta pela afirmação dos direitos humanos é serem a história de um combate, de uma luta e de ações sociais.

Vejam a complexa agenda brasileira, que conjuga de um lado temas de uma agenda que eu chamaria de pré-republicana, como o combate ao trabalho escravo, como o problema das populações não documentadas, com temas afetos a uma agenda da pós-modernidade pertinentes, por exemplo, aos desafios da biotecnologia ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, etc.

* *Procuradora do Estado de São Paulo; Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP; Professora da PUC/SP e PUC/PR.*

De toda maneira os direitos humanos se inspiram nesta dupla vocação: afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento humano. Lembro aqui Hannah Arendt, quando afirma que o ser humano é ao mesmo tempo um início e um iniciador e que é possível modificar pacientemente o deserto com as faculdades da paixão e do agir. A ética dos direitos humanos trabalha com o idioma da reciprocidade. É aquela ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as suas potencialidades de forma livre e de forma plena. E sob esse prisma histórico é que aqui salto para a Declaração Universal de 48, que nasceu como resposta à barbárie totalitária, às atrocidades, aos horrores cometidos ao longo do totalitarismo da era Hitler. Inova em muito a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a concepção contemporânea respondendo a três perguntas: quem tem direitos, por que direitos e quais direitos?

Quem tem direitos? Responde a Declaração que os direitos humanos são universais porque clama, ela, pela extensão universal desses direitos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. O ser humano é um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade como um valor intrínseco à condição humana. Aqui o rechaço a equação nazista, que entendia que era apenas sujeito de direito aquele que pertencesse à raça pura ariana. Não, o valor da dignidade humana é um valor intrínseco à condição humana e não um valor extrínseco, a depender da minha condição social, econômica, religiosa, nacional ou qualquer outro critério.

Quais direitos? A Declaração afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declaração a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os *blue rights* – os direitos civis e políticos – são os *red rights*. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade.

Eis aí a visão integral, holística, da declaração e é nela que se inspira o idioma contemporâneo dos direitos humanos. E é a partir dela que nós temos o

direito protetivo internacional de direitos humanos. Temos o sistema global, temos hoje os sistemas regionais de proteção na Europa, América e África e temos o sistema local, doméstico de proteção dos direitos humanos. Falar em proteção, defesa dos direitos humanos, hoje é falar no âmbito global, regional e local. Três vertentes que se inter-relacionam e que dialogam o tempo todo.

Vejam que a declaração dos direitos humanos de Viena, de 1993, na voz de 171 Estados reitera a concepção de 1948, quando em seu parágrafo 5º afirma: todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade deve tratá-los globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Viena afirma, ainda, a interdependência entre os valores direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Não há direitos humanos sem democracia, tampouco há democracia sem direitos humanos. O regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, dos 200 Estados que integram a ordem internacional 140 realizam eleições periódicas, contudo apenas 82 Estados, o que corresponderia a 57% da população mundial, para a ONU são considerados planamente democráticos. Já o direito ao desenvolvimento corresponde a uma globalização ética e solidária, fundada no direito de solidariedade. Reflete uma demanda crucial do nosso tempo, na medida em que 4/5 da população mundial não mais aceita o fato de 1/5 da população mundial continuar a construir sua riqueza com base na miséria e na pobreza dos demais 4/5.

Feitas essas considerações, passo à segunda reflexão. Quais os principais desafios e perspectivas para implementação dos direitos humanos? Quais são as grandes inquietudes e as grandes tensões afetas à proteção desses direitos? E eu gostaria de finalizar destacando sete desafios. O primeiro deles é a tensão entre de um lado o universalismo e por outro o relativismo cultural. A pergunta é: qual é o fundamento dos direitos humanos? Por que nós temos direitos? Para os universalistas porque há o mínimo ético irredutível, há essa idéia de dignidade como valor intrínseco a condição humana. Para os relativistas a cultura é a fonte dos direitos humanos, portanto não há como sustentar uma ética universal. O pluralismo cultural, nessa visão, impediria a formação de uma moral universal. Não haveria uma moral universal já que a história do mundo seria a história da pluralidade de culturas e essa pluralidade produziria os seus próprios valores. Neste passo, compartilho da visão de Boaventura de Sousa Santos em defesa de uma concepção multicultural dos direitos humanos inspirada no diálogo entre culturas a compor um multiculturalismo emancipatório. Portanto fugiríamos aqui de um localismo globalizado ou mesmo de um globalismo localizado. Defendo aqui o universalismo de confluência,

de ponto de chegada e não de ponto de partida, defendo o que Bhikhu Parekh chama de universalismo pluralista não etnocêntrico, baseado no diálogo entre as culturas. Lembro autores como Amartya Sen, que busca o diálogo entre direitos humanos e valores asiáticos, Abdullah Arned An-na'im, que busca o diálogo entre islamismo e direitos humanos. E volto ao tema do diálogo entre as culturas, volto ao tema do respeito à diversidade e volto à idéia de Amartya Sen, para quem nós temos que transitar do lema do pós-11 de Setembro, que era o choque civilizatório – *crash of civilization* – para a idéia do diálogo civilizatório – *dialogue among civilization*. Lembro, ainda, Gadamer, para quem o diálogo quando é exitoso nos toca, mexe conosco, deixa algo em nós e por isso o diálogo exitoso tem uma força transformadora.

Segunda inquietude: laicidade estatal *versus* fundamentalismos religiosos. Creio que o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, porque confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, a imposição de uma moral única a inviabilizar qualquer projeto de sociedade pluralista aberta e democrática. Há autores a defender um novo iluminismo capaz de separar a esfera do Estado e a esfera da religião, ou seja, defendo aqui essa separação para que exista o direito à liberdade religiosa e moral. Esse seria o segundo desafio, a segunda inquietude.

A terceira inquietude tem a ver com a tensão entre de um lado o direito ao desenvolvimento e por outro as assimetrias globais. Vejam, em 1986 a ONU adota a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por 146 Estados com um voto contrário – Estados Unidos – e oito abstenções. O direito ao desenvolvimento demanda três dimensões. Primeiro, o componente democrático; a importância da participação na formulação de políticas públicas com transparência, *accountability* e democratização. Segundo, a proteção às necessidades básicas de justiça social, e, terceiro, a adoção de programas e políticas nacionais como também da cooperação internacional. Vejam aqui o diagnóstico das assimetrias globais: hoje os 15% mais ricos do mundo concentram 85% da renda mundial enquanto que os 85% mais pobres concentram tão-somente 15%. Para a Organização Mundial de Saúde, a pobreza, pasmem, acima de qualquer guerra, da somatória das guerras, é a principal *causa mortis* do mundo. Por dia há 50 mil vidas desperdiçadas no mundo, sendo 34 mil de crianças menores de 5 anos. Nesse contexto desigual, a nossa região, a América Latina, é a mais desigual, não a mais pobre mas a mais desigual. E o nosso país é o mais desigual da região mais desigual num mundo bastante desigual. O Brasil, como todos sabemos, está entre as maiores economias mundiais, disputando o 9º ou 10º lugar, mas é o 4º país mais desigual do planeta, perdendo para Serra Leoa, Swazilândia e República Centro Africana.

E não é mera coincidência sermos o 4º mais violento do planeta, concentrando 14% da taxa de homicídio mundial.

Então, vejam, se tradicionalmente a agenda dos direitos humanos centrou-se na tutela dos direitos civis e políticos, sob o forte impacto da voz do hemisfério norte, hoje há a ampliação dessa agenda tradicional que passa a incorporar novos direitos. Daí minha alegria em estar aqui nesta Casa, que defende e tutela e salvaguarda direitos sociais fundamentais. Porque os direitos sociais, econômicos e culturais são uma dimensão fundamental dos direitos humanos. Os direitos sociais incluem o respeito às necessidades fundamentais e incluem essa idéia que os direitos sociais são direitos e não mera caridade, compaixão ou generosidade estatal. De modo que se os direitos civis e políticos mantêm a democracia em limites razoáveis, são os direitos sociais que estabelecem limites adequados aos mercados. Mercados e eleições por si só não são suficientes para assegurar direitos humanos a todos.

Quarto desafio a este legado: proteção dos direitos sociais e os dilemas da globalização econômica. Sabemos que nos anos 90 as políticas neoliberais fundadas no livre mercado, nos programas de privatização, na austeridade econômica permitiram que hoje Estados se achem incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais. A globalização tem agravado, ainda mais, as desigualdades sociais. Esta é a voz do então diretor-gerente do Fundo Monetário Internacional, no seu último discurso oficial: “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas porque a pobreza é ameaça sistêmica fundamental à estabilidade num mundo que se globaliza. Portanto, é fundamental redefinir o papel do Estado, reforçando a sua responsabilidade no que tange à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades e compensar os desequilíbrios criados pelos mercados”. Lembro a todos, ainda, que das 100 maiores economias mundiais hoje, 51 são multinacionais e 49 são Estados nacionais. Há multinacionais cujo faturamento anual excede em muito o PIB de vários Estados.

Quinto desafio: respeito à diversidade *versus* intolerâncias. Isto porque o processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis como as mulheres, como as populações afro-descendentes, e aí se falar no fenômeno da feminização e etnização da pobreza. Lembro que no mundo, hoje, há 1 bilhão de analfabetos adultos, 2/3 são mulheres. E é por isso que a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata. Havia o temor da diferença e a bandeira era a igualdade formal de todos perante a lei. Contudo, é insuficiente

tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Temos aqui a especificação do sujeito de direito. As mulheres, crianças, migrantes, pessoas com deficiência, populações afro-descendentes, dentre outros, demandam a visibilidade de suas diferenças. Rompe-se com a indiferença às diferenças. Há o direito à igualdade e há o direito à diversidade e à diferença.

Destacaria aqui três concepções atinentes à igualdade. A primeira, a igualdade formal, todos são iguais perante a lei, que, no final do século XVIII, foi crucial para abolir privilégios. A segunda bandeira, igualdade material correspondente ao ideal de justiça social e distributiva, a igualdade contornada pelo critério sócio-econômico. E, finalmente, a igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades e aí se atravessam os critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios. Boaventura de Sousa Santos enfatiza: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Aí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. Lembro a todos que as mais graves e perversas violações de direitos humanos têm a mesma raiz: negar ao outro a condição plena de sujeito de direito; ver no outro um objeto, uma coisa ou um ser apequenado na sua dignidade. Daí a urgência do combate a toda e qualquer forma de racismo, sexismo, homofobia, xenofobia e outras formas de intolerâncias correlatas.

Sexto desafio: combate ao terrorismo *versus* preservação das liberdades públicas. Vejam, no cenário do pós-11 de Setembro, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório – direitos, liberdades e garantias – sob o clamor da segurança máxima. Basta atentar à doutrina de segurança adotada pelos Estados Unidos, basta olhar os casos Abu Ghraib e Guantánamo, basta ler o Ato Patriota. A pauta é o unilateralismo, ataques preventivos e hegemonia do poderio militar norte-americano. A guerra é o termo forte, a paz se limita a ser ausência de guerra. Pesquisas das mais diversas fontes – The Economist, Human Rights Watch, Anistia Internacional – demonstram o perverso impacto do pós-11 de Setembro na composição de uma agenda global tendencialmente restritiva de direitos. Países passam a afrontar o devido processo legal, o direito a um julgamento público e justo, que restringem direitos como a liberdade de expressão e de reunião. Nesse tema é fundamental não tolerar o terrorismo de Estado, é fundamental lembrar que o combate ao terrorismo só será efetivo com respeito e a promoção dos direitos humanos. Na avaliação do então Secretário-Geral da ONU, nós não teremos desenvolvimento sem segurança, tampouco teremos segurança sem desenvolvimento e não teremos nem tampouco segurança e desenvolvimento sem os direitos hu-

manos; há uma interdependência a envolver direitos humanos, desenvolvimento e segurança. A pergunta é como preservar a era dos direitos em tempo de terror.

Passo ao último desafio, sétimo desafio: unilateralismo *versus* multilateralismo, ou seja, a exigência ética de fortalecer o estado de direito e a construção da paz nas esferas global, regional e local mediante uma cultura de direitos humanos. Isto porque contra o terrorismo de Estado, contra esse risco, só há uma via que é a via construtiva do estado de direito. Só haverá um efetivo Estado de direito com o primado da legalidade, com o império do direito, com o poder da palavra e com a legitimidade do consenso. Também aqui enalteço o incrível repertório imaginativo e inventivo da sociedade civil fortalecida mediante redes que alimentam e fomentam esta interlocução. Se em 1948 tão-somente havia 41 ONGs junto à ONU com *status* consultivo, em 2004 nós temos 2.350 e, por isso, penso que multilateralismo e sociedade civil internacional são as únicas forças capazes de deter este amplo grau de discricionariedade do poder do império e fazer com que a força do direito prevaleça em detrimento do direito da força.

Com isso concluo pela crença na implementação dos direitos humanos como a nossa racionalidade e resistência, como a única plataforma emancipatória do nosso tempo. Se iniciava minha intervenção acentuando que os direitos humanos não são um dado, mas construído, enfatizo agora que a violação a estes direitos também o são, ou seja, as violações, exclusões, injustiças, discriminações, intolerâncias são um construído histórico a ser urgentemente desconstruído. Que possamos assumir o risco de romper com essa cultura de naturalização e banalização e trivialização das desigualdades e exclusões que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino da nossa humanidade.

Termino com as palavras da poetisa Sofia Andersen, para quem a poesia é uma das poucas atividades humanas que em tempos atuais busca salvar certa espiritualidade. Diz ela que “a poesia não é uma religião mas que não há poeta, seja ou não crente, que não escreva para a salvação da sua alma, como quer que esta alma se chame: amor, liberdade, dignidade ou beleza”. Do mesmo modo, acredito que a defesa dos direitos humanos nos inspira a esse exercício cotidiano de salvação das nossas próprias almas.

O COMBATE À CRIMINALIDADE SOB A ÓPTICA DOS DIREITOS HUMANOS

César Britto*

Não poderia resistir a discutir nesta Casa, que se especializou na solução do conflito capital/trabalho, um tema fundamental no mundo de hoje, que é como garantirmos, como está na Constituição, como está na Declaração dos Direitos Humanos, o direito da segurança das pessoas. Que as pessoas convivam em um ambiente sustentável, em um ambiente em que o ir e vir esteja garantido, sem ameaças do crime, do terror. Como garantir esse ambiente, sem violarmos outros direitos que são fundamentais e inscritos na Declaração de Direito dos Homens e na Constituição brasileira?

Nós, homens e mulheres, nascemos já sabendo que a igualdade é fundamental. Nós compreendemos, já como criança, que ninguém é melhor do que o outro. Quando nós convivemos, enquanto criança, não há cor que nos separe, não há cor que mostre a diferença. No avançar da idade, ao conviver com a sociedade é que as desigualdades nos começam a ser apresentadas, a desigualdade começa a ser fator de inclusão ou de exclusão social, de poder ou de ausência de poder. O ser humano percebeu isso e buscou, o tempo todo, a se auto-regulamentar, a compreender que, por si só, em um relacionamento desigual, a desigualdade vai sempre imperar. E é preciso criar regras que garantam, na compreensão de que se tratam os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade na medida em que desigualam regras que permitam fazer a diferença.

O mundo já viveu tudo. Já viveu o período da escravidão oficial, já viveu o período em que as pessoas se julgavam melhores que as outras porque nasciam com sangue azul divino e, portanto, tendo sangue azul eram melhores do que as outras. Mas o mundo depois começou a experimentar uma nova experiência, a experiência da democracia, a experiência do respeito ao outro, e essa convivência do respeito ao outro fez nascer, 60 anos atrás, a Declaração que hoje se comemora. Fez nascer, há 20 anos, uma das mais belas constituições

* *Presidente do Conselho Federal da OAB; Professor da Escola de Advocacia de Sergipe.*

do mundo, a nossa Constituição, que, inovando os seus próprios exemplos de constituição, ousou dizer que os direitos fundamentais são superiores ao direito do Estado, que ousou dizer pela primeira vez, já o disciplinar, que precisa primeiro garantir o cidadão para depois enquadrar o Estado na garantia do cidadão. Nós entendíamos, e entendemos, que esses textos são fundamentais. Nós entendemos que é importante ter uma constituição que fale em direitos fundamentais e que traga nos seus textos o que há de mais importante na Declaração dos Direitos Humanos. Liste alguns incisos que falam do direito à vida, à liberdade, à segurança, à proibição à escravidão na Declaração de Direitos Humanos, que ninguém será submetido a tortura, a castigo degradante; reconhecer a ter um tribunal que lhe julgue, à proibição de tribunais de exceções, que ninguém será arbitrariamente preso, detido, exilado. São várias regras das Declarações que constam expressamente da Constituição Federal.

E por que então, 60 anos depois da Declaração que o Brasil subscreveu, 20 anos depois da Constituição Federal, nós estamos insistindo ainda nesse tema não apenas em comemoração, mas para cobrar do Estado e cobrar de nós mesmos os compromissos com esses textos legais? É porque não basta uma boa intenção expressa em lei. Como se diz: “É preciso que as leis saiam dos papéis para que ganhem as ruas”. Não ganhou ainda as ruas a importância da Declaração dos Direitos dos Homens e dos princípios fundamentais. Nós tínhamos a esperança, 20 anos atrás, a minha geração principalmente, que, quando exultávamos contra o Estado policial refletido em uma ditadura militar, e que colocávamos ali os antídotos necessários para que não voltássemos a essa época da ditadura militar, o raciocínio da censura, da criminalização das pessoas, dos *big brothers*, da tortura, nós acreditávamos que estávamos a salvo. Acreditávamos que isso estava assegurado quando as ditaduras dos demais países começaram a cair como a do Brasil, Argentina, Chile, Haiti. E, ao cair o Muro de Berlin, também o sistema autoritário que inspirava aqueles países agora dava a certeza de que, não existindo mais conflito ideológico no mundo que justificasse tanta arbitrariedade e tanta guerra, fazia nascer, em contrapartida, o império dos direitos humanos. Estávamos tranquilos. Uma Constituição brasileira forte e os direitos humanos assegurados como vencedores.

Porém, o mundo começa a entrar em um novo conflito, que também se comemora hoje, no dia 11 de setembro, que é a queda das Torres Gêmeas. No dia 11 de setembro, ao cair aquelas Torres, caiu também toda essa formulação da humanidade de que os princípios fundamentais deveriam também ser encarados como antídotos à criminalização das pessoas, como antídoto à ação do Estado contra o cidadão. A partir dali, países que eram referências na defesa da Carta dos direitos humanos, na defesa dos princípios fundamentais, passaram

a defender uma nova tese, a de que exatamente esses princípios fundamentais, essa Carta de direitos humanos que estamos a comemorar, atrapalham no combate ao crime, no combate à criminalidade. Começaram a nos dizer que os princípios já não são tão fundamentais quando confrontados com outro princípio, que é o da segurança das pessoas. E criaram, para nos convencer, um estado de medo muito forte. Começaram a dizer: se vocês não tomarem cuidado, se vocês não abrirem mão desses princípios que são fundamentais, o crime vai chegar à sua porta, trazendo-lhes a insegurança e a morte. Países considerados democráticos começam a defender prisões clandestinas, ferindo arbitrariamente a idéia de que ninguém será arbitrariamente preso e que todo mundo tem direito a um tribunal, todo mundo tem direito a uma defesa. Nós temos no mundo, como temos em Cuba, Guantánamo, prisões onde as pessoas são lá jogadas, sem direito de comunicar a seus familiares tal situação, muito menos comunicar-se com um advogado.

Começou-se a falar que, para garantir a segurança das pessoas, certos métodos de tortura são admissíveis, quando a Carta diz que ninguém será submetido a tortura, que é crime de lesa-humanidade. E ninguém menos que secretários de defesa dos Estados Unidos. Ninguém menos do que presidentes de países começando a admitir que certos métodos de tortura, não só admitir, como também a aplicar nessas prisões clandestinas. Começa-se a falar nessa linha de que os princípios fundamentais atrapalham, que não são o princípio do ir e vir e o da proteção da soberania das pessoas a soberania dos povos. A Corte Suprema dos Estados Unidos autorizou, e diz que é legítimo, qualquer policial de lá prender qualquer cidadão em qualquer país e levar para essas prisões clandestinas. E ninguém será processado e condenado por isso. O princípio é tão aplicado, é tão aceito, que ousaram até a colocar em um filme de circulação nacional. No filme “O Incrível Hulk”, distribuído recentemente, está o exemplo típico dessa teoria de que não há mais soberania entre os povos. O Exército dos Estados Unidos, os generais, resolvem procurar Hulk, que tinha sido preparado para ser uma arma de guerra. Ele se recusa a ser uma arma de guerra e foge desse destino que queriam lhe dar, escondendo-se em um país chamado Brasil, em uma favela. E resolvem os generais buscar Hulk naquele país. Entram aqui com arma dos Estados Unidos, com roupa dos Estados Unidos, com tanques de guerra dos Estados Unidos, sobem a favela para prender Hulk, sem pedir autorização a ninguém, e acovardando até as milícias e o crime organizado, que não troca tiros com eles, porque está ali o senhor pai da nação e da democracia.

As pessoas começam a aceitar tal ponto de vista e nem o governo brasileiro se rebela com essa história de que se pode invadir qualquer país,

como no filme em questão. E chega-se ao ponto, no estado do medo, de se apoiar o assassinato de pessoas, na lógica da criminalização, que é possível matar primeiro e perguntar depois, como fizeram com o brasileiro Jean Charles, em Londres. Fere também a Carta uma lei de imigração extremamente cruel e preconceituosa, em que se discriminam aqueles que são considerados “criminosos em potencial”: os pobres, os latinos, os negros, os mulçumanos. Mas a Declaração diz que nada disso pode.

E o Brasil, que não vive o clima de terror, que não tem medo do fundamentalismo porque a tolerância religiosa aqui é aceita e praticada, começa também a sentir esses novos ares de que para combater o crime tudo é possível. As teorias começam também a chegar aqui de forma preocupante, sugerindo-se que os direitos universais atrapalham no combate ao crime. E começamos também aqui também a ouvir: todos são criminosos em potencial. Todos são criminosos e, se são criminosos, vamos vigiá-los vinte e quatro horas por dia. É por isso que vivemos em um país da “grampolândia”. De 5 a 30 milhões de brasileiros vigiados constantemente, quase todos por ordem judicial. Começa aqui a dizer-se que as pessoas devem ser condenadas publicamente para depois provarem-se inocentes. E as operações passam a ser cada vez mais um instrumento de condenação pública e moral e cada vez menos um instrumento de condenação real. Mas todo mundo diz aqui que as imagens têm de ser preservadas. Todo mundo tem direito à preservação da imagem. A Declaração diz isso e a Constituição também. Começa-se a falar aqui que ter direito à defesa também é um prejuízo ao combate ao crime e que o direito à defesa atrapalha.

Esse debate que nós vivemos agora sentimos muito quando enfrentamos a discussão sobre inviolabilidade dos escritórios de advocacia, em que setores da magistratura, do Ministério Público e da polícia, em nota oficial, diziam: não se pode garantir o direito de defesa do advogado, do cidadão consubstanciado na voz de seu advogado, porque senão o crime vai vencer. Os advogados vão colocar cadáveres dentro dos escritórios. Os advogados vão colocar quilos e quilos de cocaína dentro dos escritórios. Nota oficial da AJUF. Então, começa-se a dizer: é por isso que não podemos permitir que os cidadãos se defendam. Aliás, estavam autorizando, e havia decisão judicial, colocar um grampo ambiental nos escritórios de advocacia, para que o Estado, a polícia – o Estado como sendo o Ministério Público, o Estado-juiz –, escutassem a estratégia da defesa. Havia decisão judicial mandando colocar grampo na sala onde o advogado ia conversar com o preso detido no aparelho estatal para que se escutasse a estratégia da defesa. Então, na lógica de que a defesa atrapalha o combate ao crime, eu dizia: como é que podemos, em uma democracia, uma

Constituição cidadã, a Carta de direitos humanos dizer que a defesa é um obstáculo à ação do estado? Como permitir-se que ao cidadão acusado só se consinta o direito do silêncio? Como podemos achar que o direito de defesa – sagrado em qualquer legislação, sagrado em qualquer idéia de um país democrático – possa ser discutido, questionado e apontado como empecilho à investigação do crime? Como se pode imaginar, mês passado, sermos obrigados, na Ordem dos Advogados, ao ingresso de uma ação, um pedido de súmula vinculante ao Supremo Tribunal Federal para que os advogados tivessem acesso aos autos para que o investigado pudesse saber do que estava sendo acusado pelo Estado?

No Brasil, copiamos os instrumentos lá de fora, importamos a idéia de que a investigação tem que ser livre e o conhecimento do acusado da investigação atrapalha o crime. Começaram a aparecer por aqui também processos secretos. Em boa parte das investigações, quando as pessoas perguntam por que estão sendo presas, a autoridade tem dito: “não posso dizer porque é sigiloso”. E quando o advogado vai lá, o processo não está no cartório, ou, quando é fornecido, é fornecida a parte referente a seu cliente porque se souber do conteúdo total do processo atrapalharia a investigação.

Como podemos imaginar 60 anos depois da Carta dos Direitos Humanos, 20 anos da Constituição brasileira, estarmos discutindo tudo isso, na lógica de que, para combater o crime, os direitos fundamentais atrapalham. Tudo isso está acontecendo hoje porque, repito, é mais fácil mudar uma legislação, é mais fácil mudar uma constituição do que mudar a cabeça dos homens. Nós ainda sofremos, e o Brasil sofre mais ainda, pelo fato de a história não ser bem discutida. O Brasil ainda sofre pelo fato de se confundir, por exemplo, anistia com amnésia. Parte da população brasileira não sabe o que é viver no Estado policial de ditadura. Parte da população brasileira não sabe como é buscar seu direito e ter como resposta uma prisão, uma tortura, um desaparecimento. Parte da população brasileira não sabe que, quando enfrentávamos meningite, o Estado proibia a divulgação, para não parecer que o Brasil tinha cedido à doença. Parte da população brasileira não sabe que caso de seqüestro, como do menino Carlinhos, foi proibido de ser discutido na imprensa para que não se mostrasse a ineficiência do aparelho estatal. Parte da população brasileira não sabe que, naquele período, a corrupção existia forte, mas era proibida mesmo que os cantores dissessem que a pátria-mãe era “subtraída em tenebrosas transações”. Nós não sabíamos, e parte da população continua sem saber, porque, repito, confundiram anistia com amnésia. A OAB não. Por isso nós entramos com uma ação direta de inconstitucionalidade para que se abram os arquivos da ditadura, e entramos no STM para que se punam aqueles que disseram que

destruíram tais arquivos. E porque nós entendemos que tortura é crime de lesa-humanidade e não prescreve.

As pessoas têm de saber o que aconteceu e têm de ser punidos aqueles que mataram, aqueles que violentaram mulheres, violentaram homens o tempo todo, e continuam sorrindo para nós como se nada tivesse acontecido. Aliás, em um debate de que participei recentemente, o deputado Jair Bolsonaro, que foi meu debatedor do outro lado, disse que o erro da ditadura foi que matou pouco, torturou pouco e desapareceu com poucas pessoas!

Só vivendo, só fazendo, só demonstrando que nós queremos um mundo melhor é que nós podemos efetivamente torná-lo melhor. Somente quando nós compreendermos que os princípios fundamentais, mesmo quando possam retardar a aplicação de um crime, eles não podem ser postergados, não podem ser aniquilados, não podem ser extraídos da nossa vida, porque senão o crime vence.

A Constituição, de forma sábia, acatou a sugestão da Declaração dos Direitos Humanos de que há necessidade de termos tribunais independentes, autônomos, que tenham na sua autonomia a função de zelar por esses princípios fundamentais. A Constituição brasileira foi muito sábia ao estabelecer esses princípios fundamentais e dar a responsabilidade de zelar pelas leis ao Poder Judiciário. A Constituição brasileira foi muito sábia quando disse que precisava de um antídoto para que não tivéssemos uma lógica autoritária, e esse antídoto tem um nome: Poder Judiciário. A Constituição estabeleceu de que se precisa de magistrados que resistam aos arroubos autoritários do Estado, que resistam às querelas localizadas dos governantes de plantão que impediram a eficácia dos princípios fundamentais. Para fortalecer a magistratura, concederam-se aos magistrados prerrogativas fundamentais de resistência: a vitaliciedade, para que eles não pudessem ser demitidos, exonerados, senão por decisão transitada em julgado, porque, perto do golpe militar de 1964, vários magistrados foram exonerados compulsoriamente, inclusive três ministros do Supremo Tribunal Federal, a enfraquecendo, assim, a independência do Poder Judiciário; concedeu-se também aos magistrados a inamovibilidade, para que interesses políticos regionais não exercessem sobre o juiz sua força, removendo-o de sua área de atuação. E mais: os magistrados não podem ter seus vencimentos reduzidos para que não se sujeitem, na chantagem da sobrevivência, à vontade do governante de plantão. Criou-se essa esperança de resistência do Poder Judiciário, repito, como garantidor do cumprimento dos princípios fundamentais.

Deu-se também, nessa esperança, uma nova função para o Ministério Público. Tem o Ministério Público mais do que a função de fiscal da lei. Tem o

Ministério Público a função de defensor da sociedade na defesa dos princípios fundamentais, nos interesses coletivos, nos interesses conexos. Estabeleceu-se que o Ministério Público teria uma autonomia e uma função maior e que também precisaria das mesmas prerrogativas concedidas aos magistrados: inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade.

Mas eu também era preciso prestigiar aquela instituição que rompia os porões da ditadura, que não tinha medo de enfrentar a voz forte do Estado, que é a advocacia. Estabeleceu, assim, o art. 133 da Constituição e ampliou-se a função da advocacia, com a criação da defensoria pública, na concepção correta de que todo pobre, todo necessitado, tem que ter acesso à justiça, que o acesso à justiça é atividade essencial do Estado, e o Estado tem obrigação de garantir advogado ao necessitado, um princípio fundamental. E depois se criou a figura do *ombudsman* do poder público, que é o advogado público. Aquele que, nos seus pareceres internos, controlaria os arroubos autoritários dos governantes e zelaria pelos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e todos esses princípios.

Vê-se que a Constituição foi zelosa no cumprimento e no querer que se cumprissem os direitos fundamentais. Criou-se uma estrutura própria para que eles fossem assegurados. Faço a primeira pergunta. Por que 60 anos depois da Carta dos Direitos Humanos, 20 anos depois da Constituição cidadã, estamos ainda com esses mesmos dilemas de enfrentarmos um país ainda desigual em que as mortes e vidas continuam severinas, que as fomes ainda grampeiam em grandes plantações, por que tudo isso se nós temos uma Constituição sábia, princípios fundamentais subscritos pelo Brasil e um Poder Judiciário livre e independente para assegurar o seu cumprimento? É que ainda nós magistrados, nós juízes, nós do Ministério Público, nós advogados, ainda não vestimos para valer essa camisa dos direitos fundamentais. Nós não vestimos ainda para valer esse querer, essa esperança que a Constituição depositou em nós. Às vezes, nós advogados públicos ficamos disputando internamente quem eterniza a coisa julgada. Ficamos dizendo assim: aquele cidadão, que é o destinatário da razão de ser do Estado, que tinha o direito de receber a contraprestação do Estado, quando o Estado violenta esse direito fundamental e é condenado pelo Poder Judiciário, nós, advogados, ficamos a pensar: como eternizar essas coisas, como relativizar a coisa julgada? O cidadão fica 20, 30, 40 anos buscando ressarcimento de um direito violado pelo Estado e, às vezes, nós magistrados ficamos na lógica de que o Estado é mais importante do que o cidadão, ficamos admitindo a relativização da coisa julgada eternizando conflitos, dizendo que o cidadão não é razão de ser, mas o Estado é razão de ser e eternizamos tudo isso concordando que 50, 60 anos é pouco tempo para ressarcir-se um direito lesado. E, com isso, nós advogados, nós membros do Ministério Público, nós

membros da magistratura, passamos a autorizar as pessoas que também assim pensem. E as pessoas que assim pensam tiveram a ousadia de propor uma PEC, chamada PEC 12, que, para nós, é o reconhecimento de que o Estado é mais importante do que o cidadão. Toda essa lógica da construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Constituição foi vencida. Qual é a lógica da PEC 12, recém-aprovada pela CCJ do Senado? É que aquele cidadão, que confiou nessa casa, que confiou no Poder Judiciário, que buscou a Justiça para reparar o seu direito, que depois de relativizada a coisa julgada, depois de todo esse percalço, que viu reconhecido o seu direito, no momento de receber, através de uma forma única no Brasil, que é o precatório, que o Estado não paga, que desrespeita esse Poder Judiciário, vai ter que se adaptar a essa nova regra de recebimento, que é o da PEC 12. É que destinaram um percentual tão pequeno para pagar esses precatórios que o Estado do Espírito Santo levará, segundo cálculos oficiais, 120 anos para pagar o débito, reconhecido pelo Poder Judiciário. Talvez porque sendo o Espírito Santo, a eternidade seja pouca para ele. Talvez seja essa explicação. E se o cidadão, por egoísmo, não quiser deixar para os seus netos e bisnetos a reparação do direito lesado, ou se o cidadão, porque não quis casar-se e não tem netos e bisnetos para deixar essa herança, se ele disser agora: eu quero receber agora esse meu crédito, a proposta – e aí é a mais grave de todas –, é de submeter a um sistema de leilão. E as pessoas dizem assim: eu quero receber, e me submeto a um leilão em que o Estado vai dizer: hoje eu vou pagar 10 reais, ou 100 reais, eu digo: tenho um débito de 50 reais e eu aceito pelos 10 reais, leiloando-se a esperança do povo brasileiro. E mais do que isso: leiloando-se o Poder Judiciário, leiloando-se a razão de ser do Poder Judiciário, leiloando o sentimento, o espírito, a razão de ser do Poder Judiciário, que nós chamamos aqui do protetor dos direitos fundamentais.

Isso não tem chocado a ninguém. Não tem chocado, com todo o respeito, aos meus colegas da magistratura e do Ministério Público. Não tem chocado, não há grito de revolta em relação a isso, a ponto de o governador José Serra dizer, em resposta aos questionamentos que a Ordem dos Advogados tem feito sobre a PEC 12, dizer que isso é “trololó de advogado”. Trololó de advogado é resistir ao leilão, é resistir à idéia de que o Estado pode abusar, é resistir à idéia embutida nessa PEC, que transfere para o poder estatal um dos instrumentos mais autoritários que possa existir no Senado, que possa ter no Brasil, que é permitir, por exemplo, que um prefeito do interior chegue para a associação dos servidores públicos e diga assim para eles: ou vocês param essa greve, ou eu vou reduzir os seus direitos fundamentais. E vá para o Judiciário para receber daqui a 120 anos. Que ele pode chegar para o seu vereador e dizer: ou você vota comigo ou eu confisco sua casa, e vá reclamar

ao Judiciário. Daqui a 120 anos você recebe. É esse instrumento autoritário que está na PEC 12, que mostra que nós estamos perdendo a razão de ser de um Brasil democrático, de um mundo democrático. O 11 de Setembro trouxe esse novo paradigma para nós todos. Nós temos aqui que escolher qual aniversário que queremos comemorar. O aniversário da Declaração do Direito dos Homens ou o aniversário dessa queda desses mesmos direitos, dos princípios fundamentais. Cabe a nós decidir.

O Judiciário trabalhista tem uma tarefa muito maior, porque ele, diferente de qualquer outro, ousou transformar em realidade princípios fundamentais, tanto é que é chamado de Justiça social. Tanto é que ousou colocar no papel a regra que todos nós citamos, que todos são iguais, mas alguns são desiguais, que devem ser tratados por isso mesmo com desigualdade. A Justiça do Trabalho se assumiu como uma justiça desigual, uma Justiça que tem a função de reconhecer que os mais necessitados precisam de um tratamento mais especial do Estado para garantir a igualdade, que essa é a razão de ser dela. Um Poder Judiciário trabalhista que a população acreditou tanto que ampliou seus poderes com a Emenda Constitucional nº 45. Uma justiça que se especializou na importância de tratar os desiguais com desigualdade na medida em que desigualam. Mas é um Poder Judiciário que precisa também refletir sobre os seus próprios papéis, porque, por incrível que pareça, a modificação da competência da Justiça comum, que era uma Justiça em que as pessoas eram iguais, que há o princípio da liberdade contratual, quando esses processos foram transferidos para a Justiça do Trabalho – porque nós acreditamos, repito, na Justiça do Trabalho –, os julgamentos passaram a ser mais conservadores em geral do que se tinha na Justiça de lá.

Nos últimos tempos, sem que se observe o direito de organização sindical como princípio fundamental, na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição Federal, a Justiça do Trabalho tem interditos proibitórios, ou outros nomes que se venham a dar a essa ação, fixado multas inimagináveis que inibem o movimento sindical. Reuni-me na semana passada com oito sindicatos. Os oito devem, juntos, 100 milhões de reais. Multas sendo fixadas nos seguintes termos: greve, só a quatro quadras depois. Cem mil reais por conflito distribuído. Multas para a pessoa do dirigente sindical, nem mais para entidade, pessoalizando a punição do Estado, que também é vedado pela Constituição. Nós mesmos, não compreendendo a nossa função, e nós mesmos sermos vanguardas e garantidores desses princípios fundamentais. Portanto, é hora de escolhermos qual aniversário queremos comemorar.

Vou encerrar com uma frase de uma música que eu repito em vários lugares, porque aqui eu acho que ainda não falei e ninguém poderá dizer que

DOCTRINA

eu estou plagiando a mim mesmo. É uma frase de Bob Dylan, que, para mim, ilustra muito esses conflitos que estamos a viver. Diz ele: “Quanto tempo levará o homem fingindo que não vê. A resposta a meus amigos vem soprada no vento, soprada no vento, soprada no vento”. Quanto tempo, nós advogados, nós do Ministério Público, nós magistrados, que recebemos essa tarefa histórica da Constituição Federal de zelar por esses princípios fundamentais e compreendermos que eles são mais importantes do que o aparelho estatal, de compreendermos que eles são a razão de ser do próprio Estado, a razão de ser da própria democracia, que o cidadão é o destinatário maior da norma. Quanto tempo ficaremos fingindo que não é tarefa nossa zelar por esses princípios? Por quanto tempo vamos acreditar que essa tarefa é só do Executivo, do Legislativo? Quanto tempo? Nós não podemos ficar esperando respostas sopradas ao vento. O cidadão pode até achar que as respostas podem vir sopradas ao vento e se acomodar. Mas nós não podemos, porque temos o dever legal e temos prerrogativas para isso.

TRABALHO INDÍGENA

Chistian Ramos Veloz*

Quando René Cassin, um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, trabalhou no segundo projeto da Declaração – o primeiro projeto foi de um canadense, John Hunfrey –, não imaginou a transcendência e importância dessa Declaração Universal de Direitos Humanos. Naquele momento, a visão era corrigir um dos maiores crimes da história, que foi o genocídio contra o povo judeu e contra outros povos, como o povo Rom (cigano). Mas, quiçá, não se pensou em um genocídio ainda pior, sem querer comparar este tipo de crime, um genocídio que aconteceu da América do Norte à América do Sul, que aconteceu na mesoamérica, que acontece, ainda hoje em dia, em várias regiões do mundo, desde a Austrália, Estados Unidos, Índia, Nepal, Rússia – a exterminação sistemática e discriminação contra os povos indígenas do globo; fato que não é privilégio de nenhuma nação. Temos discriminação desde os países escandinavos (por exemplo, num passado recente nas leis contra o povo Sami na Dinamarca, Noruega, Finlândia e Suécia), que têm uma política social sumamente avançada em relação a outros países até em países onde os povos indígenas são maioria da população.

Quando eu recebi o convite para palestrar no TST sobre o tema “Trabalho Indígena”, perguntei-me como deveria enfocar esse tema, porque é um tema sumamente amplo e a primeira pergunta que me fazem as pessoas é porque a OIT, uma organização, que é a Organização Internacional do Trabalho, trata do tema indígena. Como todos sabemos, os direitos humanos são inter-relacionados e indivisíveis. Quando o doutor Luís Antônio Camargo fala em trabalho forçado, vem-me ao espírito que a primeira vez que a OIT se ocupou do tema indígena foi em 1921, quando o Conselho de Administração, o conselho executivo da OIT, criou uma comissão para estudar as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores “nativos” ou “indígenas”. Já em 1926 cria uma comissão de peritos sobre o trabalho indígena dentro do Conselho de

* *Diretor Adjunto do Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil; Especialista em Normas Internacionais do Trabalho da OIT; Mestre em Direito Comparado pela Universidade de George Washington (EUA).*

Administração para o estudo dos problemas que enfrentavam esses trabalhadores. E isso tem como resultado direto a adoção do primeiro instrumento de direitos humanos da OIT, a Convenção nº 29, sobre trabalho forçado. Se vocês lerem essa convenção, ratificada pelo Brasil – é a Convenção mais ratificada da OIT –, vocês verão que no texto há um grande componente dos chamados trabalhadores nativos ou indígenas.

Já em 1936, além da Convenção nº 29, a OIT adota o primeiro Convênio, de número 50, sobre Contratação dos Trabalhadores Indígenas e por aí começa a adotar certas convenções internacionais do trabalho, até que, finalmente, em 1957, alguns anos depois da adoção dessa Convenção, adota-se a de nº 107, ainda vigente para vários países europeus, como Portugal, vários países africanos e vários países asiáticos. Essa Convenção reflete um período do pensamento da política indigenista, que se divide em três períodos indigenistas: no primeiro, considerados entes sem almas, objetos. Não sentiam, não padeciam, não sofriam, e ainda hoje muitas pessoas veem o indígena de uma maneira diferenciada.

O segundo processo era no sentido de que essas pessoas não deveriam ser diferentes. “Vamos assimilá-las à sociedade nacional.” Uma famosa frase do general Pinochet: “Não existem indígenas, existem chilenos”. E o terceiro marco histórico no enfoque indigenista vem com a adoção da Convenção nº 169, sobre povos indígenas e tribais em países independentes.

Há alguns anos, era um tema sumamente delicado falar dessa Convenção aqui no Brasil, porque se dizia que se se adotasse essa Convenção, criariam-se nações indígenas no meio da Amazônia. Num determinado país da América Central, o ministro do trabalho me proibiu expressamente de falar na Convenção nº 169. Um diplomata me falou para não mencionar a Convenção nº 169 ou sairia no mesmo dia do país. O presidente do Tribunal Superior do Trabalho de lá nos convidou a falar sobre a Convenção nº 169, que ainda não tinha sido ratificada por esse país. E criou-se um problema seríssimo. Claro, a separação dos Poderes primou ali e pudemos falar para os juizes sobre o tema.

Nesse terceiro momento, essa Convenção é adotada não só como um instrumento de trabalho, mas também como um instrumento de desenvolvimento em uma missão da OIT, de tratar, de proteger grupos desfavorecidos até que chegasse um momento em que não se precisa mais dessa proteção, para que se chegue a uma igualdade de tratamento, uma igualdade de direitos, uma igualdade em todos os processos da vida humana. A OIT adota essa Convenção em conjunto com outras organizações do sistema das Nações Unidas, entre elas a Organização Mundial da Saúde, a FAO, a UNESCO e o Instituto Indigenista Interamericano.

A Convenção nº 169 reflete temas de educação, temas de trabalho, temas de cultura, temas transfronteiriços, sempre tendo em conta que as convenções da OIT representam e garantem direito mínimos básicos. Há países que têm adotado essa Convenção e ainda nem sequer têm uma população indígena. Por exemplo, a Espanha acaba de ratificar a Convenção nº 169. Pergunta-se “mas por que a Espanha?” Para guiar a cooperação internacional desse país aos países que têm populações indígenas. O primeiro país que ratifica essa Convenção é a Noruega, para cobrir aquela dívida histórica com o povo Sami que eles tinham. O segundo é o México. Vocês vejam que todos os países da região amazônica e do Chaco, paraguaios e bolivianos, ratificaram essa Convenção nº 169.

Outra pergunta que surge, quando se fala em povos indígenas, é: mas quem são os indígenas? Aqui na América Latina – geograficamente, vou encurtar um pouco – representam entre 8% a 10% da população de toda a América. Estão divididos em 671 povos indígenas reconhecidos pelos Estados, porque existem outros povos que não estão ainda reconhecidos pelos Estados. Existem 400 grupos lingüísticos e 200 povos encontram-se em situação transfronteiriça. O que significa situação transfronteiriça? Por exemplo, os Ianomâmis estão na fronteira entre o Brasil e a Venezuela. Há essa situação também na América Central, por exemplo Costa Rica, Panamá, Guatemala, e a riqueza e a diferenciação desses povos merecem uma atenção especial.

Uma questão que se levanta é a de que os indígenas no Brasil detêm 12% do território nacional, o que não é verdade. O território nacional é da União Federal, segundo a Constituição Federal de 1988. É muito comum ouvir indagações do tipo: “mas eles detêm 12% do território nacional e vocês querem políticas especiais para eles? E os pobres do Brasil?” Essa é uma pergunta que surge não só aqui no Brasil, mas em todos os lugares aonde vamos falar sobre o tema indígena. Esses povos estão divididos da seguinte maneira: aqui, no Brasil, representam 0,4% da população, segundo o censo do IBGE. Se tomarmos o censo da FUNAI, seriam 450 mil. Mas há uma particularidade aqui no Brasil: a metade da população indígena é urbana. A outra metade vive nas aldeias. Mas existe o maior número de grupos reconhecidos em nível mundial de povos indígenas isolados ou não contatados. Quando se mostra aqui o filme do desmatamento, como o fez o doutor Luís Antônio Camargo, também temos que lembrar as grandes matanças que ainda ocorrem hoje em dia e não são notícia. Por quê? Porque o indígena em situação de isolamento não é reconhecido pela polícia, não tem registro. Existem inúmeros assassinatos de tribos inteiras para tomar uso de suas terras. Mas esse não é tema que nos ocupa hoje.

DOCTRINA

O tema que nos ocupa hoje é o tema do trabalho. Essas populações indígenas na América Latina representam os excluídos dos excluídos, mesmo existindo uma pobreza endêmica em vários países com uma alta população indígena. Por exemplo, na Guatemala, os indígenas, que são a maior parte da população, têm os maiores índices de pobreza. Não existem – isto é um tema comum – políticas públicas unificadas em nenhum dos países com maiores populações indígenas. Por exemplo, Bolívia, com 66% da população, e a Guatemala. O México pontua 7,9% de povos indígenas, mas se acredita que seja entre 10% e 13%. Também existe o problema de determinar quem é indígena e quem não é indígena na América Latina. Existem legislações que, para serem qualificados como indígenas, nos censos, as pessoas têm que falar a língua indígena. Esse é o critério adotado em alguns países. Por isso vemos um número tão inferior de indígenas em vários países. Você tem povos indígenas inteiros que já não falam a língua indígena. Então, eles não são considerados indígenas e não entram em nenhum tipo de política pública.

Outro tema carente nos países da América Latina, embora seja a região do mundo que ratificou majoritariamente a Convenção 169, é que não existe uma política indigenista prática, apropriada para as necessidades desses povos. Nós constatamos um grande déficit de trabalho decente e de políticas para os povos indígenas. Como podemos ver na Bolívia, 80% da população indígena está abaixo da linha da pobreza, e só 40% da população não é indígena. Um tema interessante é o acesso à água potável. Quando na Bolívia, 80% das pessoas não-indígenas têm acesso a água potável, e só 49% dos povos indígenas em um país majoritariamente indígena. Na Guatemala, 87% dos indígenas se encontram na linha de pobreza e 61% abaixo da linha de extrema pobreza.

Eu tive a oportunidade de trabalhar na América Central e o tema da discriminação é um tema tão profundamente arraigado em um país majoritariamente indígena, que por uma manipulação do censo – há uns dez anos –, apareceu que a população indígena era 49% e a população de origem européia era de 51%. Esta notícia foi estampada em um grande jornal: “Finalmente, já não somos mais indígenas”.

Os povos indígenas na Guatemala têm uma tradição enorme sobre os tecidos. E os tecidos representam em cada um desses povos uma história diferente. Representam o lugar geográfico de onde provêm, o número de filhos, a genealogia dos pais. São tecidos extremamente elaborados e lindos. Existe uma proibição nas escolas, que não precisam usar uniforme, de os alunos irem com vestimenta indígena. Uma antropóloga tentou, para levantar o tema, entrar em uma badalada discoteca na cidade de Guatemala, e foi vedada, ultrajada, porque usava um traje indígena. Esses pequenos exemplos se manifestam em

redor de todo o mundo. É uma situação de discriminação que também se constata no trabalho. No Equador, mais de 80% da população indígena rural vive em situação de pobreza. Nos Estados Unidos, os índios norte-americanos, mesmo que eles não tenham ratificado nenhuma das convenções sobre os direitos dos povos indígenas, em conjunto, têm a menor esperança de vida e taxas mais altas de pobreza que a média dos cidadãos dos Estados Unidos. Então, a problemática indígena da pobreza, da exclusão, da discriminação não é exclusiva de um país determinado, de uma região determinada, de um povo determinado.

Existe, então, uma plataforma mínima comum entre todos esses povos para adotar uma política indigenista mínima como básica. Entre as diferenciações os senhores podem ainda perguntar por que têm que existir políticas diferenciadas para os trabalhadores indígenas. Simplesmente porque os trabalhadores indígenas, membros de povos indígenas, têm uma cosmovisão diferente do mundo do trabalho, do mundo deles, da sua relação com a terra, que é uma relação coletiva, o oposto de sociedades como as nossas onde se prima pelas relações individuais. O direito de propriedade é a base do capitalismo na sociedade capitalista onde vivemos. Já esses povos têm uma visão absolutamente coletiva da relação com a terra, a tal ponto de um líder ianomâmi, há alguns anos, ter sido questionado nas Nações Unidas: “mas o seu povo está sofrendo com a pobreza, desnutrição, falta de educação, e vocês estão em cima de uma riqueza mineral enorme”. Ele, que é líder espiritual desse povo, disse: “Nós não podemos ferir a Mãe-Terra. Se fizermos um buraco, poderemos sentir, ouvir a Mãe-Terra se queixando”. Imagine uma discussão com o presidente de uma mineradora internacional querendo falar com um líder espiritual ianomâmi.

Por isso existe essa Convenção. E ela não existe sem motivo. Não existe uma proteção criada por um grupo de pessoas que, aleatoriamente, um dia se reuniu e disse: vamos criar uma proteção específica para os povos indígenas e tribais. Os povos indígenas do mundo têm uma relação especial com a terra, têm uma relação especial com a implementação da justiça e com a questão da educação. Por isso existem essas convenções. A Convenção nº 169 fala especificamente do tema do trabalho em vários artigos. Esta convenção sempre deve ser lida tomando em conta dois artigos – 6º e 7º. Um fala da consulta e outro fala da participação. Todas as pessoas que vivem em uma sociedade democrática e os seus direitos vão ser afetados têm o direito de ser consultadas. Amanhã, pode o governo decidir que vai fazer aqui uma estrada, e tem que derrubar ou apropriar-se de certas casas, fazendas, vai consultar essas pessoas sobre qual o melhor procedimento. Essa convenção internacional do trabalho

DOCTRINA

simplesmente indica que quando se vão adotar leis, quando se vão tomar medidas de desenvolvimento que possam afetar a vida, a segurança desses povos, eles têm o direito a ser consultados previamente. Por isso vemos, às vezes, essas grandes discussões de engenheiros que vão fazer uma consulta, em uma língua que não é dos indígenas, com conceitos ideológicos que os índios não compreendem, simplesmente para ser um formalismo a mais.

Outro artigo que fala da constituição do emprego e do trabalho indígena é especificamente o art. 20 da Convenção nº 169, dispondo que os trabalhadores desses povos devem desfrutar dos mesmos direitos que os outros trabalhadores na coletividade nacional. E os governos têm certas obrigações. Por exemplo, fala-se de ter o acesso ao emprego como qualquer outra pessoa, de não ser discriminado no momento do emprego, durante o emprego, a igualdade de oportunidades a qualquer tipo de emprego, igualdade de remuneração para trabalho de igual valor, assistência médica, seguridade, higiene, liberdade sindical, recrutamento não forçado e a ter uma inspeção do trabalho que seja capaz de identificar a problemática desses trabalhadores e tentar solucioná-la. O art. 20 é o único instrumento da OIT que versa sobre assédio sexual. Nenhuma outra convenção da OIT toca no tema do assédio sexual no trabalho.

Finalmente, quero terminar indicando que a Convenção 169 se desprende da Convenção nº 107 e indica que esses povos poderão seguir existindo separadamente da sociedade nacional, se assim o desejam, com sua cultura, suas línguas, sua visão do mundo e seu trabalho. Não é coincidência que o primeiro parágrafo do preâmbulo da Convenção 169 faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos. É uma dívida de vida histórica que ainda não se pagou para esses povos, esses trabalhadores indígenas.

Notas e Comentários

TST EMPOSSA NOVA ADMINISTRAÇÃO

O Tribunal Superior do Trabalho realizou no dia 02 de março sessão solene de posse da sua nova direção para o biênio 2009/2011. Assume a Presidência o ministro Milton de Moura França; a Vice-Presidência será exercida pelo ministro João Oreste Dalazen e a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho pelo ministro Carlos Alberto Reis de Paula.

Os três novos dirigentes fizeram carreira como magistrados do Trabalho. O ministro Moura França tem 67 anos e nasceu em Cunha, no interior do Estado de São Paulo. Formou-se em Direito pela Universidade de Taubaté, cidade em que atuou como advogado e professor. Em 1975, ingressou na magistratura do Trabalho. Foi promovido a juiz do TRT da 15ª Região (com sede em Campinas/SP) em 1991, e cinco anos depois chegou a ministro do TST, onde, nos dois últimos anos, exerceu a Vice-Presidência.

O ministro João Oreste Dalazen, de 56 anos, é gaúcho de Getúlio Vargas, mas fez carreira como juiz do Trabalho no Paraná, iniciada em 1980, chegando ao TST em 1996, onde, de 2007 a 2009, exerceu o cargo de Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho. João Oreste Dalazen também é professor de Direito na Universidade de Brasília.

Aos 65 anos, o ministro Carlos Alberto Reis de Paula é mineiro de Pedro Leopoldo. Fez carreira como juiz do trabalho e professor em seu Estado. Em 1998, assumiu o cargo de ministro do TST e, de 2007 a 2009, dirigiu a Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). O ministro Carlos Alberto é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Participaram da sessão solene, entre outras autoridades, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes; o presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Cesar Asfor Rocha; o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Carlos Ayres Britto; o presidente do Superior Tribunal Militar, ministro Fábio de Oliveira Lencastre; o presidente do Tribunal de Contas da União, ministro Ubiratan Aguiar; os ministros de Estado da Justiça, Tarso Genro, e do Trabalho, Carlos Lupi; os presidentes da Câmara dos Deputados, deputado Michel Temer, e do Senado Federal, senador José Sarney; o ministro do STF, Marco Aurélio Mello; o advogado-geral da União, José Antonio Dias Toffoli; o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto; o Vice-Procurador-Geral do Trabalho, Jeferson Luiz Pereira.

**DISCURSO DE POSSE DO EXMO.
SR. MINISTRO PRESIDENTE MILTON
DE MOURA FRANÇA**

Minhas primeiras palavras são de agradecimento a Deus, Senhor Supremo de tudo e todos, que me permitiu, aqui e agora, usufruir deste momento inesquecível em minha trajetória profissional, quando, ainda há pouco tempo, nem mesmo sonhava em continuar neste mundo físico. A Ele, pois, toda minha gratidão e infinito amor.

Aos meus saudosos pais, Clodoaldo e Teodora e a avó Aduzinda, carinhosamente chamada de Caduza, toda a minha saudade e gratidão, que presto nas pessoas de meus irmãos, Guido, Maria e Moacir.

À minha mulher Cleibi, aos filhos Elka e Erik, ao genro Luís Carlos e a nora Isabela, o meu carinho, que transmito na pessoa de meu mais importante assessor, o netinho Luís Felipe.

A todos os demais parentes e amigos meu fraternal abraço, que transmito na pessoa do sobrinho Eduardo.

Senhoras e Senhores,

Sinto-me extremamente honrado ao assumir a Presidência do colendo Tribunal Superior do Trabalho, em cerimônia singela, que se renova a cada dois anos e que prestigia postulado democrático atinente à limitação temporal do poder e à renovação periódica dos respectivos dirigentes.

Agradeço a confiança depositada por meus pares, que, à unanimidade, escolheram-me para dirigir a Corte. Estou ciente de que é enorme a minha responsabilidade de dar prosseguimento ao trabalho de tão ilustres presidentes que me antecederam e que fizeram desta casa um dos mais importantes e respeitados tribunais do país.

Expresso, igualmente, meus sinceros agradecimentos ao ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, que, em nome do Colegiado, dirigiu-me palavras generosas, fruto da admiração e da amizade recíproca, que brotaram a partir de nossos primeiros contatos nesta Corte. S. Ex^a, jurista brilhante e intransigente em suas convicções, ao tomar posse neste Tribunal foi integrar a 4^a Turma, que por mim era presidida, onde se constatou o inegável acerto de sua nomeação.

Consigno, da mesma forma, meus agradecimentos ao digno Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Otavio Brito Lopes, na pessoa do Vice-Presidente-Geral

NOTAS E COMENTÁRIOS

do Trabalho, Jefferson Luiz Pereira Coelho. S. Ex^a, pelo cordial e profissional relacionamento que mantém com os integrantes desta Corte, numa visão institucional que bem demonstra sua vocação para o elevado cargo que ocupa, é credor da admiração e do respeito de todos nós.

Representando e sempre defendendo os interesses dos nobres advogados e advogadas, parceiros indispensáveis à administração da Justiça, o Dr. Cezar Britto, o primeiro dignitário da Ordem dos Advogados do Brasil, oriundo da advocacia trabalhista, a quem manifesto público respeito pelo cordial relacionamento que mantém com todos os ministros deste Tribunal, sempre visando à realização da Justiça.

Ao ministro Rider Nogueira de Brito, que hoje passa o leme da Corte, nosso reconhecimento pelo trabalho profícuo que realizou nos dois anos de seu mandato. Possuidor de excepcional espírito público, competente e probo, dirigiu a Justiça do Trabalho cumprindo, com coerência, as metas que elegera para sua Administração, cabendo destacar a reorganização e o aprimoramento do setor administrativo, tudo visando à melhoria do atendimento aos jurisdicionados. Receba, pois, ministro Rider, os nossos cumprimentos e agradecimentos por tão diligente gestão.

Integram a nova direção da corte os ministros João Oreste Dalazen e Carlos Alberto Reis de Paula.

Ao ministro João Oreste Dalazen, que toma posse no cargo de Vice-Presidente, a minha certeza de que S. Ex^a, magistrado competente e intelectual de reconhecido mérito, estará presente e colaborará na tomada das decisões mais importantes do Tribunal.

Ao ministro Carlos Alberto Reis de Paula, que assume o não menos honroso e certamente não menos trabalhoso cargo de Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, a plena convicção de que S. Ex^a, intelectual respeitado e juiz dedicado, será um companheiro indispensável na busca de caminhos que fortaleçam e aprimorem ainda mais o Judiciário trabalhista.

Serei breve.

A recente crise global, originada em notória imprevidência do mercado imobiliário norte-americano e do inflado mercado de títulos negociados em bolsa, está comprometendo, com intensidade e profundidade, toda a economia mundial e, lamentavelmente, está presente entre nós. Esse triste fenômeno, em grande medida, é fruto de um liberalismo sem freios, turbinado pela mera ganância e especulação irresponsável, tudo assistido pelo o Estado, que se mostrou omissivo e inerte. Felizmente, algumas medidas que foram adotadas

NOTAS E COMENTÁRIOS

nos últimos anos e aquelas que agora estão sendo implementadas com maior vigor, presteza e profundidade, certamente permitirão que o país supere esse terremoto.

Gandhi, há mais de 60 anos, enunciou os sete maiores males do mundo, que, se não forem combatidos, levam à destruição dos seres humanos: política sem princípios; riqueza sem trabalho; comércio sem moralidade; prazer sem consciência; educação sem formação de caráter; ciência sem humanidade e veneração sem sacrifício! E a atual crise, na qual fomos jogados, bem reflete esses verdadeiros “crimes contra a humanidade”, em especial no que se refere à falta de princípios na política, à riqueza sem origem no trabalho e ao comércio desprovido de ética!

A legítima aspiração e anseio de milhões de trabalhadores de todo o mundo e, em particular, os de nossa pátria, de conseguirem uma vida mais digna para si e suas famílias, está seriamente comprometida. A expectativa de um desenvolvimento sustentável, compromisso de uma sociedade em se tornar mais igualitária e menos refratária às desigualdades foi duramente atingida. De um Estado social que se almejava, inobstante todas as dificuldades, constatou-se que a prioridade com o financeiro e a especulação acarretou sensíveis desequilíbrios, que atingem toda a sociedade. A desaceleração da economia reflete seriamente na realização de planos e iniciativas governamentais, que se mostravam factíveis e indispensáveis nas áreas da saúde, da educação, do emprego, da moradia, da habitação e tantas outras.

Lembremo-nos, por necessário, que, até bem pouco tempo, os arautos do liberalismo preconizavam, em verso e em prosa, a necessidade de irrestrita liberdade na condução da economia e das finanças. A regra era: “quanto menos Estado, maior desenvolvimento, maior progresso”. Inclusive, na área trabalhista, foram sugeridos ou importados modelos legislativos, sempre a pretexto de fomentar o desenvolvimento sustentável e gerar novos empregos, com inserção de maior número de trabalhadores na economia.

Entretanto, muitos desses países que se mostraram paradigmas dessa nova filosofia juslaboral enfrentaram e enfrentam altas e continuadas taxas de desemprego, o que evidencia que o desenvolvimento econômico não exige ou pressupõe supressão ou redução de direitos dos trabalhadores. E, como consequência, o resultado infausto já se faz sentir em todo o planeta: tendo, como primeiras vítimas, os trabalhadores, despedidos em massa, peculiaridade esta que traz a maior carga de injustiça!!!

A ampla liberdade de contratar não implicou, automaticamente, maior garantia e oportunidade de empregos ou redução do custo de bens e serviços,

NOTAS E COMENTÁRIOS

pressuposto para torná-los mais competitivos no mercado e, assim, permitir a realização de maior lucro, que, por sua vez, possibilitaria melhor remuneração dos trabalhadores. A decantada política, como se constatou, resultou em subemprego, precarização e diminuição de direitos tradicionalmente assegurados aos trabalhadores. A massa salarial vem sofrendo, a cada ano, significativa redução de sua participação nas riquezas.

Apesar dessa dura realidade, pouco e pouco, no entanto, descortina-se nova visão econômica, que vê a lucratividade e a competição nos mercados, nacionais e internacionais, perfeitamente compatíveis com uma legislação trabalhista que assegure digno e essencial nível de proteção dos trabalhadores e isso, fundamentalmente, porque as técnicas de produção do mundo globalizado e tecnológico exigem conhecimento e aprendizado constantes, vale dizer, fidelização, adaptabilidade e permanência do empregado no posto de trabalho. Assim, motivados e comprometidos com a empresa, inclusive por força de remuneração diversificada, ligada também aos resultados, e, ainda, aliada à justa expectativa de manutenção no emprego, os trabalhadores sentem-se co-responsáveis pela maior produção e por melhor produtividade, conscientes de que, ao final, poderão participar do sucesso econômico-financeiro daquele que os contratou.

É exatamente nesse novo ambiente, desejável das relações capital-trabalho, que patrão e empregados, em momentos de crises como a que se faz presente, saberão encontrar caminhos que compatibilizem os seus interesses, ou seja, de um lado, emprego formal, duradouro e adequadamente remunerado, e, de outro, a sua adaptação à realidade econômico-financeira de determinado ou determinados setores de bens e serviços, que comprovadamente estejam em dificuldades.

Alerte-se, por necessário, que não se está defendendo e muito menos propondo a eliminação de direitos e/ou vantagens trabalhistas. Não. Absolutamente, Não. Ao contrário, a idéia mestra é assegurar às partes, empregados e empregadores, o direito de, em caráter transitório, em face de evidenciadas dificuldades econômicas, encontrar, com base em normatização moderna e específica, soluções negociadas através de suas legítimas entidades representativas, que assegurem, de um lado, uma contraprestação mínima e indispensável à dignidade do trabalhador e, de outro, as condições imprescindíveis à subsistência do empreendimento econômico, fonte geradora de empregos.

É urgente e necessária a mudança de paradigma das relações coletivas e individuais do trabalho. Se, afinal, é imprescindível e insubstituível a atuação

NOTAS E COMENTÁRIOS

do Estado, assegurando direitos mínimos e regulamentando a atuação de todos os mercados, porque todo poder há de ter controle e responsabilidade social, de outra parte, em nome da livre iniciativa, não se poderá cair no extremo oposto da intervenção absolutista desse mesmo Estado.

Os fatos revelam que, tanto os excessos do liberalismo quanto a intervenção desmedida do Estado, ambos trazem conseqüências nefastas e devem, por isso mesmo, ceder espaço a uma conjugação de esforços, entre empregados e empregadores para que encontrem, pela negociação coletiva, adequada e justa, a autocomposição de seus conflitos de interesses.

Mas, para superar essa difícil realidade que vivenciamos, é imprescindível que todos nós estejamos impregnados de esperança, de fraternidade e de solidariedade, combatendo, com vigor, a frustração e o desânimo. Determinação e condições o país já demonstrou possuir para enfrentar situações as mais diversas e até mais graves no passado. Todos juntos saberemos superar esse terremoto.

E é neste contexto que ressurge, com redobrado vigor, a urgência de buscar, o mais breve possível, a reformulação do modelo sindical vigente, dando-lhe maior autonomia e conseqüentemente maior legitimidade democrática e representatividade, elementos essenciais para a negociação coletiva.

Impõe-se também uma urgente reforma tributária e uma nova regulação dos encargos sociais sobre o trabalho, de modo a que não fiquem exclusivamente vinculados à folha salarial, inclusive dando-se um tratamento diferenciado, por exemplo, àqueles segmentos produtivos que absorvem mão-de-obra de forma mais intensiva.

Em grande medida, o que acarreta o baixo valor remuneratório de nossos trabalhadores, se comparado com os de outras economias, é a inadequada e excessiva carga tributária e a evidente burocracia que sobrecarregam a atividade empresarial. Distorção dessa natureza e intensidade inviabiliza, inclusive, a fixação de custos competitivos de bens e serviços, tornando-os excessivamente onerosos e de difícil inserção nos mercados externos e internos, com conseqüentes reflexos negativos em nossa economia e na vida de nossos trabalhadores.

É preciso, pois, que os poderes Executivo e Legislativo, atentos aos reclamos da sociedade, lancem mãos a essas essenciais e impostergáveis reformas, redesenhando um novo modelo econômico para o país. E nesse contexto, especial destaque deverá ser dado à legislação trabalhista, em seu

NOTAS E COMENTÁRIOS

sentido mais amplo, definindo-se conteúdos mínimos, fundamentais e inderrogáveis, de proteção ao trabalhador, com especial destaque àqueles que a Constituição Federal já prevê, expressamente, mas que, lamentavelmente, decorridos mais de 20 anos, ainda não foram regulamentados.

O momento é, portanto, de alerta e convocação de todos os brasileiros. Avança sobre nós, inquestionavelmente, um trem repleto de dificuldades e ameaças, mas esse mesmo trem é portador, ciente da força e da determinação de nossa gente, de oportunidades imensuráveis que nos permitem superar os desafios. Não percamos mais tempo. Vamos seguir nosso destino de dotar o país de uma legislação adequada e moderna, capaz de dar resposta pronta e eficiente às adversidades que vivenciamos.

Oxalá nosso Presidente da República, que forjou sua vida política no ambiente hostil do confronto entre o capital e trabalho, ainda possa legar ao Brasil uma legislação trabalhista que norteie e possibilite soluções justas, atualizadas, adaptáveis e harmoniosas para todos os envolvidos no mundo do trabalho, nas suas mais diversas formas.

Invocando pequeno trecho do sermão “O Juízo Final”, do padre Antônio Vieira, cumpre lembrar, a propósito da falta de iniciativa de levar a cabo essas tão essenciais reformas, que “a omissão é o pecado que com mais facilidade se comete e com mais dificuldade se conhece; e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda”.

E a pedra de toque dessa tão almejada reformulação dos marcos regulatórios trabalhistas está, a meu ver, nos instrumentos coletivos, que devem ser fruto de uma negociação coletiva assentada na boa-fé, qualidade tão ressaltada no Código Civil e não presente, pelo menos de forma explícita, na CLT. No mundo atual, a boa-fé, a lealdade, a responsabilidade social de trabalhadores e de empregadores, o direito de informação e a vedação de prejuízos à sociedade não se contrapõem, pelo contrário, harmonizam-se com a livre negociação, livre associação e a greve com responsabilidade. Prestigiar, pois, a negociação coletiva, dentro de um contexto normativo mais amplo e moderno, quer para prevenir, quer para solucionar conflitos, é mais do que um ato de inteligência. É o reconhecimento de que as entidades sindicais têm maturidade e responsabilidade na defesa e composição dos seus interesses, antes de tudo porque conhecedores mais de perto da realidade econômico-financeira que envolve as relações de trabalho.

Creio também, com firme convicção, que o Executivo e o Legislativo hão de prosseguir na reformulação da legislação processual que permita maior agilização e plena eficácia da prestação jurisdicional, o que já vem sendo feito

NOTAS E COMENTÁRIOS

com o Processo Civil, mas que ainda não atingiu, de forma desejável, o Processo do Trabalho, fato que, aliás, tem gerado perplexidade, se considerado que quem busca o Estado-juiz o faz para pleitear parcelas de índole alimentar própria e familiar.

Também deve merecer especial atenção, nesse contexto, a disciplinação dos recursos trabalhistas, sem prejuízo, evidentemente, do sagrado direito de defesa, constitucionalmente assegurado às partes (art. 5º, LV, da Constituição Federal). O número de recursos e as oportunidades legais de seu respectivo manejo são exagerados. O recurso não pode e nem deve ser concebido como mera chance de postergar a solução do litígio; recorrer há de ser ato responsável e ético da parte; é preciso que se modifique a cultura da recorribilidade, de forma que o processo não se torne um fim em si mesmo, mas verdadeiro instrumento de composição das partes!

Nessa verdadeira cruzada deverão estar engajados todos os três Poderes e os representantes da advocacia, do Ministério Público e da magistratura, enfim, todas as entidades de classe que desejem se manifestar, cuja inteligência, criatividade e sensibilidade contribuirão na busca do melhor caminho para uma verdadeira reforma processual trabalhista. E essa tão aguardada normatização constitucional e legal por certo trará reflexos altamente positivos na Justiça do Trabalho, que poderá ter diminuída a desumana sobrecarregada de processos, e, assim, atuar com maior eficiência e celeridade, cumprindo sua elevada missão constitucional de compor e solucionar os conflitos laborais.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho, criado pela Emenda Constitucional nº 45, cuja competência, na forma da lei, é a de exercer a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho, de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema (art. 111-A, § 2º, da Constituição Federal), receberá nossa particular dedicação. Os três anos de sua existência e o profícuo trabalho que executou nesse curto período já demonstram a sua oportuna criação. Dotá-lo, pois, de todos os elementos, pessoal e material, que possam contribuir ainda mais para seu aprimoramento, é nosso compromisso, com a participação indispensável de todos os conselheiros.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) já completou seus dois anos. Seu objetivo em promover a seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados do trabalho, que necessitam de qualificação profissional específica e atualização contínua, pela relevância da função estatal que exercem, tem sido alcançado. Com seus inúmeros cursos já realizados, para seus jovens alunos-magistrados de todas

NOTAS E COMENTÁRIOS

as regiões do país, e, igualmente, a promoção de uma série de outros eventos, com participação, inclusive, de escolas, agências e professores estrangeiros, tudo revela a feliz iniciativa do Congresso Nacional em institucionalizá-la no seio do Judiciário trabalhista. Habilitada e aparelhada para tão relevante tarefa, a Enamat continuará a receber integral apoio da Administração, para que possa continuar executando plenamente sua relevantíssima função, em prol de uma magistratura trabalhista nacional que responda, plenamente, ao justo anseio dos jurisdicionados.

O Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho (Coleprec), sem dúvida, será credor de nossa singular atenção, como de resto já o foi das administrações que antecederam à que agora inicia. Legítimo centro de ressonância de propostas, de idéias e sugestões dos Tribunais Regionais, em colaboração e integração com o Tribunal Superior do Trabalho, Conselho Superior da Justiça do Trabalho e Escola Nacional da Magistratura Trabalhista, todos irmanados na busca do constante aprimoramento e valorização da jurisdição trabalhista, bem retrata a oportuna e feliz iniciativa de seus idealizadores. Dar continuidade e prestigiar sua atuação é não apenas um gesto de reconhecimento ao relevante papel que exerce, mas, sobretudo, um ato de inteligência, por contarmos com a colaboração de todo segmento da magistratura trabalhista, de primeiro e segundo grau, na busca do ideal comum: uma Justiça do Trabalho em constante aprimoramento para o desempenho de sua relevantíssima destinação constitucional.

E para enfrentar todos esses novos desafios, ou seja, a busca de constante aprimoramento da entrega da prestação jurisdicional, papel relevante têm nossos servidores, como braço executante das deliberações de todos esses órgãos que integram o Judiciário trabalhista. Seu desempenho profissional valorizado, dentre outros, pela dedicação, pela ética e pela eficiência, certamente contribuirá ainda mais para o permanente prestígio da Justiça do Trabalho, com reflexos altamente positivos para os jurisdicionados. Não faltará, na medida do possível, incentivo ao crescimento pessoal e profissional de cada um. Ao lado de critérios já existentes, que procuram avaliar o seu aprimoramento profissional, novos parâmetros objetivos, que se mostrarem aptos a identificar os mais eficientes, com melhor e maior produtividade, serão objeto de permanente busca pela Administração. O uso e o desenvolvimento de ferramentas da informática, instrumentos auxiliares ao melhor desempenho de suas funções, dentre tantas outras que se fizerem necessárias, serão aprimorados, dentro das possibilidades financeiras.

E como arremate à nossa fala, nesse amplo quadro de proposições e de esperanças, é pertinente a poesia de um poeta gaúcho, Gildo Oliveira, sob o

NOTAS E COMENTÁRIOS

título “Acordando para a realidade”, que reflete a razão maior da existência do ser humano neste mundo:

“perguntei-me um dia ao acordar
onde estou?... e o que faço neste lugar?
ouvi a voz de minha consciência responder:
– estás aqui... para viver e aprender!
foi assim que cheguei a conclusão plena
do que eu significava no contexto do ‘ser’
e foi assim que, naquela bela manhã de primavera
eu pude enfim entender...
a verdadeira e direta razão do meu existir
o que realmente eu sou...
e na razão dos sonhos meus
o porquê do estar aqui...
e poder dar graças... a Deus!!!”
Muito obrigado!

DISCURSO DO EXMO. SR. MINISTRO IVES GANDRA MARTINS FILHO EM HOMENAGEM À NOVA ADMINISTRAÇÃO DO TST

Exmos. Srs. Presidentes Milton França, Lula da Silva, Gilmar Mendes, José Sarney, Michel Temer, Cesar Rocha, Flávio Lencastre e Ubiratan Aguiar. Exmos. Srs. Ministros Marco Aurélio e Tarso Genro. Exmo. Sr. Governador Roberto Arruda. Exmos. Srs. Drs. Otávio Brito e Cezar Britto. Meus ilustres pares. Dignas autoridades presentes. Meus senhores e minhas senhoras.

Dirijo esta minha oração aos meus queridos ministros Milton de Moura França, João Oreste Dalazen e Carlos Alberto Reis de Paula.

Para grandes desafios, grandes homens.

Arnold Toynbee, em seu “Um Estudo da História”, dizia que as civilizações se desenvolvem enquanto sua elite dirigente encontra respostas

NOTAS E COMENTÁRIOS

criativas para os desafios do meio. Os desafios que se colocam para a Justiça do Trabalho, em sua missão de pacificação social, no momento presente, são dos mais instigantes. Por outro lado, Plutarco, ao escrever as “Vidas Paralelas”, comparava figuras ilustres gregas e romanas, destacando seus méritos em missões semelhantes.

Seguindo a linha do tempo, podemos encontrar os três novos dirigentes desta Corte – ministros Milton de Moura França, natural de Cunha (SP), João Oreste Dalazen, natural de Getúlio Vargas (RS) e Carlos Alberto Reis de Paula, natural de Pedro Leopoldo (MG) – em diferentes situações, ao longo de suas vidas, no que poderíamos ver como uma preparação para os grandes desafios que teriam de enfrentar nesta quadra da história do mundo, do Brasil e da Justiça do Trabalho, numa sociedade globalizada.

Os desafios abrangem tanto o campo do Direito Material quanto o do Direito Processual do Trabalho. Como enfrentar a crise econômica instalada, garantindo os direitos mínimos do trabalhador, sem comprometer a empregabilidade e a sobrevivência das empresas? E como racionalizar o sistema recursal, de modo a dar celeridade, segurança e qualidade à prestação jurisdicional, frente à demanda sempre crescente de processos, que ultrapassa sobejamente a capacidade humana de julgar satisfatoriamente?

Para tais desafios, grandes almas. Forjados inicialmente o Presidente na labuta de defesa do Estado como procurador autárquico estadual; o Vice na carreira das armas, como oficial de artilharia; e o Corregedor no seminário arquidiocesano de Belo Horizonte. De tradicional e sólida formação moral, teológica e filosófica, tiveram, nessa experiência de vida, semente plantada de grandes ideais.

Elegendo alguns anos paradigmáticos de suas vidas e do panorama nacional e mundial, encontramos no ano de 1980, de ingresso do ministro Dalazen na judicatura laboral, o ministro Carlos Alberto sendo promovido a juiz presidente de Junta, em Coronel Fabriciano (MG), enquanto o ministro Milton presidia a JCJ de Guaratinguetá (SP). A importância do fator laboral levava, no Brasil, à fundação do Partido dos Trabalhadores, e, na Polônia, do Sindicato Solidariedade, ambos de impacto notável no desenvolvimento posterior das sociedades em que surgiram, não obstante suas diferentes *Weltanschauung*.

Avançando no tempo, em 1993, ano da primeira pacificação de conflitos históricos entre árabes e judeus, com o reconhecimento mútuo de Israel e OLP, e do término do *apartheid* na África do Sul, com o prêmio Nobel da Paz recebido por Mandela e De Klerk, ascendiam aos TRTs da 9ª e 3ª Regiões,

respectivamente, os ministros Dalazen e Carlos Alberto, vocacionados, fundamentalmente, como o ministro Milton, que passava a presidir a 1ª Turma do 15º Regional, à pacificação dos conflitos laborais no Brasil.

Finalmente, para pinçarmos apenas alguns pontos de confluência, elegemos o ano de 1996, da ascensão dos ministros Milton e Dalazen ao TST, como marco importante deste rápido escorço histórico da carreira de nossos homenageados de hoje, tendo em vista coincidir com o ano de falecimento de Thomas Kuhn, filósofo da ciência, que se notabilizou com sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”.

Dizia Kuhn que a ciência evolui pela superação de paradigmas, quando estes entram em crise, ao não conseguir explicar convenientemente a realidade ou resolver satisfatoriamente os problemas afetos a determinado setor da vida humana.

Não há como negar que estamos vivendo no presente um desses momentos de “revolução científica” no âmbito do Judiciário brasileiro. O modelo que imperou até pouco tempo atrás, de ter nas Cortes Superiores verdadeiras 3ª e 4ª instâncias recursais, está exaurido e vem sendo substituído pela adoção de mecanismos que racionalizam substancialmente a prestação jurisdicional e lhe dão a rapidez exigida pela Carta Magna após a EC 45/04.

A revolução está em andamento. Sua conclusão não deixará de contar com a participação de homens com a criatividade, o descortino e a envergadura dos ministros Milton de Moura França, João Oreste Dalazen e Carlos Alberto Reis de Paula.

As últimas administrações desta Corte pautaram-se por ofertar as condições materiais indispensáveis à melhor prestação jurisdicional por parte do TST. Coube ao ministro Vantuil Abdala, nosso jovem decano, conduzir a conclusão da obra da nova sede do TST, mudando da água para o vinho o ambiente de trabalho de ministros e servidores, advogados e procuradores. Coube ao ministro Ronaldo Lopes Leal, em sua dinâmica gestão, introduzir efetivamente o TST na era da informática, com o processo eletrônico e o *e-recurso*, colocando nossa Justiça nos rumos da modernidade e do processo virtual. Mais do que isso, graças ao ministro Ronaldo se iniciou a revolução institucional, pela implantação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, que teve no novo Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, ministro Carlos Alberto, seu magnífico Diretor, como o será sem dúvida o futuro Diretor, ministro Barros Levenhagen, reconhecidamente um paradigma de magistrado para todos nós. A importância

NOTAS E COMENTÁRIOS

da Enamat se pode vislumbrar nas palavras de Isócrates, filósofo grego contemporâneo de Platão, quando, no discurso “Antídosis”, defendia a sua “Paidéia”, ou seja, o ideal de formação do homem grego, ressaltando que “a educação superior se baseia no desenvolvimento da capacidade de mútua compreensão entre os homens. Não é a acumulação de simples conhecimentos profissionais, mas das forças que mantêm unida a comunidade humana”. Há ideal maior do que esse formativo, de forjar homens vocacionados à harmonização das relações humanas?

Finalmente, ao ministro Rider Nogueira de Brito, que em janeiro deste ano completou 50 anos de serviços prestados à Justiça do Trabalho, exemplo para todos nós de retidão, firmeza, disciplina, desprendimento e companheirismo – responsável por transformar o arquipélago da Justiça do Trabalho num continente, pela forma como presidiu o Conselho Superior da Justiça do Trabalho –, soube aparelhar a Corte com o corpo técnico indispensável ao cumprimento de sua missão constitucional, alcançando a ampliação do quadro funcional, promovendo os concursos para seu preenchimento, bem como a reestruturação administrativa que priorizasse a atividade-fim.

Ficou, no entanto, para a nova administração, encabeçada pelo ministro Milton de Moura França, a mais difícil e delicada missão, de implementar as reformas institucionais inadiáveis, que não permitam, como vem acontecendo, a desnaturação da Corte, de instância extraordinária de uniformização de jurisprudência e de definição do conteúdo normativo das leis trabalhistas, em 3ª instância ordinária de re julgamento das causas trabalhistas, missão à qual nem está vocacionada, e nunca estará suficientemente aparelhada, frente à sempre crescente demanda recursal, por mais inebriantes que se apresentem os dados estatísticos de produção decisória.

Na abertura do ano judiciário de 2009, o ministro Gilmar Mendes, ilustre Presidente do Supremo Tribunal Federal, enfatizava a importância das inovações que a EC 45/04 trouxe para a cúpula do Judiciário brasileiro. Dizia na ocasião: “O desate do nó górdio que aprisionava a Corte na esdrúxula tarefa de apreciar recursos inviáveis ou improcedentes importou não só maior qualidade nas decisões proferidas, como também mais dinamismo e aproximação da sociedade, com evidente ganho nas relações de cidadania e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito”. Oxalá os ministros Milton, Dalazen e Carlos Alberto consigam, nesta Administração, vencer o desafio de desatar o nó górdio que ainda nos acorrenta, nesta Casa, a modelos ultrapassados de prestação jurisdicional em Cortes Superiores. O que não se pode é continuar aplicando “mais do mesmo” para debelar a crise judicial na qual nos encontramos e que

NOTAS E COMENTÁRIOS

nos torna refêns de nós mesmos e nossos próprios algozes. O desafio, repito, não é pequeno.

No entanto, não param por aí os desafios que se colocam diante da nova Administração do Tribunal. A crise econômica mundial que se instalou a partir de 2008, comparada à de 1929, não tem poupado o Brasil. Não é possível negar a realidade da diminuição de crédito, consumo e empregos. O ordenamento jurídico trabalhista pátrio tem seus mecanismos de controle para tais períodos de crise, estampados nos arts. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal, e art. 503 da CLT, que permitem a flexibilização dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário e a jornada de trabalho. Pretender, em período de acentuada crise econômica, manter a rigidez exegética de nosso ordenamento laboral parece ser a receita certa para o agravamento da crise, a decomposição das relações produtivas e a ampliação do desemprego. Encontrar o ponto de equilíbrio na fixação da autonomia negocial coletiva de patrões e empregados é o grande desafio, ao qual deve dar “resposta criativa” o Tribunal Superior do Trabalho, sob a batuta dos Ministros Moura França, Dalazen e Carlos Alberto.

Min. Milton de Moura França, por quem nutro a mais profunda admiração e estima, não menor do que a que tenho por meus pares. Olhando para o Tribunal que Vossa Excelência passa a presidir a partir de agora, com seus 26 ministros tão irmanados, com seus 2.647 servidores tão qualificados, sem falar na própria Justiça do Trabalho, com 24 TRTs, 1.378 Varas, 463 juízes de 2º grau, 2.833 juízes de 1º grau e 33.597 servidores, tão dedicados e competentes, que fazem deste ramo especializado o mais célere de todo o Poder Judiciário, lembro-me das palavras daquele que foi o maior dos poetas lusitanos, Luís de Camões, nos “Lusíadas”: “E julgareis qual é mais excelente, se ser do mundo Rei, se de tal gente”.

Não tenho dúvida de que a união de talentos que confluíram para a formação da direção da Corte no próximo biênio, pela elevada espiritualidade e sentido do interesse público do ministro Milton, do ministro Dalazen e do ministro Carlos Alberto, sem falar no profundo conhecimento das questões trabalhistas e processuais que os três ostentam, constituem fatores que, representando os elementos transcendentais do Ser, que são o Verdadeiro, o Bom e o Belo, serão capazes de dar ao Tribunal Superior do Trabalho em particular e à Justiça do Trabalho em geral a envergadura e grandeza que deles se espera, para a consecução da elevada missão de harmonização das relações trabalhistas como condição da pacificação social.

Que Deus os ilumine e ajude nessa bela, árdua e desafiadora missão!

**DISCURSO DO EXMO. SR.
VICE-PROCURADOR-GERAL DO TRABALHO
EM HOMENAGEM À NOVA ADMINISTRAÇÃO
DO TST**

A seguir, a íntegra do discurso do Exmo. Sr. Jeferson Luiz Pereira, Vice-Procurador-Geral do Trabalho:

Senhoras e Senhores Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e demais autoridades presentes, as quais cumprimento na pessoa do ministro Milton de Moura França, empossado hoje como presidente desta Corte.

Senhoras e senhores convidados,

Este é sempre um momento especial. Reúne-se o Tribunal Superior do Trabalho, solenemente, para o fim de empossar seus novos dirigentes, eleitos para o biênio 2009-2011. Solenidade, austera e simples, mas marcada pela emoção. Não estamos testemunhando e participando apenas da solenidade que festeja a mudança na Administração da mais alta Corte trabalhista do país. Participamos, com muita honra e imensa satisfação, como representantes do Ministério Público do Trabalho, de um episódio ímpar na história do Tribunal Superior do Trabalho.

A história da humanidade, na sua dimensão ético-política, é a história da conquista da cidadania. É com a Revolução Francesa (1789), quando se produz um salto de gigante – talvez o primeiro passo na larga corrida de liberação da marca de súdito – na conquista desta condição, que a palavra cidadão se populariza e passa a expressar um ideal de vida compartilhada.

É uma bela história esta da cidadania democrática liberal, que em essência se confunde com a crescente conquista dos direitos dos indivíduos e dos povos. Poderíamos dizer que é a face humana da história. As lutas pela liberdade de expressão, pela igualdade ante a lei, pela educação, pelo trabalho, por um salário justo, pela participação democrática, pela seguridade social, pela igualdade de raças e sexos, pelo direito de greve, entre outras, todas as lutas sangrentas, mas com resultados progressivos, formam parte de um modo ou outro de uma batalha pela cidadania, que responde à aspiração dos seres humanos a pôr fim a quem escreve o roteiro de sua vida e, ao final, a ser o autor do mesmo. Assim descrita, a luta pela cidadania vem a ser as luzes da cidade, entre tantas e tantas páginas que escurecem e obstaculizam.

A Justiça do Trabalho sempre esteve comprometida com esses ideais. Desde meados do século XX, concomitante à necessidade de se fixar as relações de trabalho mediante uma legislação específica, houve algumas tentativas de estabelecer órgãos que dirimissem questões trabalhistas. Nunca é demais lembrar que a implantação da Justiça do Trabalho no Brasil em 1941, pelo Presidente Getúlio Vargas, no dia 1º de maio, assim como a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, e a constitucionalização em 1946, passando a Justiça do Trabalho a integrar o Poder Judiciário, decorre de um longo processo, iniciado antes mesmo da República, de lutas e conquistas de direitos dos trabalhadores. Não é momento para reavivá-las.

Entretanto, considerando que hoje se renova a direção superior desta Corte e já estamos vivenciando uma crise econômica que assoberba as economias chamadas desenvolvidas do mundo ocidental, o Ministério Público do Trabalho considera oportuno externar a expectativa de que a Justiça do Trabalho, como sempre o fez ao longo de sua história, buscará uma ação renovadora na qual se revele a função ética do Estado, enquanto promotor de Justiça e de equidade no campo do trabalho, no sentido de enfrentar a nova realidade, sem se distanciar de seus ideais e fundamentos históricos, buscando a pacificação social.

Os antecedentes históricos do Ministério Público do Trabalho têm relação direta com as diversas fases de implantação da legislação do trabalho no Brasil e se inicia concretamente com a denominada Revolução de 1930, portanto é paralela com a própria história da Justiça do Trabalho, assim como é a história de qualquer outro ramo do Ministério Público, com relação à história do respectivo ramo do Poder Judiciário onde ele exerce suas atribuições. A Constituição de 1946 instituiu o Ministério Público da União junto à Justiça Comum, à Militar, à Eleitoral e à do Trabalho e dos Estados. O Ministério Público do Trabalho é constitucionalizado. Daí, cremos ser a origem da expressão cunhada nesta Corte pelo ministro Rider de Brito: “O Ministério Público do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho são irmãos siameses”.

O retorno da sociedade ao Estado Democrático de Direito, após duas décadas de regime autoritário, traz em seu bojo uma exigência: a da responsabilidade pública dos governantes e dos agentes institucionais no cumprimento de suas funções constitucionais. Fundamento sob o qual repousa a vida civil e política republicana, este tem sido um dos maiores desafios ao processo de consolidação democrática no Brasil contemporâneo. Neste domínio transformam-se as Instituições, reciclam-se princípios e práticas institucionais, estimulam-se mudanças em mentalidades e na cultura organizacional. Maior

NOTAS E COMENTÁRIOS

compromisso para os problemas da sociedade, em particular com aqueles vividos pelos grupos sociais menos protegidos pelos direitos, assim como a maior transparência nas decisões políticas passam a constituir orientações éticas para o desempenho profissional e ético.

Neste contexto, as novas atribuições conferidas ao Ministério Público a partir da Constituição de 1988 representam, sem dúvida, uma das maiores conquistas das lutas democráticas para consolidar o princípio da responsabilidade como eixo articulador da vida político-institucional democrática. Muito já se disse a respeito do novo perfil do Ministério Público, de suas competências, de seu desempenho, de suas relações com os Poderes da República, despidendo repeti-los.

Contudo, é importante destacar neste momento que o respeito absoluto a sua independência e autonomia é condição indispensável para que o Ministério Público do Trabalho prossiga no cumprimento fiel de seus deveres assinalados na Constituição Federal de 1988. É igualmente indispensável à Instituição a preservação das garantias e dos instrumentos processuais ofertados pelo legislador, bem como a inexistência de obstáculos ao exercício do seu dever de pleitear a tutela jurisdicional a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, visto que sem tais instrumentos ficará gravemente comprometida a efetividade da atuação dos seus membros em prol da sociedade.

O Estado só funciona bem quando as atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, em nível ético. Nesta oportunidade lembro que o excelente relacionamento do Ministério Público do Trabalho nesta Corte não pode ser amesquinhado com fatos isolados que não representam a posição do TST, o respeito às instituições há que ser preservado. Um Poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer.

O ministro Milton de Moura França torna-se, a partir desta data, o vigésimo nono Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, considerado este desde 1946, quando a Justiça do Trabalho passou integrar o Poder Judiciário. Sucede ao ministro Rider Nogueira de Brito, que concluiu seu mandato à frente deste Tribunal, e que ora se despede da Presidência desta Corte, em uma proficiente e dinâmica administração.

O ministro Rider de Brito é credor do agradecimento do Ministério Público do Trabalho. Com efeito, faço questão de registrar, nesta oportunidade, seu elevado caráter e sua extrema lealdade como profissional e dileto amigo

NOTAS E COMENTÁRIOS

que tenho a imensa honra de ter. É exemplo para todos nós de retidão, dedicação e espírito público.

O paraense Rider Nogueira de Brito é sucedido pelo paulista Milton de Moura França, filho de Cunha, no interior do Estado de São Paulo, cidade que conserva todas as delícias das cidades de montanha: ar puro, boa comida, belíssima paisagem. De quebra, um artesanato que ficou famoso Brasil afora. Isso é Cunha, uma estância climática paulista junto à Serra do Mar, já quase no Estado do Rio de Janeiro e que já teve o nome de Boca do Sertão. Sua história remonta à época do ouro: a cidade era a única passagem entre o Porto de Parati e Minas Gerais e os tropeiros paravam ali para descansar e reabastecer. Hoje, salteadores, tesouros escondidos e escravos fujões fazem parte da memória dos seus habitantes. Saborosos causos confundem-se com a história do lugar. Aqui, se completa a transição de Óbidos para Cunha.

O ministro Milton de Moura França sempre pautou sua atuação no serviço público, em especial no Judiciário Trabalhista, pela dedicação e integridade, qualidades que o caracterizam. O denso e substancioso *curriculum vitae* de Vossa Excelência revela o seu consistente e esmerado preparo intelectual; o exercício de cargos públicos, a sua intensa atividade docente e o exercício da magistratura trabalhista em 1º e 2º graus assim o comprovam. Ministro Milton de Moura França, a hercúlea tarefa que lhe é confiada, tenho certeza, não é superior aos seus talentos jurídicos e intelectual, nem à sua capacidade gerencial. A sua discricção tem se revelado mais poderosa e eficiente do que o uso da eloquência; exercitando-a com habilidade já demonstrada nesta Corte, tem-se uma certeza: os jurisdicionados serão os beneficiários.

Nesta sessão solene também festejamos a posse do ministro João Oreste Dalazen na Vice-Presidência desta Corte. Não menos brilhante tem sido a carreira do ministro João Oreste Dalazen, magistrado por vocação e permanente dedicação. Dotado de aguçado senso de justiça, profundo conhecedor do Direito. Tem consciência de que a magistratura bem exercida é um serviço relevante aos jurisdicionados. A abrangente experiência profissional do ministro João Oreste Dalazen, agora na Vice-Presidência desta Corte, reforça a certeza de que mais uma vez a Justiça do Trabalho será comandada com habilidade e tranqüilidade.

Na Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, assume o ministro Carlos Alberto Reis de Paula, que é Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Minas Gerais, e que fez carreira como juiz do trabalho e professor em seu Estado. Sua vasta produção acadêmica e sua atividade docente

NOTAS E COMENTÁRIOS

revelam o seu embasamento intelectual. O ministro Carlos Alberto também é conhecido como exemplo de magistrado acessível e próximo da sociedade, e preocupado com a efetivação da justiça social.

Embora de origens diversas, Milton de Moura França (paulista de Cunha), João Oreste Dalazen (gaúcho de Getúlio Vargas) e Carlos Alberto Reis de Paula (mineiro de Pedro Leopoldo), esses notáveis magistrados têm histórias parecidas e igualmente admiráveis, que, inquestionavelmente, conferem-lhes a bagagem e o preparo necessários para fazer frente, com êxito e brilho, marcados pela competência que lhes é são inerente, ao desafio que é conduzir a mais alta Corte trabalhista do país. A história do Tribunal Superior do Trabalho, desde sua criação, passando pelo teor das suas decisões judiciais, é inseparável da evolução do Estado brasileiro, como garantidor das regras do jogo democrático.

Com efeito, em nome do Ministério Público do Trabalho, desejo que sobejem sucessos e realizações nessa nova Administração que se inicia, estimando que reúna e traga a experiência valiosa das Administrações antecessoras, a força de trabalho de valorosos servidores que integram esta Casa, e a riqueza de conhecimentos, a esperança e a colaboração de todos os Ministros que compõem esta Corte, para assumirem com confiança e desejo inarredável de dar sua parcela de contribuição para a consolidação de uma Justiça do Trabalho mais célere e cada vez mais atuante, trazendo para seu bojo o verdadeiro sentido de Justiça e materializando o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Finalizando, trago aqui a mensagem do Chefe do Ministério Público do Trabalho, Doutor Otavio Brito Lopes, no sentido de que continuará a envidar todos os esforços necessários para que, no biênio 2009-2011, os laços que unem o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, em especial a Procuradoria-Geral do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, fiquem ainda mais fortes, para a concretização dos direitos sociais.

Ministros Milton de Moura França, João Oreste Dalazen e Carlos Alberto Reis de Paula, cumprimento Vossas Excelências, desejando-lhes muito sucesso e felicidades, registro minha plena confiança de que neste biênio que ora se inicia esta Suprema Corte Trabalhista continuará na vanguarda da defesa dos direitos fundamentais.

Em nome do Ministério Público do Trabalho,

Muito obrigado!

**DISCURSO DO EXMO. SR. PRESIDENTE
NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL (OAB) EM HOMENAGEM À NOVA
ADMINISTRAÇÃO DO TST**

A seguir, a íntegra do discurso do Exmo. Sr. Cezar Britto, presidente nacional da OAB:

Senhoras e senhores,

É com grande honra que participo desta cerimônia de posse na Presidência deste egrégio Tribunal Superior do Trabalho, cidadela de defesa do trabalho e do trabalhador, na dupla condição de presidente do Conselho Federal da OAB e de advogado trabalhista – e, portanto, aliado da missão ética e social que esta Corte expressa e simboliza.

Missão, é bom que se registre, tão bem desempenhada pelo ministro Rider de Brito, que manteve um diálogo permanente e ativo com a sociedade e com advocacia brasileira. Destaco, como exemplo, o recém-implantado Sistema Unificado de Administração de Processos na Justiça do Trabalho – SUAP, que torna efetivo o peticionamento eletrônico através da certificação digital, em todos cantos e recantos do Brasil continental. Este será, sem dúvida, um dos seus maiores legados para a consolidação dessa Justiça Especializada, agora, mais do que nunca, nacionalmente unida e ágil. Útil para aqueles que integram as carreiras jurídicas, como testemunhará Vossa Excelência no momento em que retornar ao mister da advocacia.

E é essa temática que hoje, quando a crise do sistema capitalista adquire contornos globais e altamente preocupantes, nos obriga a refletir e agir, aqui e em toda parte do planeta, fazendo-a constar do topo da agenda política dos governos e das sociedades.

A queda do Muro de Berlim e as grandes rachaduras na Muralha de Wall Street nos devem servir de aprendizado. Não mais o mundo que pregava a igualdade sem liberdade. Não mais a terra da liberdade sem igualdade. A hora é da solidariedade conduzir ao tempo da liberdade com igualdade.

O momento é único. Devemos aproveitar esta rara oportunidade em que o capital pede socorro à sociedade, batendo às portas dos governos em busca de auxílio financeiro. O socorro pretendido não pode ser negado. O

NOTAS E COMENTÁRIOS

Estado tem, neste caso, o dever da solidariedade econômica. Mas não pode, porém, esse socorro ser dado sem a contrapartida da solidariedade social. É preciso que haja compromissos sinceros, fraternos e confiáveis daqueles que recebem ajuda do Estado neste momento de crise. A solidariedade ao capital exige a solidariedade ao trabalho. É este justo equilíbrio que devemos buscar na crise. O Estado só pode usar recursos da coletividade em benefício dela. Ao socorrer uma empresa ou um setor, o faz tendo em vista a repercussão social desse socorro. Se uma empresa quebra, gera demissões e problemas sociais. Mas, ao receber socorro estatal e contornar a ameaça de falência, não pode a empresa negligenciar seus deveres sociais, demitindo. E aí estamos diante de questão fundamental, já consolidada na Constituição Federal através da obrigatoriedade da observância do princípio da fraternidade no trato da coisa pública.

Repito: o Estado existe em prol da coletividade que o sustenta. Para emprestar, o Estado precisa saber cobrar reciprocidade solidária. Assim, não poderá abdicar de exigir o retorno social a todo e qualquer acordo público celebrado. Vale estabelecer como sua cláusula primeira: a concessão do empréstimo deve estar condicionada a pressupostos sociais – à manutenção do nível de empregos ou pelo menos a um esforço efetivo nessa direção. Infelizmente, as propostas encaminhadas para o novo pacto global apontam para caminhos diferentes. Parecem-nos indicar que não aprendemos com as lições do passado. Os conceitos adotados apontam para a criação de uma nova forma de relacionamento entre governos e empresas – o capitalismo com seguro estatal. Capitalismo sem risco. Capitalismo sem qualquer preocupação social.

As medidas que começam a ser anunciadas nos países centrais, os trilhões de dólares de auxílio a empreendedores falidos, valores que jamais imaginávamos existir, demonstram que o capitalismo não ruiu, não faliu com a crise. Apenas foi, digamos, aperfeiçoado. Conquistou seguro estatal. Bancos, seguradoras e instituições financeiras quebram mundo afora, lesando clientes, desarranjando a economia. Nesta nova ordem mundial não há problemas: o Estado banca. O Estado banca o banco. O capitalista, principalmente o financeiro, pode gastar à vontade os seus milhões de dólares. Em caso de má gestão, corrupção ou qualquer outro fator que venha a provocar sua falência, o Estado estará lá, presente, para garantir que não tenha qualquer prejuízo. Nem mesmo os nomes dos responsáveis são divulgados. O noticiário não “fulaniza” a crise. Trata apenas de pessoas jurídicas, instituições, setores. Não há indivíduos, condutas, princípios. Não há punições. Não há responsabilizações pessoais. Não há também mais chance de renovação do mercado, de um novo

empreendedor ascender, pois a não-falência do antigo está protegida por recursos estatais. Sequer há restrições físicas, salvo a de mudar o conforto das viagens de deslocamento dos altos executivos. Essa é a nova face do capitalismo mundial. Tudo é sistêmico.

Quanto ao direito ao trabalho, não há nada equivalente. Não se cogitou criar um seguro de proteção aos direitos do trabalhador. Ninguém proclamou: “Vamos proteger os trabalhadores da crise”. Muito ao contrário, o que se diz é que, para sair da crise, é preciso retomar as velhas receitas do capitalismo neoliberal, o mesmo que se dizia aniquilado com a busca do seguro-estatal. De novo, os amargos remédios: flexibilização e redução dos direitos do trabalhador. Mais uma vez a propaganda de que os direitos sociais atrapalham o crescimento ou a recuperação econômica. Retoma-se a acusação de que arcaico é o país que reconhece a função social do trabalho e que, por isso mesmo, não resistirá à crise.

Não se trata, infelizmente, apenas de teorias inofensivas. Suas aplicações já produzem efeito. Dos inúmeros casos análogos, que me abstenho de aqui citar, para poupá-los, cito apenas dois. O primeiro de uma empresa estadunidense: a General Motors, que pleiteia um megaempréstimo de 30 bilhões de dólares ao Tesouro do seu país até 2011, quer demitir, ainda este ano, em todo o mundo, 47 mil empregados. O segundo exemplo, brasileiro, é o da Embraer, que bateu às portas do governo, sob o compromisso de não demitir – ou de demitir apenas em pequena escala –, e anunciou em seguida que iria demitir nada menos que quatro mil funcionários.

Não são casos isolados – muito pelo contrário. Os jornais informam que, entre janeiro de 2006 e março de 2008, empresas paulistas receberam R\$ 2,9 bilhões em empréstimos com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), administrados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – e, não obstante, e a pretexto da crise, estão demitindo.

O ministro do Trabalho exibiu há dias uma listagem dessas empresas, num encontro na Confederação Nacional da Indústria. Mostrou que o auxílio estatal não impediu que aquelas empresas promovessem corte considerável por setor, liderado pelo comércio, estabelecimentos de reparação de veículos e motocicletas, de nada menos que R\$ 1,2 bilhão. E há ainda uma agravante: esses números não estão atualizados. Não abrangem os meses posteriores ao agravamento da crise, a partir de setembro de 2008. Vão só até março de 2008. Não sem razão a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em reunião realizada na cidade de Santiago, no Chile, aprovou recomendação de que as medidas anticrise tenham em vista a geração de empregos.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Ministro Milton Moura França, é dentro desse quadro, que aqui apenas resumi, que reitero a saudação da advocacia brasileira a Vossa Excelência, que, a partir de agora, passa a representar os interesses do trabalho perante a sociedade brasileira. O currículo pessoal e profissional o credencia amplamente à elevada missão que hoje inicia. Nascido no Estado de São Paulo, carrega a experiência de diretamente conhecer o maior parque econômico e social do Brasil. Como advogado até 1975, sabe as necessidades, virtudes e defeitos das partes representadas. Na condição de procurador do Estado, entre 1971 a 1972, compreende o papel do dirigente público e o seu compromisso com a Constituição. E, finalmente, como magistrado que passou por todas as instâncias da magistratura, vivencia e constrói a História da Justiça do Trabalho no Brasil.

A belíssima história de uma Justiça amadurecida nos conflitos sociais, que avançou no tempo, conquistou espaço, agigantou-se em importância, adquiriu princípios próprios, ganhou densidade jurídica ao vestir a protetora roupa do trabalho. Enfim, saiu das ruas para se legitimar na vida da sociedade. Sabem os que construíram essa História que o que a crise demonstra é que o capital não pode se auto-regulamentar. Não pode ele próprio ser juiz de suas transgressões. Quando havia abundância, ela não se refletia nos ganhos dos trabalhadores. Agora, quando a equação se inverte – e a ganância gera a escassez –, simplesmente não se pode repassar à força do trabalho o ônus da situação. Afinal, aprendemos, aqui mesmo neste Tribunal, que o risco da atividade econômica não pode recair sobre aquele que não detém o poder de mando ou gestão.

Mais que nunca, esta Corte, que desfruta de grande prestígio e confiança popular, por ser a que melhor defende e expressa os interesses legítimos da Justiça social, torna-se peça estratégica na busca de uma solução mais equilibrada para sairmos desta grave crise. E não se pode falar em justa saída caso não se conserve um dos mais elementares direitos humanos, a razão de ser de sua própria existência e nomenclatura deste Tribunal: o direito ao trabalho. É questão de justiça – e justiça no sentido amplo: moral, social, político, econômico e institucional.

É o que se espera dos advogados, magistrados e de todos aqueles que acreditam no Estado Democrático de Direito.

Que Deus o ilumine e o mantenha na sintonia da ética e da Justiça.

Muito obrigado.

TST PARTICIPA DO “CICLO SÉRGIO VIEIRA DE MELLO”

O Tribunal Superior do Trabalho recebeu no dia 26 de março o professor Gil Loescher, da Universidade de Oxford (Inglaterra) – um dos sobreviventes do atentado que vitimou o brasileiro Sérgio Vieira de Mello, representante especial do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas para o Iraque, e mais vinte pessoas em Bagdá, no dia 19 de agosto de 2003, quando estavam trabalhando na sede da ONU na capital iraquiana.

Em da nome da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e a pedido de seu atual diretor, ministro Barros Levenhagen, o ministro Carlos Alberto Reis de Paula saudou o palestrante. “A Enamat, ao se associar ao Conselho Britânico na promoção do Ciclo de Palestras Sérgio Vieira de Mello, atua na perspectiva do cumprimento de uma de suas finalidades institucionais. A reflexão e o debate sobre os direitos humanos se insere obrigatoriamente como um fio condutor da atuação da nossa escola, porquanto, principalmente para a magistratura, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil para a efetivação dos ideais da democracia”, afirmou.

Falando para um auditório atento e lotado, no encerramento do ciclo de palestras sobre o tema “Direitos Humanos e Refugiados: Crise Global dos Deslocamentos Prolongados”, o especialista relatou o teor da conversa que teria naquele dia com o colega brasileiro. Ele queria saber de Vieira de Mello se havia condições seguras de retorno para os milhares de refugiados iraquianos que estavam em países vizinhos. A resposta negativa veio de forma dramática, por meio de um suicida que dirigia um caminhão carregado com duas toneladas de explosivos.

Antes da exposição de Loescher, foi exibido um documentário sobre o diplomata brasileiro, dirigido por Lucélia Santos e Pedro Neschling. O relato da mãe de Vieira de Mello, dona Gilda, de que o filho não queria ir para o Iraque, pois sabia que não estava seguro no país árabe, emocionou a platéia. Dona Gilda contou que o filho tentou falar com ela nas três horas que sobreviveu embaixo dos escombros.

Ao iniciar sua exposição, o professor Gil Loescher explicou que, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur), a situação de exílio prolongado ocorre quando pelo menos 25 mil pessoas de mesma

NOTAS E COMENTÁRIOS

nacionalidade permanecem por mais de cinco anos fora de seu país de origem. Mas há situações que se prolongam por mais de 20 anos, assemelhando-se ao que ocorreu na Segunda Guerra Mundial na Europa. O tempo de refúgio aumenta a cada ano, segundo ele.

Loescher relatou sua experiência em visitas a campos de refugiados e reconheceu que a atuação do Acnur não tem sido suficiente para solucionar o problema mundial. Segundo ele, é necessário o envolvimento conjunto de diversos órgãos da ONU e também da comunidade internacional para que esses milhões de pessoas tenham as condições garantidas pela Convenção de 1951, que estabeleceu padrões básicos para o tratamento de refugiados. Atualmente existem, no mundo, trinta situações de refúgio prolongado.

O professor inglês afirmou que o drama dos refugiados agrava-se quando eles não têm acesso às condições básicas de sobrevivência, como escola, terra e trabalho. Por isso, são forçados a uma situação de dependência contínua, levando uma vida de frustração, pobreza e potencial não realizado. Muitas vezes, para romperem este quadro de dependência, alguns são levados a cometer crimes, como o tráfico de drogas e armas, e à prostituição.

A situação dos países anfitriões também foi abordada durante a palestra de Loescher. Segundo ele, a dificuldade do Acnur é cobrar destas nações a garantia dos direitos básicos aos refugiados quando nem mesmo a população local tem acesso a elas. Por isso, o Acnur fornece serviços públicos, exercendo o papel do Estado em muitos casos. O professor inglês afirmou que muitos destes países tornam-se vulneráveis devido a pressões internas e também externas, quando a migração forçada põe em risco aspectos de segurança internacional.

A palestra foi organizada em parceria pelo British Council, pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho. Ao encerrar o evento, o diretor da Enamat, ministro Antonio Barros Levenhagen afirmou que o interesse despertado pelo Ciclo de Palestras obrigou a Enamat a reestruturar o evento. O ministro se disse gratificado pela sua repercussão e público. “A Escola sente-se mais do que honrada, sente-se envaidecida, por ter firmado este acordo pelo qual se propiciou a vinda do eminente professor Gil Loescher, que nos brindou com esta palestra oportuna a respeito dos direitos dos refugiados”, afirmou o diretor da Enamat.

Jurisprudência Temática

ASSISTÊNCIAS MÉDICA E ODONTOLÓGICA. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO

RECURSO DE REVISTA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. O TRT da 15ª Região deixou claro que a assistência médica e odontológica dos empregados do Banco Bradesco é regulamentada por acordo coletivo, cujo conteúdo não traduzia restrição alguma ao aposentado por invalidez. Diferentemente do que alega o reclamado, a única norma coletiva a limitar os benefícios em pauta estaria destinada, tão-somente, aos empregados dispensados sem justa causa, e não ao empregado aposentado por invalidez. Eis a passagem do decisum da 15ª Região: “a norma coletiva de trabalho invocada pelo recorrente, para efeito de restringir o direito do autor à assistência médica ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias, concerne exclusivamente aos empregados dispensados sem justa causa, não sendo esta a hipótese dos autos” (fl. 157). Conclui-se, então, que o instrumento normativo, em não assinando qualquer limitação expressa do benefício de assistência médica e odontológica em relação aos demais empregados, possibilita a manutenção do plano de assistência à saúde a empregado aposentado por invalidez, tal qual interpretou a Corte Regional. Daí não se configurar a violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 475 da CLT. Acrescente-se, por fim, que o Direito não pode abdicar de seu substrato ético e o Direito do Trabalho em particular encontra-se vinculado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República (art. 1º, III), da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica (art. 170), de uma ordem social baseada no primado do trabalho, tendo por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Toda essa principiologia leva à consideração da pessoa do trabalhador, que não pode ser descartado como qualquer engrenagem inútil quando, doente ou acidentado no trabalho, vem a ser aposentado por invalidez, período em que se mantém hígido, embora hibernado, o contrato de emprego.

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-1.801/2005-115-15-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1.801/2005-115-15-00.0, em que é Recorrente Banco Bradesco S/A e Recorrido Luiz Martins de Paiva.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, mediante o v. acórdão às fls. 150-158, manteve a sentença que determinara o restabelecimento dos benefícios e serviços médicos e odontológicos ao reclamante, empregado aposentado por invalidez, assinando o prazo de 20 (vinte) dias após o trânsito em julgado da decisão, sob pena de multa diária se não cumprida a obrigação.

O reclamado interpõe recurso de revista, conforme razões às fls. 160-165. Denuncia violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 475 da CLT. Transcreve aresto do TRT da 1ª Região para confronto de teses.

O recurso de revista foi admitido pelo r. despacho à fl. 167.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 168-172, não sendo a hipótese de remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, ante o que dispõe o art. 83, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos gerais de tempestividade (fls. 432 e 434), representação (fl. 471) e preparo (fls. 366, 367, 475 e 476), passo à análise dos pressupostos específicos do recurso.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ

Eis a motivação do *decisum*:

“A proteção em decorrência de acidente de trabalho, a exemplo do que ocorre com a concedida à gestante, está diretamente vinculada à saúde do trabalhador e, portanto, associa-se a uma política de saúde pública e de previdência social, sendo que eventual desvinculação do indivíduo do emprego pode comprometer sua inserção no sistema previdenciário, afetando os objetivos perseguidos por tais garantias jurídicas criadas pelo Direito.

A aposentadoria por invalidez não rescinde o contrato de trabalho, apenas suspende os seus efeitos, confira-se.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O art. 475 da CLT é de clareza solar, *in verbis*:

‘Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.’

A legislação previdenciária também prevê: art. 47 da Lei nº 8.213/91:

‘Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:

I – quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará.’

Efetivamente, na suspensão do contrato de trabalho o vínculo empregatício não se extingue, apenas as obrigações principais das partes não são exigíveis. Desse modo, não há trabalho e nem remuneração, mas, exatamente em razão do contrato permanecer ativo, há de se preservar determinadas garantias, em especial as sociais, ainda que mínimas. Nesse sentido, os depósitos relativos ao FGTS que permanecem devidos na conta vinculada do empregado (§ 5º do art. 15 da Lei nº 8.036/90).

(...)

No caso da assistência médica, a sua manutenção se justifica, principalmente por se tratar de benefício cuja necessidade se intensifica no caso de afastamento por doença ou por motivo de acidente do trabalho. O empregado não teria qualquer vantagem em integrar um plano de seguro médico mantido pelo empregador se, quando mais dele necessitasse, pudesse ser suspenso ou extinto esse benefício, exatamente por estar incapacitado para o trabalho.

O fato de a assistência médica não ter natureza salarial (inciso IV, § 2º, art. 458, CLT) não induz concluir que ela possa ser suspensa, como fez o recorrente. Ao contrário, o fato apenas confirma que, por não ter natureza salarial, o benefício não se vincula à suspensão do contrato de trabalho.

(...)

Evidencia-se, portanto, que não se podem extrair da suspensão do contrato de trabalho as conseqüências pretendidas pelo recorrente, como se não houvesse exceções.

(...)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Não se pode olvidar, ainda, que a norma coletiva de trabalho invocada pelo recorrente, para efeito de restringir o direito do autor à assistência médica ao prazo de 180 (cento oitenta) dias, concerne exclusivamente aos empregados dispensados sem justa causa, não sendo esta a hipótese dos autos, também não se cogitando da aplicação do art. 47, inciso I, da Lei nº 8.213/91 ao caso *sub judice*.

Deve, pois, prevalecer o r. julgado de primeira instância, incumbindo ao recorrente restabelecer os benefícios e serviços da assistência médico-dental, nos mesmos termos em que eram disponibilizados ao recorrido e seus dependentes no período imediatamente anterior ao seu afastamento pela Previdência Social, sob pena de arcar com os prejuízos resultantes de seu procedimento ilegítimo.

Mantém-se, também, a multa diária originalmente cominada para a hipótese de descumprimento. Contudo, merece acolhimento o apelo quanto à fixação de um prazo mínimo para o implemento da obrigação, que ora se fixa em 20 (vinte) dias, após regular intimação do recorrente a partir do trânsito em julgado da decisão.” (fls. 151-157)

Alega o reclamado que não há disposição legal que obrigue “a manutenção do plano de saúde/dentário durante a suspensão contratual, após a concessão da aposentadoria por invalidez” (fl.164).

Sustenta que “manteve a prestação da assistência médica/odontológica dentro dos parâmetros fixados pela convenção coletiva da categoria bancária. Tal convenção, em sua cláusula trigésima oitava, assegura ao empregado afastado a utilização do convênio de assistência médica e hospitalar pelo período de 180 dias, prazo este já ultrapassado” (fl. 164).

Denuncia violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 475 da CLT. Transcreve aresto do TRT da 1ª Região, que afirma tese, aparentemente, contrária àquela assentada pelo TRT da 15ª Região, no sentido de que “não há como se impor ao empregador a manutenção do Plano de Saúde durante a suspensão do contrato de trabalho de empregado que se encontra aposentado por invalidez” (fl. 164).

Vejamos.

De início, no que diz respeito ao pressuposto do dissenso pretoriano, saliente-se que o aresto transcrito à fl. 164 não é específico, como está a exigir a Súmula nº 296 do Tribunal Superior do Trabalho. É que, no caso em análise, o TRT da 15ª Região deixou claro que a assistência médica e odontológica dos empregados do Banco Bradesco é regulamentada por acordo coletivo, cujo

conteúdo não traduzia nenhuma restrição ao aposentado por invalidez que, embora com seu contrato de trabalho suspenso, é, ainda, empregado do Banco.

Diferentemente do que alega o reclamado, a única norma coletiva a limitar os benefícios em pauta estaria destinada, tão-somente, aos empregados dispensados sem justa causa, e não ao empregado aposentado por invalidez. Eis a passagem do *decisum* da 15ª Região: “a norma coletiva de trabalho invocada pelo recorrente, para efeito de restringir o direito do autor à assistência médica ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias, concerne exclusivamente aos empregados dispensados sem justa causa, não sendo esta a hipótese dos autos” (fl. 157).

Conclui-se, então, que o instrumento normativo, em não assinando nenhuma limitação expressa do benefício de assistência médica e odontológica em relação aos demais, possibilita a manutenção do plano de assistência à saúde ao empregado aposentado por invalidez, tal qual interpretou a Corte Regional. Daí não se configurar a violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 475 da CLT.

Nesse mesmo sentido já decidiu a SDBI-1:

“ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MANUTENÇÃO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. Extrai-se da decisão proferida pelo Tribunal Regional, a fls. 251/252, o seguinte trecho: ‘Articulou a reclamante na inicial que consta em instrumento coletivo o direito dos empregados da reclamada de usufruírem de assistência médica, odontológica e farmacêutica, bastando que se possua a condição de empregado, a qual não é perdida nos casos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mas que, no seu caso, ao se aposentar por invalidez, o plano de saúde foi cortado pela empresa. Requer, portanto, a manutenção da assistência à saúde (médica, odontológica e farmacêutica). O Juízo de Piso, em pertinente fundamentação, entendeu, em síntese, que *o instrumento coletivo colacionado aos autos autoriza o entendimento de que, mesmo estando o contrato de trabalho suspenso, ainda cabe à reclamada manter a assistência à saúde de seus trabalhadores*. Independentemente da dubiedade de interpretação acerca das cláusulas coletivas, é inconcebível admitir que a empregada, no momento em que se encontra convalescente – de forma grave, registre-se, pois, caso contrário, o INSS não lhe concederia aposentadoria provisória –, não possa usufruir das benesses do plano de saúde concedido pela empresa. Denota-se, portanto, que as decisões encontram-se amparadas por condição de trabalho prevista em instrumento coletivo. *Daí não se configurarem as afrontas aos arts.*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

475 da CLT e 5º, inciso II, e 114 da Constituição da República indicadas pela reclamada. Igualmente, com relação aos dispositivos do Código Civil, uma vez que a cláusula contratual analisada não tem natureza individual, mas coletiva, como bem registrou a decisão ora embargada. Em suma: considerando-se que a condição de trabalho está assente em Acordo Coletivo e abrange todos os empregados, deferiu-se a manutenção do benefício da assistência à saúde à reclamante, aposentada provisoriamente por invalidez. O quadro dos autos não revela as violações aos dispositivos da lei e da Constituição articuladas pela reclamada. Ante o exposto, não se configura a violação ao art. 896 da CLT, uma vez que não demonstrado que o Recurso de Revista merecia conhecimento. Não conheço do Recurso de Embargos'." (E-RR 1552/1998-001-17-00, SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 17.10.08)

Acrescente-se, por fim, que o Direito não pode abdicar de seu substrato ético e o Direito do Trabalho em particular encontra-se vinculado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República (art. 1º, III), da valorização do trabalho como alicerce da ordem econômica (art. 170), de uma ordem social baseada no primado do trabalho, tendo por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Toda essa principiologia leva à consideração da pessoa do trabalhador, que não pode ser descartado como qualquer engrenagem inútil quando, doente ou acidentado no trabalho, vem a ser aposentado por invalidez, período em que se mantém hibernado, o contrato de emprego.

Ante o exposto, não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 11 de fevereiro de 2009. *Horácio Senna Pires*, relator.

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

FRAUDE À EXECUÇÃO DESCARACTERIZADA. Ante a razoabilidade da tese de violação ao art. 5º, incisos XXII e LV, da Constituição Federal, recomendável o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravo provido.

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, II, do CPC. Recurso de revista não conhecido.

EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO DESCARACTERIZADA. A celebração de compromisso de compra e venda, catorze anos antes do ajuizamento da ação que deu origem à execução, ainda que não tenha sido levado a registro, descaracteriza a má-fé do adquirente, impossibilitando a constrição judicial com fundamento em fraude à execução.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-662/2001-102-10-40 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-RR-662/2001-102-10-40.0, em que é Agravante Maria do Rosário Saraiva dos Santos e Agravados João Damascena Rocha Neto e Evandro da Silva Magalhães.

Agrava do r. despacho de fls. 264/266, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, sustentando, em suas razões de agravo de fls. 2/22, que o seu recurso merecia seguimento. Instrumento às fls. 23/268. Não foi apresentada contraminuta, conforme certidão de fls. 272. Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Insurge-se a agravante, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao seu recurso de revista, sustentando que logrou demonstrar violação de lei federal e de preceito constitucional, bem como divergência jurisprudencial. Em suas razões de recurso de revista, alegou que “o v. acórdão recorrido, ao desamparar o patrimônio da recorrente, que havia adquirido o imóvel (ou direitos sobre ele que sejam) em 1982 e dele então tomado posse, permitindo que sobre tal bem se efetivasse a penhora relativa a ação somente movida ao anterior proprietário do bem em 1996, desrespeitou o direito de propriedade da recorrente” (fls. 255). Asseverou que não se pode permitir o esbulho de direitos que já integravam o seu patrimônio, em benefício de quem não tinha direito preexistente sobre o imóvel. Apontou violação ao art. 5º, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal Regional, ao analisar o tema, deixou consignado, *in verbis*:

“Em que pese a argumentação da agravante em ter adquirido o imóvel em menção, mediante instrumento particular, não diligenciou a recorrente em proceder à transcrição no registro de imóveis competente, conforme preceitua o Código Civil (art. 530, inciso I).

Pontue-se que as providências necessárias para a transferência da propriedade foram tomadas apenas em 1997, quando a ação judicial que deu origem à execução em curso nos autos principais já havia sido ajuizada.

Logo, resta caracterizada fraude à execução pelo executado no curso daqueles autos.

Dispõe o art. 593 do CPC:

‘Considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens (...) II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.’

Discorre Valentin Carrion:

‘A fraude à execução é de Direito Processual (CPC, art. 593). Não só prejudica o credor, mas atenta contra a atividade jurisdicional do Estado (Liebman, Proc. de Exec.; Theodoro Jr., Proc. de Exec.); dispensa qualquer idéia de culpa (...), sendo suficiente a insolvência e a existência da demanda, mesmo sem penhora, sem registro (...), prescinde de qualquer ação especial ou sentença, não produzindo qualquer efeito sobre a execução.’ (In *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 16. ed., 1993, p. 657).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Nossos tribunais não dissentem de tal posicionamento doutrinário, conforme ilustram os seguintes arestos:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A alienação de bem pelo executado, quando já iniciada a execução, constitui fraude, não produzindo qualquer efeito jurídico.’ (TST, Ac. SDI 710/90, Rel. Min. Wagner Pimenta)

‘RECURSO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. A fraude à execução pode configurar-se ainda na fase do conhecimento da ação. Existindo processo judicial entre as mesmas partes, a tentativa de alienação de imóvel pelo réu, sem que haja suficiente garantia patrimonial, configura fraude à execução, definida objetivamente pelas circunstâncias, e não pela intenção do alienante, que é presumida. A ação pauliana ou revocatória, própria da fraude contra credores, busca anular ‘os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente’ (Código Civil, art. 117). A primeira corre no curso da ação; a segunda, contra o universo de credores, antes do ajuizamento da ação.’ (TST, Ac. SDI 3151/89, Rel. Ermes Pedro Pedrassani, DJU 16.03.90, p.1878)

‘FRAUDE À EXECUÇÃO. Os fatos comprovados nos autos estão a demonstrar que a transferência da empresa executada representou negócio simulado, destinando a fraudar a execução: a alienação foi concomitante à época do trânsito em julgado da decisão, o passivo trabalhista supera o capital social da empresa, os ‘novos sócios’ não foram encontrados e tampouco localizada a empresa no antigo endereço. Tal situação fática está capitulada no art. 593, II, do CPC, que considera em fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando ao seu tempo corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.’ (TRT 10ª R., Ac. 190/93, Relª Juíza Heloísa Pinto Marques, DJU 13.05.93)

Caracterizada a fraude à execução, mormente quando não se demonstrou que o Juiz Conductor da Execução nos autos principais não tenha sido diligente no esforço de localizar outros bens passíveis de garantia para a execução, tenho por correta a decisão de primeira instância.

Por outro lado, bem andou a decisão agravada ao destacar que ‘os prejuízos sofridos pela embargante decorreram de sua própria culpa na medida em que, dolosamente, retardou a transferência do imóvel para

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

utilizar-se das condições de financiamento oferecidas pela CEF ao executado.’ (A fls. 64, destaque no original).

Considerando-se que a propriedade do bem imóvel, a teor do art. 530, I, do Código Civil, somente se transfere com o registro respectivo, não merece guarida a pretensão da agravante.

A invocação à Súmula nº 84 do c. STJ, por sua vez, não exime do crivo do julgador a análise dos embargos de terceiro e a possibilidade de improcedência do pedido neles constante.

Colha-se, a propósito, o seguinte precedente desta Turma, em voto da abalizada lavra da Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, que se adéqua perfeitamente ao caso sob exame:

‘EMBARGOS DE TERCEIRO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. PENHORA DO BEM. VALIDADE. A Súmula nº 84 do STJ garante apenas a utilização da via dos embargos de terceiro para a defesa da posse oriunda do contrato de promessa de compra e venda, não a procedência de tais embargos. Embora o contrato de gaveta seja prática constante, salvo melhor juízo, a norma inserta no art. 530, I, do Código Civil, que exige a transcrição do título de transferência no registro de imóvel para a aquisição da propriedade, encontra-se em pleno vigor, não podendo ser afastada enquanto o direito brasileiro adotar como sistema o legalista.

Assim, havendo aquisição do bem mediante instrumento particular, não transcrito no registro imobiliário, plenamente válida a constrição judicial realizada. Recurso provido para tornar subsistente a penhora.’ (TRT 10ª R., Ac. 3ª T., RO 4.658/99, Relª Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, DJU 16.06.00, p. 26)

Assim, não há falar-se em aplicação, ao caso em exame, da Súmula nº 84 do Colendo STJ, sendo irrelevante, no âmbito desta Justiça Especializada, o fato de a agravante ter adquirido o imóvel mencionado, tomando posse e arcando com todas as obrigações decorrentes.

Nego provimento ao agravo.” (fls. 125/129)

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal Regional assim dispôs:

“Pelos fundamentos constantes no v. acórdão embargado, a egr. 3ª Turma entendeu que o fato de a embargante haver tomado posse do imóvel – objeto da constrição judicial –, em 01.04.82, ou seja, catorze

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996, movida por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães, não tem o condão de transmutar os fatos trazidos pela ora embargante, traduzindo-se em fraude à execução.

(...)

Para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, esclareço que, em que pese a exigência legal do registro do título da escritura pública para aperfeiçoamento da aquisição de bem imóvel, em decorrência do postulado constitucional da finalidade social da propriedade, a Excelsa Corte de Justiça pátria tem interpretado com certo abrandamento o requisito objetivo no exame das situações concretas, mantendo o rigorismo formal, porém, quando identificado qualquer indício de fraude à execução.

A título ilustrativo, cito o aresto jurisprudencial a seguir:

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NÃO REGISTRADA. SÚMULA Nº 84/STJ. MOMENTO DA ALIENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro (Súmula nº 84/STJ). 2. Entretanto, ainda que sejam cabíveis os embargos de terceiro, também está pacificado nesta Corte que a alienação de bem livre de penhora, ocorrida após a citação do executado alienante, pode configurar fraude à execução. 3. No particular, restou reconhecido pela instância ordinária que a celebração da promessa de compra e venda de imóvel, avençada após a citação do executado promitente, resultou em fraude à execução. 4. Ainda que se exija o conhecimento do adquirente sobre a existência de execução fiscal contra o alienante para que se configure a fraude à execução, conforme se infere de arestos recentes desta Corte, não prospera a pretensão recursal, pois descabe reexaminar na instância especial as premissas fáticas que alicerçam o acórdão recorrido – Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 642.656/CE, Rel. Min. Castro Meira, Ac 2ª T., DJU 13.12.2004, p. 330).’ (Citado pela Juíza Relatora Cilene Ferreira Amaro Santos, Proc AP-00603-2004-821-10-00-5, j. 08.06.05, publicado em 17.06.05)

Feita a situação temática na ordem normativa e retratado o enfoque jurisprudencial sobre a matéria, observa-se que, na hipótese versada,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ergue-se como óbice ao temperamento da aplicação da letra fria da lei a caracterização de tentativa de fraudar a execução.

Consoante destacado na v. acórdão embargado, a transferência do bem imóvel objeto do litígio, ocorrida somente em 18.06.97 (à fl. 10), deu-se quando a ação judicial, que originou a execução em curso nos autos principais, já havia sido ajuizada.

Assim, constatada a alienação do bem imóvel após instaurado um processo de conhecimento de caráter condenatório, aliada à insolvência do devedor no ápice da execução, caracterizada a situação apta a atrair a hipótese perfilhada no inciso II do art. 594 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769/CLT).

Dessa forma, atendida a determinação contida no v. acórdão do col. TST, e entendendo prestada satisfatoriamente a prestação jurisdicional, dentro da previsão legal (art. 897-A da CLT c/c o art. 535 do CPC), acolho os embargos declaratórios para prestar esclarecimentos.” (fls. 189/191)

Note-se que o Tribunal Regional, ao considerar que a propriedade do imóvel somente se transfere com a transcrição no registro de imóveis, asseverou que tal fato se deu apenas quando a ação judicial, que originou a execução em curso, já havia sido ajuizada, aplicando, portanto, os dispositivos que tratam da fraude à execução.

Ocorre que é incontroverso que, não obstante o registro do bem imóvel – objeto da constrição judicial – tenha ocorrido somente em 18.06.97, a embargante, Maria do Rosário Saraiva dos Santos, tomou posse do referido imóvel, mediante compromisso de compra e venda, em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996 por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães.

Assim, o cerne da controvérsia está em se verificar se a aquisição de imóvel por instrumento particular tem o condão de afastar a fraude à execução.

Nesse passo, entendo razoável a tese de afronta direta ao art. 5º, incisos XXII e LV, da Constituição Federal, como exige o § 2º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Recomendável, pois, o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões, posto que presentes os pressupostos do § 2º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Do exposto, conheço do agravo de instrumento para dar-lhe provimento e, em consequência, determinar o processamento do recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-662/2001-102-10-40.0, em que é Recorrente Maria do Rosário Saraiva dos Santos e Recorridos João Damascena Rocha Neto e Evandro da Silva Magalhães.

A reclamada interpôs recurso de revista, pelas razões de fls. 238/256, postulando a reforma do decidido, em relação aos seguintes temas: 1) negativa de prestação jurisdicional, por violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal; 2) embargos de terceiro – compromisso de compra e venda de imóvel – inexistência de registro – adquirente de boa-fé – fraude à execução descaracterizada, por violação ao art. 5º, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal. Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fls. 272. Dispensado o parecer da d. Procuradoria Geral, nos termos do art. 83, § 2º, item II, do Regimento Interno do TST. Relatados.

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Recurso tempestivo (acórdão proferido em sede de embargos de declaração publicado em 27.10.2006, conforme certidão de fls. 233, e protocolo às fls. 238, em 06.11.2006), subscrito por procurador habilitado (fls. 30 e 137), preparo desnecessário, cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

1 – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

CONHECIMENTO

Alega a reclamada, em suas razões de recurso de revista, que, não obstante a oposição de embargos de declaração, o Tribunal Regional manteve-se omissivo quanto ao fato de que a aquisição de direitos da agravante se deu em 01.04.82, tendo tomado posse do imóvel desde então, e que a reclamação trabalhista contra o Sr. Evandro Silva Magalhães, executado, somente foi ajuizada dezesseis anos depois, motivo pelo qual não se configuraria fraude à execução. Aponta violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O Tribunal Regional, ao analisar a questão referente à penhora do bem imóvel, deixou consignado, *in verbis*:

“Em que pese a argumentação da agravante em ter adquirido o imóvel em menção, mediante instrumento particular, não diligenciou a recorrente em proceder à transcrição no registro de imóveis competente, conforme preceitua o Código Civil (art. 530, inciso I).

Pontue-se que as providências necessárias para a transferência da propriedade foram tomadas apenas em 1997, quando a ação judicial que deu origem à execução em curso nos autos principais já havia sido ajuizada.

Logo, resta caracterizada fraude à execução pelo executado no curso daqueles autos.

(...)

Caracterizada a fraude à execução, mormente quando não se demonstrou que o Juiz Conductor da Execução nos autos principais não tenha sido diligente no esforço de localizar outros bens passíveis de garantia para a execução, tenho por correta a decisão de primeira instância.

Por outro lado, bem andou a decisão agravada ao destacar que ‘os prejuízos sofridos pela embargante decorreram de sua própria culpa na medida em que, dolosamente, retardou a transferência do imóvel para utilizar-se das condições de financiamento oferecidos pela CEF ao executado’. (A fls. 64, destaque no original).

Considerando-se que a propriedade do bem imóvel, a teor do art. 530, I, do Código Civil, somente se transfere com o registro respectivo, não merece guarida a pretensão da agravante.

A invocação à Súmula nº 84 do c. STJ, por sua vez, não exime do crivo do julgador a análise dos embargos de terceiro e a possibilidade de improcedência do pedido neles constante.

Colha-se, a propósito, o seguinte precedente desta Turma, em voto da abalizada lavra da Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, que se adéqua perfeitamente ao caso sob exame:

‘EMBARGOS DE TERCEIRO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. PENHORA DO BEM. VALIDADE. A Súmula nº 84 do STJ garante

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

apenas a utilização da via dos embargos de terceiro para a defesa da posse oriunda do contrato de promessa de compra e venda, não a procedência de tais embargos. Embora o contrato de gaveta seja prática constante, salvo melhor juízo, a norma inserta no art. 530, I, do Código Civil, que exige a transcrição do título de transferência no registro de imóvel para a aquisição da propriedade, encontra-se em pleno vigor, não podendo ser afastada, enquanto o direito brasileiro adotar como sistema o legalista.

Assim, havendo aquisição do bem mediante instrumento particular, não transcrito no registro imobiliário, plenamente válida a constrição judicial realizada. Recurso provido para tornar subsistente a penhora.’ (TRT 10ª R., Ac. 3ª T., RO 4658/99, Relª Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, DJU 16.06.00, p. 26)

Assim, não há falar-se em aplicação, ao caso em exame, da Súmula nº 84 do Colendo STJ, sendo irrelevante, no âmbito desta Justiça Especializada, o fato de a agravante ter adquirido o imóvel mencionado, tomando posse e arcando com todas as obrigações decorrentes.

Nego provimento ao agravo.”(fls. 125/129).

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal Regional assim dispôs:

“Pelos fundamentos constantes no v. acórdão embargado, a egr. 3ª Turma entendeu que o fato de a embargante haver tomado posse do imóvel – objeto da constrição judicial – em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996, movida por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães, não tem o condão de transmutar os fatos trazidos pela ora embargante, traduzindo-se em fraude à execução.

(...)

Para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, esclareço que, em que pese a exigência legal do registro do título da escritura pública para aperfeiçoamento da aquisição de bem imóvel, em decorrência do postulado constitucional da finalidade social da propriedade, a Excelsa Corte de Justiça pátria tem interpretado com certo abrandamento o requisito objetivo no exame das situações concretas, mantendo o rigorismo formal, porém, quando identificado qualquer indício de fraude à execução.

A título ilustrativo, cito o aresto jurisprudencial a seguir:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NÃO REGISTRADA. SÚMULA Nº 84/STJ. MOMENTO DA ALIENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro (Súmula nº 84/STJ). 2. Entretanto, ainda que sejam cabíveis os embargos de terceiro, também está pacificado nesta Corte que a alienação de bem livre de penhora, ocorrida após a citação do executado alienante, pode configurar fraude à execução. 3. No particular, restou reconhecido pela instância ordinária que a celebração da promessa de compra e venda de imóvel, avençada após a citação do executado promitente, resultou em fraude à execução. 4. Ainda que se exija o conhecimento do adquirente sobre a existência de execução fiscal contra o alienante para que se configure a fraude à execução, conforme se infere de arestos recentes desta Corte, não prospera a pretensão recursal, pois descabe reexaminar na instância especial as premissas fáticas que alicerçam o acórdão recorrido – Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 642.656/CE, Rel. Min. Castro Meira, Ac. 2.^a T., DJU 13.12.04, p. 330).’ (Citado pela Juíza Relatora Cilene Ferreira Amaro Santos, Proc AP-00603-2004-821-10-00-5, j. 08.06.05, publicado em 17.06.05)

Feita a situação temática na ordem normativa e retratado o enfoque jurisprudencial sobre a matéria, observa-se que, na hipótese versada, ergue-se como óbice ao temperamento da aplicação da letra fria da lei a caracterização de tentativa de fraudar a execução.

Consoante destacado no v. acórdão embargado, a transferência do bem imóvel objeto do litígio, ocorrida somente em 18.06.97 (à fl. 10), deu-se quando a ação judicial, que originou a execução em curso nos autos principais, já havia sido ajuizada.

Assim, constatada a alienação do bem imóvel após instaurado um processo de conhecimento de caráter condenatório, aliada à insolvência do devedor no ápice da execução, caracterizada a situação apta a atrair a hipótese perfilhada no inciso II do art. 594 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769/CLT).

Dessa forma, atendida a determinação contida no v. acórdão do col. TST, e entendendo prestada satisfatoriamente a prestação jurisdicional, dentro da previsão legal (art. 897-A da CLT c/c o art. 535

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do CPC), acolho os embargos declaratórios para prestar esclarecimentos.” (fls. 189/191)

Destarte, o Colegiado examinou e fundamentou, em profundidade e extensão, toda a matéria que lhe foi devolvida, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional. Isto porque aquele órgão julgador, baseado nas provas dos autos, adotou tese no sentido de que “não diligenciou a recorrente em proceder à transcrição no registro de imóveis competente, conforme preceitua o Código Civil”, já que “as providências necessárias para a transferência da propriedade foram tomadas apenas em 1997, quando a ação judicial que deu origem à execução em curso nos autos principais já havia sido ajuizada”, concluindo que “bem andou a decisão agravada ao destacar que ‘os prejuízos sofridos pela embargante decorreram de sua própria culpa na medida em que, dolosamente, retardou a transferência do imóvel para utilizar-se das condições de financiamento oferecidas pela CEF ao executado”.

Constou, ainda, do acórdão “o fato de a embargante haver tomado posse do imóvel – objeto da constrição judicial –, em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996, movida por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães, não tem o condão de transmudar os fatos trazidos pela ora embargante, traduzindo-se em fraude à execução”.

Cumprir observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ademais, há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC.

Não há, pois, que se falar em afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Assinalo, outrossim, que o entendimento pacífico desta Corte, cristalizado na Orientação Jurisprudencial de nº 115 da egrégia SBDI-1, é o de que somente ensejam conhecimento, quanto à preliminar de nulidade por negativa da prestação jurisdicional, as arguições de violação dos arts. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 93, IX, da Constituição Federal e/ou 458 do Código de Processo Civil, conforme os seguintes precedentes:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (Nova redação, DJ 20.04.05) O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/88. EAIRR 201590/95, Ac. julgado em 13.10.97 (art. 93, IX, CF/88), Min. Cnéa Moreira, Decisão unânime; E-RR 170168/95, Ac. 3411/97, DJ 29.08.97 (art. 458, CPC), Min. Vantuil Abdala, Decisão por maioria; E-RR 41425/91, Ac. 0654/95, DJ 26.05.95 (art. 458, CPC), Min. Vantuil Abdala, Decisão unânime.”

Dessa feita, os arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal não se ajustam ao fim colimado.

Não conheço.

2. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO DESCARACTERIZADA.

CONHECIMENTO

A recorrente alega, em suas razões de recurso de revista, que o acórdão recorrido desrespeitou o seu direito de propriedade, pois permitiu que sobre o bem imóvel se efetivasse a penhora relativa à ação ajuizada apenas em 1996 contra o anterior proprietário do bem. Afirma que havia adquirido o imóvel em 1982 e dele então tomado posse, razão pela qual não se pode permitir o esbulho de direitos que já integravam o seu patrimônio, em benefício de quem não tinha direito preexistente sobre o imóvel. Aponta violação ao art. 5º, XXII, LIV e LV, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Região, ao confirmar a sentença de 1º grau que determinou a constrição do bem da recorrente, considerou a ocorrência de fraude à execução, pelos seguintes fundamentos:

“Em que pese a argumentação da agravante em ter adquirido o imóvel em menção, mediante instrumento particular, não diligenciou a recorrente em proceder à transcrição no registro de imóveis competente, conforme preceitua o Código Civil (art. 530, inciso I).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Pontue-se que as providências necessárias para a transferência da propriedade foram tomadas apenas em 1997, quando a ação judicial que deu origem à execução em curso nos autos principais já havia sido ajuizada.

Logo, resta caracterizada fraude à execução pelo executado no curso daqueles autos.

Dispõe o art. 593 do CPC:

‘Considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens (...) II. quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.’

Discorre Valentin Carrion:

‘A fraude à execução é de Direito Processual (CPC, art. 593). Não só prejudica o credor, mas atenta contra a atividade jurisdicional do Estado (Liebman, Proc. de Exec.; Theodoro Jr., Proc. de Exec.); dispensa qualquer idéia de culpa (...), sendo suficiente a insolvência e a existência da demanda, mesmo sem penhora, sem registro (...), prescinde de qualquer ação especial ou sentença, não produzindo qualquer efeito sobre a execução.’ (In *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 16. ed., 1993, p. 657)

Nossos tribunais não dissentem de tal posicionamento doutrinário, conforme ilustram os seguintes arestos:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A alienação de bem pelo executado, quando já iniciada a execução, constitui fraude, não produzindo qualquer efeito jurídico.’ (TST, Ac. SDI 710/90, Rel. Min. Wagner Pimenta)

‘RECURSO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. A fraude à execução pode configurar-se ainda na fase do conhecimento da ação. Existindo processo judicial entre as mesmas partes, a tentativa de alienação de imóvel pelo réu, sem que haja suficiente garantia patrimonial, configura fraude à execução, definida objetivamente pelas circunstâncias, e não pela intenção do alienante, que é presumida. A ação pauliana ou revocatória, própria da fraude contra credores, busca anular ‘os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente’ (Código Civil, art. 117). A primeira corre no curso da ação; a segunda, contra o universo de credores,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

antes do ajuizamento da ação.’ (TST, Ac. SDI 3151/89, Rel. Ermes Pedro Pedrassani, DJU 16.03.90, p. 1878)

‘FRAUDE À EXECUÇÃO. Os fatos comprovados nos autos estão a demonstrar que a transferência da empresa executada representou negócio simulado, destinando a fraudar a execução: a alienação foi concomitante à época do trânsito em julgado da decisão, o passivo trabalhista supera o capital social da empresa, os ‘novos sócios’ não foram encontrados e tampouco localizada a empresa no antigo endereço. Tal situação fática está capitulada no art. 593, II, do CPC, que considera em fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando ao seu tempo corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.’ (TRT 10ª R., Ac. 190/93, Relª Juíza Heloísa Pinto Marques, DJU 13.05.93)

Caracterizada a fraude à execução, mormente quando não se demonstrou que o Juiz Condutor da Execução nos autos principais não tenha sido diligente no esforço de localizar outros bens passíveis de garantia para a execução, tenho por correta a decisão de primeira instância.

Por outro lado, bem andou a decisão agravada ao destacar que ‘os prejuízos sofridos pela embargante decorreram de sua própria culpa na medida em que, dolosamente, retardou a transferência do imóvel para utilizar-se das condições de financiamento oferecidas pela CEF ao executado.’ (A fls. 64)

Considerando-se que a propriedade do bem imóvel, a teor do art. 530, I, do Código Civil, somente se transfere com o registro respectivo, não merece guarida a pretensão da agravante.

A invocação à Súmula 84 do C. STJ, por sua vez, não exime do crivo do julgador a análise dos embargos de terceiro e a possibilidade de improcedência do pedido neles constante.

Colha-se, a propósito, o seguinte precedente desta Turma, em voto da abalizada lavra da Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, que se adéqua perfeitamente ao caso sob exame:

‘EMBARGOS DE TERCEIRO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. PENHORA DO BEM. VALIDADE. A Súmula nº 84 do STJ garante apenas a utilização da via dos embargos de terceiro para a defesa da posse oriunda do contrato de promessa de compra e venda, não a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

procedência de tais embargos. Embora o contrato de gaveta seja prática constante, salvo melhor juízo, a norma inserta no art. 530, I, do Código Civil, que exige a transcrição do título de transferência no registro de imóvel para a aquisição da propriedade, encontra-se em pleno vigor, não podendo ser afastada enquanto o direito brasileiro adotar como sistema o legalista.

Assim, havendo aquisição do bem mediante instrumento particular, não transcrito no registro imobiliário, plenamente válida a constrição judicial realizada. Recurso provido para tornar subsistente a penhora.’ (TRT 10ª R., Ac. 3ª T., RO 4658/99, Relª Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, DJU 16.06.00, p. 26)

Assim, não há falar-se em aplicação, ao caso em exame, da Súmula nº 84 do Colendo STJ, sendo irrelevante, no âmbito desta Justiça Especializada, o fato de a agravante ter adquirido o imóvel mencionado, tomando posse e arcando com todas as obrigações decorrentes.

Nego provimento ao agravo.” (fls. 125/129)

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal Regional assim dispôs:

“Pelos fundamentos constantes no v. acórdão embargado, a egr. 3ª Turma entendeu que o fato de a embargante haver tomado posse do imóvel – objeto da constrição judicial – em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996, movida por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães, não tem o condão de transmutar os fatos trazidos pela ora embargante, traduzindo-se em fraude à execução.

(...)

Para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, esclareço que, em que pese a exigência legal do registro do título da escritura pública para aperfeiçoamento da aquisição de bem imóvel, em decorrência do postulado constitucional da finalidade social da propriedade, a Excelsa Corte de Justiça pátria tem interpretado com certo abrandamento o requisito objetivo no exame das situações concretas, mantendo o rigorismo formal, porém, quando identificado qualquer indício de fraude à execução.

A título ilustrativo, cito o aresto jurisprudencial a seguir:

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. COMPRA E VENDA DE BEM

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

IMÓVEL NÃO REGISTRADA. SÚMULA Nº 84/STJ. MOMENTO DA ALIENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro (Súmula nº 84/STJ). 2. Entretanto, ainda que sejam cabíveis os embargos de terceiro, também está pacificado nesta Corte que a alienação de bem livre de penhora, ocorrida após a citação do executado alienante, pode configurar fraude à execução. 3. No particular, restou reconhecido pela instância ordinária que a celebração da promessa de compra e venda de imóvel, avençada após a citação do executado promitente, resultou em fraude à execução. 4. Ainda que se exija o conhecimento do adquirente sobre a existência de execução fiscal contra o alienante para que se configure a fraude à execução, conforme se infere de arestos recentes desta Corte, não prospera a pretensão recursal, pois descabe reexaminar na instância especial as premissas fáticas que alicerçam o acórdão recorrido – Súmula nº 7/STJ. 5. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 642.656/CE, Rel. Min. Castro Meira, Ac. 2ª T., DJU 13.12.04, p. 330).’ (Citado pela Juíza Relatora Cilene Ferreira Amaro Santos, Proc. AP-00603-2004-821-10-00-5, j. 08.06.05, Publicado em 17.06.05)

Feita a situação temática na ordem normativa e retratado o enfoque jurisprudencial sobre a matéria, observa-se que, na hipótese versada, ergue-se como óbice ao temperamento da aplicação da letra fria da lei a caracterização de tentativa de fraudar a execução.

Consoante destacado no v. acórdão embargado, a transferência do bem imóvel objeto do litígio, ocorrida somente em 18.06.97 (à fl. 10), deu-se quando a ação judicial, que originou a execução em curso nos autos principais, já havia sido ajuizada.

Assim, constatada a alienação do bem imóvel após instaurado um processo de conhecimento de caráter condenatório, aliada à insolvência do devedor no ápice da execução, caracterizada a situação apta a atrair a hipótese perfilhada no inciso II do art. 594 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769/CLT).

Dessa forma, atendida a determinação contida no v. acórdão do col. TST, e entendendo prestada satisfatoriamente a prestação jurisdicional, dentro da previsão legal (art. 897-A da CLT c/c o art. 535 do CPC), acolho os embargos declaratórios para prestar esclarecimentos.” (fls. 189/191)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Note-se que o Tribunal Regional, ao considerar que a propriedade do imóvel somente se transfere com a transcrição no registro de imóveis, asseverou que tal fato se deu apenas quando a ação judicial que originou a execução em curso já havia sido ajuizada, aplicando, portanto, os dispositivos que tratam da fraude à execução.

Admite, no entanto que não obstante o registro do bem imóvel – objeto da constrição judicial – tenha ocorrido somente em 18.06.97, a embargante, Maria do Rosário Saraiva dos Santos, tomou posse do referido imóvel, mediante compromisso de compra e venda, em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996 por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães.

Cabe inicialmente, para melhor exame da tese que se adotará a seguir, um breve caminhar sobre as figuras da fraude contra credores e a fraude à execução.

E para melhor compreensão do tema, se faz necessário discorrer brevemente sobre a questão do “patrimônio – garante na responsabilidade do devedor”.

A doutrina firmou entendimento de que o conceito de obrigação é de natureza pessoal, mas que acaba tendo reflexos no patrimônio do devedor. Daí a idéia de “garantia” ou de “responsabilidade”. Aquele representa para o credor a “garantia” da satisfação do cumprimento da obrigação. De modo que, se de um lado a dívida consiste no dever de prestar por parte do devedor, por outro a responsabilidade compreende o estado de sujeição dos bens do obrigado à ação do credor. A dívida é, assim, um vínculo pessoal; a responsabilidade, um vínculo do patrimônio. (Sobre este tema discorre magistralmente Yussef Said Cahali em *Fraude Contra Credores*). Por isso a doutrina entende que respondem pelas dívidas do devedor seus bens presentes e futuros.

Tal mecanismo atribui ao devedor a possibilidade de usar, gozar e dispor dos seus bens, como bem lhe parecer, pressupondo sempre a boa-fé, mas desde que garantida a segurança dos créditos de terceiros.

Assim, para que não desapareça a garantia que o patrimônio do devedor representa para os credores, “a lei reconhece ao devedor, plena liberdade de contratar, e, por conseguinte, de alienar, com o único limite de não serem as alienações feitas com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhes a satisfação de seus direitos. A lei desaprova a alienação feita nessas condições, pois a qualifica de fraudulenta” (Liebman referido na obra citada à p. 47).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“Em outros termos, essa transposição maliciosa dos limites de disponibilidade dos bens livres, que repercute, através da diminuição fraudulenta do patrimônio, como ameaça à garantia dos credores, na medida em que deve ser coarctada pelo sistema jurídico, antecipa desde logo o *similar fundamento ontológico dos institutos da fraude à execução e da fraude contra credores*; embora se possa pretender que aquelas restrições se apresentam assim acentuadas no âmbito do processo de execução.

Aliás, esta *similitude ontológica*, que envolve os dois institutos – embora inseridos agora, um no processo civil, outro no direito material – é que terá inspirado, por certo, a mais precisa e moderna doutrina, no sentido de uma *identificação de consequencialidades*; ainda que os resultados sejam obtidos por meios específicos, é manifesta a sucumbência da melhor doutrina às origens comuns dos dois institutos, como vai ser visto no local próprio.” (obra citada, p. 48)

Neste contexto, a apreensão de bens passados, do devedor, que não mais lhe pertencem, mas alienados em fraude contra credores ou em fraude à execução. “Esta extensão da responsabilidade patrimonial a bens de terceiro resulta da interferência do terceiro na violação do contrato” (ob. cit., p. 49).

Vale lembrar que, consoante ensinamento de Amílcar de Castro (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. VIII, 1974, p. 88), “a fraude será sempre apreciada em relação ao tempo da alienação, para atingir primeiramente as alienações mais próximas, de tal sorte que se o devedor, quando acionado, tinha bens superabundantes, mas aos poucos foi dispondo deles a um ou mais adquirentes, de modo que veio a tornar-se insolvente, a execução deverá recair sobre os bens por último alienados, até o cômputo da dívida”.

Do que foi dito, decorre que a configuração da fraude contra credores e da fraude à execução nasce com a subtração da satisfação da obrigação, daqueles bens que ao tempo da sua formação, garantiam o ajuste.

Há que se ressaltar que, no presente caso, não obstante o registro do bem imóvel – objeto da constrição judicial – tenha ocorrido somente em 18.06.97, a embargante, Maria do Rosário Saraiva dos Santos, tomou posse do referido imóvel mediante compromisso de compra e venda, em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista proposta em 1996 por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães.

Resta a análise da tese da exigibilidade do registro do ato de aquisição do imóvel no registro imobiliário para efeito da exclusão da inoponibilidade

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

do bem penhorado, ou seja, se a aquisição de imóvel por instrumento particular tem o condão de afastar a fraude à execução.

É certo que a doutrina e a jurisprudência neste sentido vinham caminhando, trilhando conceitos tradicionais do Direito Civil pátrio. Aliás, nesta linha, a jurisprudência consagrada na Súmula nº 621 do Supremo Tribunal Federal: “não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis”.

Em sua notável obra *Fraude Contra Credores*, 2. ed., 1999, Yussef Said Cahali, depois de uma longa exposição a respeito do cominho percorrido pela jurisprudência a respeito do tema, conclui à página 65 e seguintes:

“A questão insere-se num contexto mais amplo, pois consiste em saber se houve ou não fraude (de execução ou contra credores) quando da prática do ato de disposição dos direitos relativos ao imóvel; se o compromissário comprador (ou qualquer adquirente) imitado na posse do imóvel em razão do título com que se apresenta, pode, em determinadas circunstâncias, defender a sua legítima posse por via dos embargos de terceiro, ainda que a acolhida dos embargos implique na desconstituição da penhora...

Efetivamente: 1) a configuração da fraude de execução não decorre, necessariamente, em termos de presunção absoluta, da inexistência do oportuno registro imobiliário, seja do compromisso de compra e venda, seja de qualquer outro ato de disposição de direitos relativos a imóvel; 2) a permanência do bem comprometido ou alienado, no patrimônio do devedor, enquanto não registrado o título respectivo, mas já pago o valor correspondente, é apenas formal; 3) a posse exercida sobre o imóvel pelo adquirente ou compromissário comprador, esteja ou não registrado o contrato, desde que quitado o respectivo preço, não pode ser qualificada como ‘simples detenção’ ou ‘posse precária’, merecendo por isso proteção por via dos embargos a que se refere o art. 1.046, § 1º, Parte Final do CPC...

Em outros termos, a ausência de inscrição ou registro oportuno do compromisso de compra e venda ou de qualquer outro ato de disposição imobiliária não é suficiente para se deduzir, por presunção absoluta, *iuris et de iure*, que se trata de alienação fraudulenta, e, como tal, ineficaz perante os credores do alienante; antecipada a posse em favor do adquirente, e demonstrada mediante documentação autêntica a anterioridade do negócio, não mais estando o direito daquele sujeito a qualquer condição resolutiva em razão do cumprimento integral das

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

obrigações a seu cargo, legitima-se o mesmo, agora como possuidor exclusivo, em nome próprio, para o oferecimento dos embargos de terceiro do art. 1.046, § 1º, do CPC, buscando por esta via liberar o bem da constrição judicial...

Está definitivamente assentado, portanto, e na mesma linha que vínhamos sustentando, que o promitente-comprador, por contrato irrevogável, devidamente imitado na posse plena do imóvel, pode opor embargos de terceiro possuidor (...) para impedir a penhora promovida por credor do promitente-vendedor. A ação do promitente-comprador não é obstada pela circunstância de não se encontrar o pré-contrato registrado no ofício imobiliário. Assim, havendo justa posse e quitação do preço, o promitente-comprador, embora não tenha registrado o contato de compromisso de compra e venda, pode opor embargos de terceiro a fim de livrar de constrição judicial o bem penhorado. O registro imobiliário somente seria imprescindível para a oponibilidade face àqueles terceiros que pretendessem sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente-comprador, não se encontrando nessa situação o credor do promitente-vendedor.”

Note-se que o legislador, com a edição da Lei nº 10.444/02, houve por bem alterar a redação do § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, que em sua redação atual dispõe:

“A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.” (*Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006*)

Destarte, não é mais possível se afirmar, no tocante à alienação de bens imóveis, que a mera existência de ação movida contra o alienante do bem caracterizaria a fraude à execução, quando fosse capaz de reduzi-lo à insolvência. É que, nos casos em que não há penhora registrada, na forma do § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil, deve ser presumida a boa-fé do adquirente do imóvel, ou seja, não havendo registro da constrição judicial, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transfere-se para o credor.

Nesse sentido caminha a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. PENHORA. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. 1. Ao terceiro adquirente de boa-fé é facultado o uso dos embargos de terceiro para defesa da posse. Não havendo registro da constrição judicial, o ônus da prova de que o terceiro tinha conhecimento da demanda ou do gravame transfere-se para o credor. A boa-fé neste caso (ausência do registro) presume-se e merece ser prestigiada. 2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 493.914/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJe 05.05.08)

“PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO. CPC, ART. 593, II, E 659, § 4º. INEXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DA PENHORA. BOA-FÉ PRESUMIDA DOS TERCEIROS ADQUIRENTES. I. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que não basta à automática configuração da fraude à execução a mera existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no cartório competente (art. 659, § 4º, do CPC). II. Recurso especial desprovido.” (REsp 943.591/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., DJ 08.10.07)

“PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REQUISITOS. 1. Conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal Justiça, nos casos em que não há penhora registrada, conforme ocorre na espécie, somente se reconhece a existência de fraude à execução se o credor provar que o terceiro, o adquirente do imóvel, estava também de má-fé, ou seja, que ele, ao tempo da alienação, sabia, assim como o devedor (alienante), da existência do processo de execução e da situação de insolvência. 2. Presume-se, nesse caso, a boa-fé do terceiro (adquirente), ficando a cargo do credor o ônus de provar o contrário, vale dizer, a má-fé. 3. Recurso especial conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro.” (REsp 647.176/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., DJ 13.03.06)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO, MAS ANTERIOR AO REGISTRO DE PENHORA OU ARRESTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO *CONSILIUM FRAUDIS*. 1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EResp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal. 2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*. 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança. 4. No caso alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei nº 8.953/94), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade. 5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado. 6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto. 7. Recurso especial improvido.” (REsp 811.898/CE, Rel^a Min^a Eliana Calmon, 2ª T., DJ 18.10.06)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. 1. Para caracterizar a fraude à execução não bastam o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz determinando a citação, é necessário que tenha ocorrido a citação válida do devedor. 2. Somente ocorre a presunção absoluta do *consilium fraudis* nos casos de venda de bem penhorado ou arrestado se o ato construtivo estiver registrado no Cadastro de Registro de Imóveis – CRI. 3. Recurso especial provido.” (REsp 911.660/MS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 23.04.07)

Nesse passo, delimitada a responsabilidade do adquirente de boa-fé, voltemos ao nosso caso para verificar se a aquisição de imóvel por instrumento particular tem o condão de afastar a fraude à execução.

O caminho a seguir será o mesmo. Isso porque a celebração de compromisso de compra e venda anteriormente ao ajuizamento da ação, ainda que não tenha sido levado a registro, descaracteriza a má-fé do adquirente, impossibilitando a constrição judicial com fundamento em fraude à execução.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Por essa razão, a Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça dispõe:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

E ainda que se alegue que a referida súmula não exime do crivo do julgador a análise dos embargos de terceiro e a possibilidade de improcedência do pedido neles constante, por outro lado, permite que sejam julgados procedentes os embargos de terceiro quando demonstrado que, a par da ausência de registro público, a celebração de compromisso de compra e venda deu-se anteriormente ao ajuizamento da ação, como ocorreu no presente caso.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. SÚMULA Nº 84/STJ. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. Acórdão *a quo* segundo a qual, com amparo na Súmula nº 84/STJ, não configura fraude à execução a alienação do imóvel em data anterior ao ajuizamento da execução fiscal, mesmo sem o registro 3. Aplicação, à hipótese, da Súmula nº 84 desta Corte Superior: ‘é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro’. 4. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no Ag 952.361/DF, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., DJe 17.04.08)

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESNECESSIDADE DE REGISTRO. ALIENAÇÃO DO BEM EM DATA ANTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. RECURSO PROVIDO. 1. É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no Enunciado da Súmula nº 84/STJ: ‘É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro’. 2. A fraude à execução apenas se configura quando demonstrado que a alienação do bem ocorreu após a efetiva citação do devedor, em sede de execução fiscal. 3. Na hipótese dos au-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

tos, a celebração do compromisso de compra e venda ocorreu em data anterior ao ajuizamento da execução fiscal e, por conseguinte, da citação válida do devedor. Assim, não se configurou a alegada fraude à execução. 4. Recurso especial provido.” (REsp 974.062/RS, Rel^a Min^a Denise Arruda, 1^a T., DJ 05.11.07)

“EMBARGOS DE TERCEIRO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADA. I. O comprador por escritura pública não registrada, devidamente imitado na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro para impedir penhora promovida por credor do vendedor. Precedentes do STJ. II. Ofensa aos preceitos legais colacionados não caracterizada. Dissídio pretoriano não configurado. III. Recurso especial não conhecido.” (REsp 9.448/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2^a T., DJ 26.04.93)

Note-se que, no presente caso, não obstante o registro do bem imóvel – objeto da constrição judicial – tenha ocorrido somente em 18.06.97, a embargante, Maria do Rosário Saraiva dos Santos, tomou posse do referido imóvel, mediante compromisso de compra e venda, em 01.04.82, ou seja, catorze anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, proposta em 1996 por João Damascena Rocha Neto em desfavor de Evandro da Silva Magalhães.

Assim, conheço do recurso de revista por ofensa ao art. 5º, incisos XXII e LV, da Constituição Federal, como exige o § 2º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

MÉRITO

Como conseqüência lógica do conhecimento do recurso, por ofensa ao art. 5º, incisos XXII e LV, da Constituição Federal, dou-lhe provimento para, julgando procedentes os embargos de terceiro, declarar insubsistente a penhora efetuada sobre o bem imóvel.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento para destrancar o recurso de revista. Vencido o Exmo. Ministro Relator. Por maioria, conhecer do recurso de revista em relação ao tema “fraude à execução – direito de propriedade”, por violação ao art. 5º, XXII e LV, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para, julgando procedentes os embargos de terceiro,

declarar insubsistente a penhora efetuada sobre o bem imóvel. Vencido o Exmo. Ministro José Simpliciano de F. Fernandes.

Brasília, 18 de fevereiro de 2009. *Renato de Lacerda Paiva*, redator designado.

DANO MORAL. ABUSO DE DIREITO. ILÍCITO TRABALHISTA

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. REPERCUSSÃO DAS HORAS EXTRAS DO BANCÁRIO NOS SÁBADOS. Não havendo notícia de norma coletiva que disponha em sentido contrário, a premissa do Tribunal Regional de que as horas extras devem incidir no sábado implica contrariedade à atual, iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual o sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.

Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.

RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE. DANO MORAL. ABUSO DE DIREITO. ILÍCITO TRABALHISTA. LIMITES DA BOA-FÉ EXTRAPOLADOS. DEVER DE INDENIZAR. ART. 5º, V, DA CF.

Ao exercer o direito potestativo de dispensar o empregado, o Banco agiu com excesso, extrapolando os limites impostos pela boa-fé e pelo fim econômico ou social do direito. Com efeito, o TRT foi enfático ao noticiar que, “ao contestar, o reclamado não negou que tinha conhecimento prévio de que o reclamante se submeteria à intervenção cirúrgica em 18.04.00”. A boa-fé da Reclamante, que comunicou previamente seu afastamento, não teve a reciprocidade esperada do Reclamado, que a despediu incontinenti sob o argumento de que estava exercendo um direito potestativo. Em realidade, procurou o empregador se eximir das obrigações decorrentes do afastamento do empregado para tratamento de saúde, e seu ato se mostrou intencional, ou seja, com o objetivo nítido de prejudicar o empregado, extrapolando os limites do próprio direito. Conseqüentemente, não se contempla exercício regular de direito, a despeito da aparência de licitude pretendida pelo reclamado. O dano, por sua vez, lesou direito personalíssimo do empregado: sua dignidade. Naquela situação específica, não-convencional, a expectativa de convalescer como empregado do Banco-Reclamado foi frustrada pela certeza de que a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

convalescença se daria na condição de desempregado. Uma vez constatada a violação de direito personalíssimo – a dignidade da pessoa humana – dúvidas não há de que, consoante o art. 5º, V, da Constituição Federal, o empregador deverá ser condenado a indenizar o empregado pelos danos morais decorrentes do ilícito trabalhista praticado.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-810.404/01 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-810.404/01.2, em que são Recorrentes Banco Santander Meridional S/A e Carlos Alberto dos Santos e Recorridos *os mesmos*.

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por meio do acórdão às fls. 333-351, decidiu, entre outros temas, acerca de danos morais, cerceio do direito de defesa; validade do depoimento pessoal; abono assiduidade; horas extras; salário substituição e critério de efetivação dos descontos fiscais.

O reclamado interpõe recurso de revista (fls. 353-370), aparelhado por denúncia de violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal de 1988, além de colacionar arestos para confronto de teses.

O reclamante recorre adesivamente, às fls. 385-395, insurgindo-se contra a manutenção do indeferimento do pedido de indenização por danos morais. Denuncia violação a dispositivos da Constituição Federal e colaciona arestos.

Ambos os recursos foram admitidos (fls. 375-377), contra-razões do reclamante às fls. 378-384 e da reclamada às fls. 403-414, sendo dispensada a remessa dos autos ao douto Ministério Público do Trabalho, ante o que dispõe o art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes à tempestividade (fls. 449-450), regularidade de representação (fls. 219-220) e preparo (fl. 472), passo à análise dos intrínsecos do apelo.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – CERCEIO DO DIREITO DE DEFESA E VALORAÇÃO DE DEPOIMENTO TESTEMUNHAL – TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O RECLAMADO

A Corte Regional afastou a preliminar em questão aos seguintes fundamentos:

“O reclamado arguiu a nulidade do processo por cerceamento de defesa, aduzindo a imprestabilidade da prova testemunhal produzida pelo reclamante, ao argumento de que as testemunhas possuem ação trabalhista contra o banco.

O c. TST, através do Enunciado nº 357 da sua Súmula de Jurisprudência predominante, já sedimentou o entendimento de que *‘não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou ter litigado contra o mesmo empregador’*.

Assim, nada obsta que elas sejam ouvidas, cabendo ao Magistrado apreciar as provas e, segundo a sua convicção (motivada), atribuir ao depoimento o valor que possam merecer frente aos demais elementos probatórios.

Assim, rejeito a preliminar.” (fls. 335-336)

À fl. 355 o reclamado argumenta pela imprestabilidade da prova testemunhal, pois evidente o interesse da testemunha do recorrido pelo sucesso da demanda, o que a torna suspeita por falta de isenção. Entende que houve o cerceio do seu direito de defesa, uma vez que não foi acolhida a contradita apresentada oportunamente, e, sendo acolhida referida preliminar, não pode prevalecer a condenação, porquanto embasada em prova única. Diz ser inaplicável a Súmula nº 337/TST.

Para ensejar o conhecimento do tema, transcreve arestos para confronto de teses.

Sem razão.

Não há como conhecer do tema, pois a decisão recorrida encontra-se em perfeita consonância com a Súmula nº 357 do TST, desta forma redigida:

“TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.”

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Nesse contexto, resta prejudicado o exame da divergência jurisprudencial, haja vista o disposto no § 4º do art. 896 da CLT, bem como na Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

1.2 – HORAS EXTRAS

O TRT, pelo v. acórdão às fls. 338-341, confirmou a sentença que julgara procedente o pedido condenatório de horas extras, aos seguintes fundamentos:

“O reclamado insurge-se contra a sentença que, reconhecendo como verdadeira a jornada descrita na exordial, o condenou ao pagamento de horas extras.

O preposto do reclamado reconheceu que as horas extras trabalhadas não eram pagas na integralidade, sendo adimplidas apenas as registradas nos controles de jornada, restando, assim, a conclusão lógica de que havia determinação do banco para a anotação dos cartões com jornada inferior àquela efetivamente trabalhada.

A prova testemunhal, por sua vez, confirma que o banco não deixava os empregados anotar toda a jornada trabalhada nos cartões de ponto.

As testemunhas do reclamante, José Roberto Ponticelli, Maria Relinde Heedt Severino e Sérgio Luiz Borga, confirmaram que havia determinação do banco no sentido de que os empregados não comissionados anotassem os cartões na saída e voltassem para o trabalho.

A testemunha Maria Relinde Heedt Severino, que foi chefe do reclamante, afirmou inclusive ter visto o reclamante anotando o ponto e voltando a trabalhar.

Quanto às demais testemunhas, a ‘isenção de ânimo’ (cuja ausência é sustentada pelo banco) decorre de que o fato era de conhecimento geral na agência (fls. 258/259).

Portanto, os controles de jornada não podem ser tidos como meio de prova da real jornada trabalhada, porquanto resultou comprovado que o reclamante deveria anotar a sua jornada de forma a dar a aparência de realidade.

Além disso, nos últimos 5 anos o reclamante trabalhou como caixa, e a Sra. Maria Relinde Heedt Severino, que foi sua chefe de 1995 a

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1997, declarou que ele cumpria jornada das 9h40min às 18h30min/19h, com 15 minutos de intervalo.

O reclamante, por sua vez, ao depor, confirmou a jornada descrita na exordial, no horário das 9h45min às 18h30min na primeira quinzena do mês e até às 18h na segunda quinzena, sempre de segunda a sexta-feira.

A sentença, porém, reconheceu que o horário de saída na segunda quinzena era às 18h30min, pelo que merece ser reformada a sentença originária nesse particular.

Relativamente à condenação ao pagamento dos 45 minutos extras diários, em face da não-concessão do intervalo, mantenho o entendimento esposado pelo Juízo processante.

Na verdade, o reclamante cumpria jornada superior a 8 ho-ras.

O § 1º do art. 224 da CLT assegura o intervalo de 15 minutos ao bancário que possui jornada de 6 horas. Não é o caso do reclamante, pelo que não há falar em afronta a esse dispositivo legal, pelo que correta a sentença que aplicou o direito ao intervalo de 1 hora.

O divisor 180, por sua vez, foi deferido pela sentença, bem como a compensação dos valores pagos a esse título.

Os reflexos nos sábados são mantidos.

Perfilho o entendimento de que o Enunciado nº 113 do c. TST fere o disposto no art. 10 da Lei nº 4.178/62, que proíbe os bancos de abrirem nos sábados, ou seja, proíbe, por via de consequência, o trabalho nesses dias.

Nesse sentido, leciona Francisco Antônio de Oliveira, *Comentários aos Enunciados do TST*, 48. ed., p. 275:

‘Posto isso, reconheço que na segunda quinzena de cada mês o reclamante findava a sua jornada às 18 horas.’ (fls. 338-341)’

Em razões de revista (fls. 358-363) o reclamado argumenta que a real jornada de trabalho do empregado encontra-se integralmente registrada nos cartões de ponto juntados. Diz serem inverídicas as alegações quanto à suposta proibição de anotação do registro correto da jornada de trabalho, e que o reclamante não se desincumbiu de fazer prova de suas alegações, malferindo os arts. 74 e 818 da CLT. Colaciona arestos ao cotejo de teses.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Inviável o conhecimento.

Para modificar a decisão regional no particular seria indispensável o reexame dos fatos e provas, procedimento vedado em sede de recurso de revista, consoante jurisprudência pacificada pela Súmula nº 126 do TST.

Logo, diante da aplicação da citada Súmula nº 126 do TST, não há como visualizar afronta à literalidade dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, muito menos válida divergência de julgados.

Não conheço.

1.3 – BANCÁRIO – REFLEXO DAS HORAS EXTRAS NOS SÁBADOS

Às fls. 363-366, o reclamado insurge-se contra a decisão que determinou a repercussão do pagamento das horas extras habituais sobre a sua remuneração. Vejamos os fundamentos expendidos pelo TRT:

“Os reflexos nos sábados são mantidos.

Perfilho o entendimento de que o Enunciado nº 113 do c. TST fere o disposto no art. 10 da Lei nº 4.178/62, que proíbe os bancos de abrirem nos sábados, ou seja, proíbe, por via de consequência, o trabalho nesses dias.

Nesse sentido leciona Francisco Antônio de Oliveira, *Comentários aos Enunciados do TST*, 48. ed., p. 275:

‘Posto isso, reconheço que na segunda quinzena de cada mês o reclamante findava a sua jornada às 18 horas.’ (fls. 340-341)’

O recorrente denuncia contrariedade à Súmula nº 113/TST.

Com razão.

Não havendo notícia de norma coletiva que disponha em sentido contrário, a premissa do Tribunal Regional de que as horas extras devem incidir no sábado implica contrariedade à atual, iterativa e notória jurisprudência do c. Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual o sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.

Conheço, portanto, do recurso, no particular, por contrariedade à Súmula nº 113 do TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1.4 – INTERVALO – BANCÁRIO – 45 MINUTOS EXTRAS

Quanto ao tema, eis a fundamentação do acórdão do TRT:

“Relativamente à condenação ao pagamento dos 45 minutos extras diários, em face da não-concessão do intervalo, mantenho o entendimento esposado pelo Juízo processante.

Na verdade, o reclamante cumpria jornada superior a 8 ho-ras.

O § 1º do art. 224 da CLT assegura o intervalo de 15 minutos ao bancário que possui jornada de 6 horas. Não é o caso do reclamante, pelo que não há falar em afronta a esse dispositivo legal, pelo que correta a sentença que aplicou o direito ao intervalo de 1 hora.”

Às fls. 364-366, o reclamado argumenta que o art. 71 da CLT é inaplicável ao reclamante, pois há disposição expressa sobre o intervalo de empregado bancário, inserta no § 1º do art. 224 da CLT. Diz que o pagamento da diferença pleiteada implicaria duplicidade de pagamento de horas extras e afronta ao § 1º do art. 224 da CLT. Colaciona arestos.

O recurso alcança conhecimento.

Com efeito, à fl. 365 do recurso, o reclamado colaciona aresto oriundo da 2ª Região, que adota a tese de que “somente as pessoas que têm jornada de trabalho superior a seis horas é que têm intervalo para uma hora de refeição (art. 71 da CLT), o que não acontece com o bancário, cuja jornada é de seis horas (art. 224)” (fl. 365).

Conheço, por divergência jurisprudencial.

1.5 – DIFERENÇAS DE CAIXA

O TRT negou provimento ao recurso ordinário do reclamado ao seguinte fundamento:

“As convenções coletivas de trabalho mencionadas pelo reclamado apenas asseguram a percepção da gratificação de caixa no período de vigência dos respectivos instrumentos.

Para que seja lícito o desconto na remuneração do bancário de diferenças de caixa é necessária a prova de que houve culpa do empregado (art. 462 da CLT), sob pena de lhe ser transferido o risco do negócio.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O reclamado, entretanto, nenhuma prova produziu a esse respeito, como também não impugnou os valores discriminados na inicial, descontados a título de quebra de caixa.

Pelo que, mantenho a sentença originária nesse particular.” (fls. 341-342 – sem destaques no original)

Às fls. 366-368, o reclamado argumenta que a condenação imposta decorre da negligência do reclamante. Afirma que: “por expressa disposição dissidial, somente aqueles empregados ‘que efetivamente exerçam e aos que venham a exercer, na vigência da presente Convenção, as funções de Caixa e Tesoureiro’ fazem jus a referidas parcelas” (fl. 366-367). Colaciona arestos.

Sem razão.

O TRT enfatiza que o reclamado não fez prova da alegada conduta negligente ou culposa do empregado.

Nesse contexto, para se chegar às conclusões pretendidas pelo reclamado, necessário seria o reexame dos fatos e provas, procedimento vedado em sede de recurso de revista, consoante jurisprudência pacificada pela Súmula nº 126 do TST.

Também não viabilizam o conhecimento da revista os arestos colacionados à fl. 367, tendo em vista a inespecificidade que decorre da discrepância de quadros fáticos. Incidência da Súmula nº 296/TST.

Não conheço.

1.6 – CORREÇÃO MONETÁRIA – ÉPOCA PRÓPRIA

Quanto ao tema, o e. TRT negou provimento ao recurso ordinário do Banco, mantendo o seguinte entendimento:

“Mantida a condenação, pede o reclamado que a correção monetária das parcelas respeite os índices do mês subsequente ao da prestação de serviços.

A sentença, porém, reconheceu que sobre as parcelas trabalhistas *deve incidir correção monetária a partir do mês da efetiva prestação de serviços.*

O parágrafo único do art. 459 da CLT estabelece ao empregador a faculdade de pagar os salários até o 5º dia do mês subsequente ao vencido. Todavia, os *holerites* de pagamento juntados com a exordial demonstram

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

que o reclamado não se utilizava dessa faculdade legal, já que pagava os salários dentro do mês em que o serviço era prestado. Dessarte, essa deve ser a época própria a ser considerada para efeito de incidência da correção monetária.

Assim, mantenho a sentença originária, por seus próprios e jurídicos fundamentos.” (fl. 342)

À fl. 368 do recurso de revista, o reclamado insurge-se contra tal entendimento. Aponta discrepância com a Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1, hoje convertida na Súmula nº 381, e ofensa ao art. 459, parágrafo único, da CLT.

Conheço do recurso por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1, hoje convertida na Súmula nº 381/TST.

1.7 – CRITÉRIO DE EFETIVAÇÃO DOS DESCONTOS FISCAIS

O TRT decidiu (fls. 342-345) que os descontos fiscais devem ser realizados mês a mês, respeitadas as alíquotas, os limites e as isenções das épocas próprias. Seus fundamentos:

“O reclamado alega que os descontos de imposto de renda por imposição legal, devem ser realizados sobre o total da condenação.

A Lei nº 8.541/92, no art. 46, estabeleceu a obrigatoriedade de incidência dos descontos fiscais nos créditos devidos aos exequentes nos processos em tramitação na Justiça do Trabalho.

Contudo, o contrato de trabalho caracteriza-se pelo trato sucessivo e as prestações fundamentais dele decorrentes se renovam continuamente com o decurso do tempo. Nesse sentido, a lesão sofrida pelo reclamante tem natureza continuativa, ou seja, também se renova enquanto vigora a pactuação.

Logo, a incidência do imposto de renda nos créditos trabalhistas deve observar o regime de competência, respeitada a legislação aplicável à época própria de cada parcela, bem como seus tetos, suas alíquotas e suas deduções.

O empregador, ao sonegar as verbas trabalhistas, descumprindo também as obrigações tributárias acessórias e principais concernentes aos descontos devidos à época pelo empregado. Assim, não há como afastar a responsabilidade do empregador por essas deduções (art. 121 do CTN).

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A partir desse raciocínio, o reclamante não pode ser penalizado por ilegalidades (desrespeito às leis trabalhistas expressamente declaradas na sentença condenatória) praticadas pelo empregador.

A utilização do regime de caixa é lesiva ao reclamante, porquanto implica incidência de desconto fiscal sobre o total disponibilizado, ou seja, sobre o valor total acumulado até a data do pagamento, resultando em alíquotas maiores do que as devidas caso ele tivesse recebido corretamente seu salário na época correta.

É o reclamado o causador do pagamento dos valores acumulados, que se fossem corretamente pagos ao autor não o onerariam com encargos mais elevados.

(...)” (fls. 342-343)

O recorrente afirma (fls. 469-471) que essa decisão lesiona os arts. 46 da Lei nº 8.541/92; 56 do Decreto nº 3.000/99; 45, § 3º, do Decreto nº 1.041/94 e 3º da Instrução Normativa nº 25/96, contrariando, ainda, o Parecer Normativo nº 05 da SRF, de 06.11.95, bem como a OJ 228 da SBDI-I do TST, além de divergir da jurisprudência colacionada.

Com efeito, o art. 46 da Lei nº 8.541/92 prevê, de modo indubitado, a incidência do imposto de renda sobre crédito deferido em razão de decisão judicial, *verbis*:

“O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o recebimento se torne disponível para o beneficiário.”

O Provimento nº 01/96 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho igualmente disciplina a matéria, determinando que se proceda aos descontos de imposto de renda do crédito decorrente de decisão judicial.

Nesse sentido, firmou-se o entendimento da SBDI-1 desta Corte, consagrado na Súmula nº 368, itens I e II, *in verbis*:

“DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 32, 141 e 228 da SDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ 141, inserida em 27.11.1998)

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/92, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/96.” (ex-OJ 32, inserida em 14.03.1994 e OJ 228, inserida em 20.06.2001)

Conheço do recurso, nesse aspecto, por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92.

2 – MÉRITO

2.1 – BANCÁRIO – REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NOS SÁBADOS

Conhecido o recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 113/TST, o seu provimento é medida que se impõe.

Destarte, dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação os reflexos das horas extras nos sábados.

2.2 – INTERVALO – BANCÁRIO – 45 MINUTOS EXTRAS

A presente controvérsia, no tocante à base para fixação do intervalo intrajornada, se a efetiva duração do trabalho ou a jornada contratual, passa, indubitavelmente, pela análise do art. 71, *caput*, da CLT, *in verbis*:

“Art. 71. Em qualquer *trabalho contínuo*, cuja duração exceda de seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de uma hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de duas horas.” (grifo nosso)

Dessume-se do dispositivo *supra* que o legislador parte da premissa de ocorrência de trabalho contínuo, considerado esse além das seis horas (“cuja

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

duração exceda de seis horas”), não tendo como vislumbrar qualquer alusão à jornada contratual apenas, *in casu* do bancário.

Nesse sentido encontramos os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. DA BASE PARA FIXAÇÃO. Ainda que a jornada legal do bancário, não ocupante de cargo de chefia ou em comissão, seja de seis horas, comprovado que o trabalho efetivamente prestado ultrapassa esse limite, o intervalo a ser observado deve ser o de uma hora previsto no art. 71, *caput*, da CLT. Recurso conhecido e provido.” (TST-RR-181/2002-022-09-00.2, Ac. 6ª T., de minha lavra, DJ 26.05.2006)

“(…)

INTERVALO INTRAJORNADA. EXTRAPOLAÇÃO DA JORNADA CONTRATUAL DE 6 (SEIS) HORAS. DIREITO A INTERVALO INTRAJORNADA DE 1 (UMA) HORA.

1. O intervalo intrajornada relaciona-se com a duração do trabalho, e não com a jornada contratada. Atento ao princípio da primazia da realidade, o legislador buscou assegurar ao empregado o intervalo intrajornada proporcionalmente ao desgaste decorrente do trabalho efetivamente e, não apenas, potencialmente realizado. Trata-se de medida que visa a assegurar ao trabalhador o descanso correspondente às energias expendidas.

2. Estipulada jornada de seis horas, a prestação de serviços suplementares gera para o empregado direito à fruição de, no mínimo, uma hora de intervalo intrajornada, e o desrespeito a essa pausa justifica a aplicação do § 4º do art. 71 da CLT.

3. Precedentes da C. SBDI-1.

Embargos não conhecidos.” (E-ED-RR, 6620/2001-004-09-00, Ac. SBDI-1, Relª Minª Maria Cristina Peduzzi, DJ 04.04.2008)

“BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. O direito ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT resulta da jornada efetivamente cumprida, independentemente da jornada prevista em contrato. Desse modo, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo de uma hora ao bancário cuja jornada excede de seis horas de trabalho implica o pagamento total do valor relativo ao período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71, § 4º,

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da CLT). Recurso de embargos de que não se conhece.” (E-RR, 2089/2001-012-15-00, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 23.11.2007)

Dessa forma, ainda que a jornada legal do bancário, não ocupante de cargo de chefia ou em comissão, seja de seis horas, comprovado que o trabalho efetivamente prestado ultrapassa esse limite, o intervalo a ser observado deve ser o de uma hora previsto no art. 71, *caput*, da CLT.

E não poderia ser diferente, em sendo o contrato de trabalho um contrato realidade, que se pauta não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, e que é essa, e não aquele acordo que determina sua existência.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de revista.

2.3 – CORREÇÃO MONETÁRIA – ÉPOCA PRÓPRIA

A jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria encontra-se cristalizada na Súmula nº 381, que dispõe:

“CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005

O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.” (ex-Orientação Jurisprudencial nº 124 – inserida em 20.04.98)

Destarte, dou provimento ao recurso de revista para determinar que a incidência da correção monetária, nos créditos trabalhistas devidos ao Reclamante, ocorra no mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia primeiro, na forma da Súmula nº 381 do TST.

2.4 – DESCONTOS FISCAIS

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92, dou-lhe provimento para limitar a responsabilidade da Reclamada ao mero recolhimento dos descontos para imposto de renda, que deverão incidir sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, na forma da Súmula nº 368/TST.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

II – RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – DANO MORAL

O e. TRT da 12ª Região negou provimento ao recurso ordinário do reclamante para manter a sentença que julgara improcedente o pedido de indenização por danos morais. Seus fundamentos:

“Insurge-se o reclamante contra a sentença que, ao fundamento de que não restou configurada a ocorrência de dano moral, julgou improcedente o pedido de pagamento da indenização correspondente.

Na exordial, *alegou que foi dispensado no dia 17.04.00, véspera do dia em que se submeteria a uma cirurgia para correção de hérnia inguinal*. Disse também que ante a necessidade de ser substituído na função comunicou antecipadamente o fato ao empregador.

A declaração médica de fl. 13 comprova que o reclamante se submeteu a uma cirurgia de correção de hérnia inguinal em 18.04.00 e que necessitaria se afastar do serviço por 60 dias.

Ao contestar, *o reclamado não negou que tinha conhecimento prévio de que o reclamante se submeteria à intervenção cirúrgica em 18.04.00*, limitando-se a alegar a ausência de amparo legal para o deferimento do pleito.

A dispensa sem justa causa no dia anterior à cirurgia configura, a meu ver, abuso de direito.

Com efeito, não há negar que a despedida do empregado, autorizada por lei, se insere no direito potestativo do empregador. No entanto, o reclamado abusou do direito conferido por lei, causando sérios prejuízos ao reclamante e cometendo, portanto, ilícito trabalhista, o que autoriza a indenização por dano moral, haja vista o sofrimento psíquico advindo das circunstâncias da despedida.

Sílvio Rodrigues considera que *o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-la desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que*

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia (Direito civil, Saraiva, 1975, p. 49).

Segundo José Alberto Couto Maciel, o empregado subordinado juridicamente ao empregador tem mais possibilidade do que qualquer outro de ser moralmente atingido, em razão dessa própria hierarquia interna em que se submete à sua direção, o qual o vê, na maioria das vezes, como alguém submisso às suas ordens, de forma arbitrária. Em boa hora nosso Direito Constitucional evolui para integrar no País o dano moral, e nenhum cam-po é tão fértil para amparar tal direito como o Direito do Trabalho, no qual a subordinação deve ser respeitada, sob pena de abuso moral e conseqüente ressarcimento (ob. cit. ant., p. 116).

No magistério de Aryon Saião Romita, a *despedida abusiva é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da boa administração. Ao praticá-la, o empregador não inflige ao empregado apenas um dano lícito (privá-lo do emprego), porém lhe causa um novo dano, este ilícito, que se soma ao primeiro. (...) Quando o empregador não age no exercício de um interesse legítimo, justo, normal e pratica ato que excede os limites do instituto, que repugna o sentimento de justiça e moral, com evidente desvio dos fins a que se dirige o poder de direção e organização, surge o direito à indenização por despedida abusiva (Trabalho e processo, Saraiva, jun. 1994, n. 1, p. 29).*

É inegável que a despedida sem justa causa provoca sofrimento ao trabalhador e à sua família, ante a situação de insegurança econômica que de uma hora para outra bate às suas portas, tanto que o ordenamento jurídico prevê o pagamento de indenizações compensatórias e outras medidas mitigadoras dos efeitos da dispensa.

Resta, pois, analisar os efeitos de uma despedida realizada com abuso de direito, no dia anterior a uma cirurgia que o afastaria do serviço por pelo menos 60 dias.

A despedida do reclamante constitui ato contrário à função social, tendo o banco exercido o direito egoisticamente, de forma anormal, com excesso e nocivo ao Obreiro.

In casu, à insegurança resultante do seu estado de saúde somou-se o sofrimento decorrente da dispensa em momento que a manutenção

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

da relação de emprego era imprescindível. E é isso que o reclamante objetiva reparar pelo critério da compensação econômica, mediante a respectiva indenização.

A conduta do reclamado, com efeito, feriu fundamentos da República consubstanciados na *dignidade da pessoa humana* e no *valor social do trabalho*, estabelecidos nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal.

A dignidade, pondero, é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz ínsita a pretensão ao respeito por parte dos demais.

Por sua vez, o valor social do trabalho é reconhecido porque é através dele que há o crescimento do País e que garante ao homem a sua subsistência, tendo a Constituição da República previsto a liberdade, o respeito e a dignidade do trabalhador em diversos dispositivos (arts. 5º, XIII, 6º, 7º, 8º, 194; 204).

Outrossim, o art. 5º, inciso V, da Carta Magna assegura a indenização por dano material, moral ou da imagem, além do disposto no seu inciso X, que proclama mais genericamente como invioláveis a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

Transcrevo, ainda, como razão de decidir, parte de brilhante artigo do Exmo. Ministro Orlando Teixeira da Costa, publicado na *Gênese – Revista de Direito do Trabalho* – n. 40, p. 485, sobre o dano moral no âmbito do Direito do Trabalho:

‘Dano moral, leciona Carmem Garcia Mendieta, é o que sofre alguém em seus sentimentos, em sua honra, em sua consideração social ou laboral, em decorrência de ato danoso. Como se vê, o dano moral é aquele que incide sobre bens de ordem não material. Os autores costumam enumerar como bens dessa natureza a liberdade, a imagem, o nome. Logo, quando CLT fala em ‘ato lesivo da honra ou da boa fama’ está enquadrando juridica-mente essa conduta nas hipóteses de dano moral.

A doutrina reconhece ser de vital importância a reparação do dano no âmbito do Direito do Trabalho, conforme a lição de Horácio De La Fuente, citado por Pinho Pedreira, em estudo publicado na *Revista LTr* 55-05/553:

‘O Direito do Trabalho aparece (...) como um ramo jurídico em cujo seio o estudo do dano moral deveria alcançar seu máximo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

desenvolvimento, já que, como se disse, nesse direito a proteção da personalidade adquire especial dimensão, tanto por sua primordial importância – dado o caráter pessoal e duradouro da relação – como por ter sido objeto de uma garantia jurídica especial.’

A honra e a imagem de qualquer pessoa são invioláveis (art. 5º, X, da CF), e, no âmbito do contrato de trabalho, essa inviolabilidade assu-me expressão de maior relevo porque o empregado depende da sua força de trabalho para sobreviver.’

Assim, votei no sentido de condenar o reclamado ao pagamento de indenização decorrente do dano moral causado, no importe de R\$ 10.000,00, valor esse consentâneo com a posição profissional do reclamante, com a situação econômica do reclamado, com a gravidade do ilícito trabalhista e com o caráter pedagógico da pena.

Todavia, fiquei vencido nesse tópico pela maioria dos Exmos. Juízes integrantes desta e. Turma, que, contrariamente ao meu posicionamento, não reconhecendo a presença dos elementos configuradores do direito à indenização por dano moral, manteve a sentença originária nesse particular por seus próprios e jurídicos fundamentos.” (fls. 345-350 – sem destaques no original)

Em razões de revista adesiva, o reclamante argumenta que pleiteou a importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de dano moral. Diz que o reexame da decisão do TRT não implica reexame de fatos e provas. Denuncia violação dos arts. 1º, III e IV, 3º, I e II, e 5º, *caput* e V, todos da CF. Colaciona um aresto à divergência.

Passo ao exame do recurso de revista adesivo do reclamante.

Verifica-se, inicialmente, que não se trata de reexame fático, pois o acórdão recorrido contém todas as premissas que autorizam o exame do enquadramento jurídico dado pelo TRT aos fatos registrados.

Na hipótese vertente, é incontroverso que o reclamante foi dispensado na véspera do dia em que se submeteria a uma cirurgia para correção de uma hérnia, cirurgia esta que, segundo consta do acórdão do TRT, o Banco admitira, em contestação, que era de seu conhecimento prévio. *Idem* quanto à licença médica de 60 dias.

O ato de dispensa do empregado, a despeito de estar previsto em lei, assumiu caráter ilícito, pois contrário aos princípios constitucionais que regem o Direito do Trabalho e decorrente de abuso de direito do empregador.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ao exercer o direito potestativo de dispensar o empregado, o Banco agiu com excesso, extrapolando os limites impostos pela boa-fé e pelo fim econômico ou social deste direito.

Com efeito, consta do acórdão recorrido que “ao contestar, o Reclamado não negou que tinha conhecimento prévio de que o Reclamante se submeteria à intervenção cirúrgica em 18.04.00”. Além disso, documento médico indicava a necessidade de afastamento por sessenta (60) dias. Induvidoso, portanto, que os limites da boa-fé foram extrapolados.

Note-se que a lealdade/lisura do proceder da Reclamante, que comunicou previamente seu afastamento, não teve a reciprocidade esperada da Reclamada, que o despediu sob o argumento de que estava exercendo um direito potestativo.

É bem possível que, *ad argumentandum*, se o reclamante não tivesse comunicado o afastamento, o reclamado não o teria despedido. Nem poderia fazê-lo, dada a licença médica e a conseqüente custódia previdenciária. Em realidade, procurou o empregador se eximir das obrigações decorrentes do afastamento, por 60 dias, de empregado em tratamento de saúde, e seu ato se mostrou intencional, ou seja, com o objetivo nítido de prejudicar o empregado, extrapolando os limites do direito potestativo.

Conseqüentemente, não se contempla exercício regular de direito, a despeito de aparência de licitude do ato. *In casu*, o abuso no exercício do direito gerou ilícito trabalhista.

E o dano, por sua vez, lesou direito personalíssimo do empregado: sua dignidade. Naquela situação específica, não-convencional, a expectativa de convalescer como empregado do Banco-Reclamado foi frustrada pela certeza de que a convalescença se daria na condição de desempregado.

O dano do trabalhador emerge do quadro fático registrado, uma vez que colocado em situação de fragilidade na ocasião em que se submeteria a intervenção cirúrgica. Infere-se, nesta circunstância específica, que o ilícito trabalhista afetou a paz interior do reclamante.

Uma vez constatada a violação de direito personalíssimo – a dignidade da pessoa humana – dúvidas não há de que, consoante o art. 5º, V, da Constituição Federal, o empregador deverá ser condenado a indenizar o empregado pelos danos morais decorrentes do ilícito praticado.

Logo, conheço do recurso de revista adesivo do Reclamante por violação do art. 5º, V, da CF.

Por fim, registro que o Reclamante procedeu ainda com lisura e modéstia ao reivindicar a indenização.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 5º, V, da Constituição Federal, dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, nos termos da petição inicial.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I) conhecer do recurso de revista da Reclamada: quanto aos seguintes temas – a) *reflexo das horas extras nos sábados* – por contrariedade à Súmula nº 113/TST, e no mérito dar-lhe provimento para excluir da condenação os reflexos; b) *intervalo – bancário – 45 minutos extras* – por divergência jurisprudencial, e no mérito, negar-lhe provimento; c) *correção monetária – época própria* – por contrariedade à OJ 124/SBDI-1/TST (convertida na Súmula nº 381/TST), e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que a incidência da correção monetária nos créditos trabalhistas devidos ao reclamante ocorra no mês subsequente ao da prestação dos serviços; d) critério de efetivação dos descontos fiscais – por violação do art. 46 da Lei nº 8.541/92, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que os descontos para imposto de renda incidam sobre o valor total da condenação, calculado ao final, na forma da Súmula nº 368/TST. II) Conhecer do recurso de revista do reclamante por violação do art. 5º, V, da CF, e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, e condenar a reclamada ao pagamento do valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), postulado na inicial. Mantido o valor da condenação.

Brasília, 17 de dezembro de 2008. *Horácio Senna Pires*, relator.

DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO.

1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

civil objetiva, acrescendo aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do art. 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador.

2. A atividade desenvolvida pelo reclamante – teste de pneus – por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o Obreiro vir a lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do empregador.

3. Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-422/2004-011-05-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-422/2004-011-05-00.3, em que é Recorrente Romário dos Santos e Recorrido Minas Pneus Ltda.

“O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por intermédio do acórdão às fls. 305-313, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo a sentença que não reconheceu a ocorrência de dano moral.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista às fls. 316-327, com fundamento no art. 896, *a e c*, da CLT.

Despacho de admissibilidade às fls. 329-330.

Contra-razões às fls. 332-354.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.”

É o relatório, na forma regimental.

VOTO

CONHECIMENTO

“Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso de revista quanto à regularidade de representação (fl. 10), tempestividade (fls.

314 e 316), e dispensado o preparo, passa-se ao exame dos requisitos específicos do recurso.”

DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO

“O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, às fls. 316-327, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, mantendo a sentença que reconheceu a inexistência de culpa da reclamada. Eis os fundamentos consignados às fls. 308-313, *verbis*:

“Deve-se, de logo, ressaltar-se que, não obstante a regra insculpida no inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal estabelecer a necessidade da aferição da culpa para a caracterização da responsabilidade aquiliana do Empregador, nos casos de acidentes do Trabalho entendendo, *prima facie*, não subsistir qualquer incompatibilidade da aplicação, na seara trabalhista, da regra disposta no parágrafo único do art. 927 do CC/02, que introduz em nosso ordenamento jurídico, no que tange a responsabilidade pela indenização civil, a teoria da responsabilidade objetiva.

É que a interpretação a ser feita do quanto disposto no inciso XXVIII do art. 7º da nossa Carta Política não pode ser a literal, devendo a regra que emana do r. dispositivo ser conformada com as demais regras dispostas na Constituição Federal. Assim é que a norma em destaque deve ser interpretada, consoante o disposto no *caput* do art. 7º, que estabelece: ‘São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social’.

Logo, sendo a responsabilidade objetiva mais benéfica ao trabalhador, não há que ser de logo refutada sobre o simples argumento de que esta seria inconstitucional, haja vista que, de uma análise teleológica do inciso XXVIII do artigo *supra*, depreende-se apenas que o legislador constituinte originário autorizou a cumulação da indenização paga pela entidade autárquica da Seguridade Social, com aquela imputada ao empregador.

Feitos tais esclarecimentos, impende analisar se, no caso concreto, encontram-se presentes todos os elementos fáticos autorizadores da incidência do quanto disposto no parágrafo único do art. 927.

A resposta a essa questão parece-nos que deve ser negativa, se não, vejamos.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Frise-se que para a aplicação da responsabilidade objetiva, na forma como disposta no CC/02, não basta que da atividade desenvolvida pelo Empregador decorra um risco à saúde de outrem, haja vista que de quase todas as atividades desenvolvidas pelos seres humanos existe sempre um risco subjacente, sendo necessário, portanto, aferir se este risco que decorre da atividade desenvolvida é maior do que aquele a que está submetida a coletividade.

Dito de outro modo, a responsabilidade fundada no risco só se configura quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano importar, para uma pessoa determinada, um ônus superior àquele a que se sujeitam os demais membros da sociedade. Essa inclusive é a orientação aprovada na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, abaixo transcrita:

‘Enunciado 38 – Art. 927. A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, 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.’

Assim, cumpre-nos indagar se o risco a que estava exposto o Obreiro, quando da calibragem do pneu do carro, sobre a prancha de elevação, é maior do que aquele a que está exposta uma outra pessoa quando necessita realizar a calibragem do pneu de seu carro. Parece-me ser negativa a resposta, haja vista que o estouro do pneu pode se dar pelo simples excesso na pressão utilizada.

Logo, não se tratando, a atividade desenvolvida pelo Obreiro, daquelas que por sua natureza já trazem um risco imanente, e que autorizam a percepção dos adicionais de periculosidade e insalubridade, e verificando-se que o risco a que estava exposto o Demandante não era superior àqueles a que se expõem todos os membros da coletividade que necessitam proceder a calibragem dos pneus de seus veículos, não há como se acolher a aplicação da responsabilidade objetiva prevista na legislação civil vigente.

Superada a questão referente à aplicação da responsabilidade objetiva, verifico que nos autos também não existem elementos autorizadores da caracterização da responsabilidade subjetiva, haja vista que, como muito bem analisado pelo MM. *a quo*, deixou o reclamante de produzir prova que demonstrasse ter a reclamada agido com

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

imprudência, negligência ou imperícia, não se verificando, pois, a culpa do Recorrido.

Ademais, não pode passar despercebido por este juízo *ad quem*, que o Demandante, em momento algum da peça vestibular, sustentou ter agido a empresa com culpa quanto ao acidente do qual decorreu a sua redução na capacidade auditiva, uma vez que não alega a inexistência de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa reclamada, a falta de treinamento para função específica, exigência de esforços além da sua capacidade laborativa, inexistência de CIPA, se obrigada a empresa, etc.

Também deixou o reclamante de produzir prova pericial suficiente a caracterizar irregularidades no ambiente de trabalho que pudessem corroborar com as alegações dispostas na peça vestibular.

Isto posto, a nosso sentir, não há como se acolher a pretensão do Recorrente quanto aos pedidos de indenização a título de danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho.

Por derradeiro, ainda que pudesse ser aplicada, *in casu*, a teoria da responsabilidade objetiva, acredito não ser possível o deferimento dos danos materiais, haja vista que a sua configuração não prescinde da comprovação do efetivo prejuízo financeiro sofrido pela vítima, e conseqüente redução no seu patrimônio físico.

Os danos materiais subdividem-se em danos emergentes (prejuízo imediato e mensurável que surge em razão do infortúnio), e os lucros cessantes (parcelas financeiras futuras cujo resultado era esperado se não tivesse ocorrido o acidente).

No caso sob exame, vislumbra-se que deixou o Demandante de colacionar qualquer documento caracterizador dos danos emergentes, a exemplo de comprovantes de despesas médicas, farmacológicas, sessões fisioterápicas, aparelhos ortopédicos, entre outros, não havendo, pois, como caracterizá-lo.

No que diz respeito aos lucros cessantes, também o Obreiro não fez prova do seu prejuízo, haja vista que, como pontuado pelo mesmo na incoativa, após o retorno às atividades, fora readaptado, pela Empresa Demandada, em outra função, continuando a perceber a contraprestação pecuniária pactuada, não existindo, pois, qualquer prejuízo financeiro para o mesmo.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ademais, não subsiste também nos autos qualquer elemento capaz de validar as alegações do Demandante de que a redução auditiva de que fora acometido em virtude do acidente do trabalho sofrido provocaria uma redução nos valores percebidos a título de remuneração da ordem de 50%.

Note-se, conforme laudo emitido à fl. 20, que a perda auditiva foi de grau moderado, sendo permitido ao reclamante exercer atividades em ambientes expostos a ruídos, desde que fazendo o uso de protetores auriculares (v. atestado de fl. 21).

Assim, em face de tudo quanto exposto, deve ser mantida a decisão proferida pelo MM. *a quo*?

No recurso de revista, o reclamante aduz ser desnecessária a comprovação da culpa da reclamada para a comprovação de dano moral, tendo em vista a teoria do risco. Alega que a natureza da atividade empresarial, qual seja a manutenção de pneus de veículos automotivos, por si só, implicaria risco à incolumidade física. Propugna que a exposição a acidentes no desenvolvimento do seu labor – calibragem de pneus – seria muito maior do que aquela do indivíduo médio no desempenho esporádico da mesma atividade. Sustenta que não houve comprovação de sua culpa para a ocorrência do infortúnio (redução da capacidade auditiva) pela Recorrida. Indica arestos para cotejo de teses e violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.”

O eminente Relator de sorteio propôs o não-conhecimento do recurso de revista, porquanto não vislumbrada afronta ao art. 927, parágrafo único, do Código Civil e porque os arestos transcritos encontrariam óbice no item I da Súmula nº 337 desta Corte superior.

Divergi, contudo, do voto do ilustre Relator quanto à alegação de afronta ao art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pelos fundamentos a seguir expostos.

Discute-se nos presentes autos o direito de o reclamante perceber indenização por danos morais decorrentes de acidente do trabalho. Na hipótese, o empregado sofreu perda auditiva pela explosão de um pneu.

O novo Código Civil, ao tratar do tema relativo à responsabilidade civil, manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa do agente. Porém, na esteira do Código de Defesa do Consumidor e de outras leis esparsas, bem como da própria Constituição Federal, ampliou a gama de situações abrangidas pela teoria da responsabilidade civil objetiva,

fundada no risco da atividade. Nesse sentido é o disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

O estouro de pneu (causa da diminuição da percepção auditiva do reclamante) constitui risco da atividade da reclamada, empresa especializada em pneus. Em tais circunstâncias, justifica-se a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva em razão da “dinâmica laborativa”, ainda que a atividade-fim da empresa não seja considerada de risco. O risco de que trata o parágrafo único do art. 927 do Código Civil não é aferido apenas de forma exógena, mas também de forma endógena, de acordo com as atividades desenvolvidas pelo empregado no interior da empresa.

Nesse sentido leciona Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 621-622):

“(…) o novo diploma civil fixa também em seu art. 927 e parágrafo único, preceito de responsabilidade objetiva independente de culpa ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’. Ora, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CCB/02, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco).

Note-se a sabedoria da ordem jurídica: a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição da culpa do autor do dano (art. 159, CCB/16; art. 186, CCB/02). Entretanto, se a *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano* (no estudo em questão, a empresa) *implicar, por sua natureza, risco* para os trabalhadores envolvidos, ainda que em decorrência da dinâmica laborativa imposta por essa atividade, incide a responsabilidade objetiva fixada pelo Direito (art. 927, parágrafo único, CCB/02).”

No caso, o reclamante exercia a função de montador de pneus, sujeito a risco considerável à sua integridade física decorrente da possibilidade de estouro dos pneus manuseados.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Lançando mão de interpretação sistemática do ordenamento jurídico e teleológica do art. 2º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, encontra-se outro fundamento legal para a responsabilização do empregador em relação aos danos sofridos por seus empregados no desempenhar das atividades laborais diárias. A assunção dos “riscos da atividade econômica” deve ser compreendida de forma ampla, atribuindo-se à expressão seu verdadeiro significado. Assim, não estão compreendidos naquela definição apenas os riscos econômicos propriamente ditos, tais como o insucesso empresarial, dificuldades financeiras, entre outros, mas também o risco que essa atividade econômica representa para a sociedade e, principalmente, para seus empregados.

Tem-se, portanto, que a responsabilidade do empregador pelos danos sofridos por seu empregado, no caso sob exame, é objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa do empregador. Vale destacar, nesse sentido, a jurisprudência desta Corte superior:

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. Se existe nexo de causalidade entre a atividade de risco e o efetivo dano, o empregador deve responder pelos prejuízos causados à saúde do empregado, tendo em vista que a sua própria atividade econômica já implica situação de risco para o trabalhador. Assim, constatada a atividade de risco exercida pelo autor, não há como se eliminar a responsabilidade do empregador, pois a atividade por ele desenvolvida causou dano ao empregado, que lhe emprestou a força de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-884/2004-003-04-40, 6ª T., Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU 29.02.08)

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANO ESTÉTICO. CORTADOR DE CANA. ACIDENTE DE TRABALHO. EXPOSIÇÃO DO EMPREGADO A ATIVIDADE DE RISCO GRAVE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Diante dos parâmetros fáticos explicitados pelo julgado *a quo*, não há como afastar a responsabilidade objetiva da empresa quando a atividade do reclamante é passível de risco grave a acidente, como efetivamente ocorreu, declinando a idade do empregado, jovem, e a mutilação de metade do dedo polegar. Nesse sentido, o reexame da matéria, sob o prisma pretendido, de que a perda do dedo não lhe causou prejuízo, com o fim de redução do valor arbitrado à condenação, demanda a reapreciação da prova, esbarra no óbice da Súmula nº 126 do C. TST.” (TST-RR-9.026/2005-146-15-00, 6ª T., Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU 15.02.08)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Configurada a responsabilidade civil objetiva da Reclamada, tendo em vista a existência de culpa pelas condições inseguras de trabalho proporcionadas ao Reclamante, e, também, ao não fiscalizar a prática perigosa de ligações elétricas clandestinas, ou seja, a omissão da Reclamada ocasionou o dano. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST-AIRR-663/2005-036-23-40, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 23.11.07)

Importante ressaltar que o novo Código Civil apenas veio a coroar entendimento segundo o qual os danos decorrentes de acidente do trabalho induzem a responsabilidade objetiva do empregador. Trouxe, dessa forma, mais estabilidade e segurança jurídica ao vínculo laboral, mormente em relação aos empregados que colocam em risco a sua integridade física em favor da atividade econômica desenvolvida pelo empregador na busca de lucro.

Sendo indiscutivelmente objetiva a responsabilidade da reclamada em reparar os danos suportados pelo reclamante e demonstrado, no caso em comento, o dano decorrente do acidente ocorrido no ambiente de trabalho – perda auditiva –, bem assim o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, visto que a explosão do pneu ocorreu no exercício da atividade funcional do empregado, tem-se que o indeferimento, pelo Tribunal Regional, da indenização postulada configura violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Com esses fundamentos, conheço do recurso de revista.

II – MÉRITO

A conseqüência lógica do conhecimento do recurso de revista por violação de lei federal é o seu provimento para deferir o pagamento de indenização por danos morais decorrentes da perda auditiva sofrida pelo autor, conforme postulado na petição inicial. Indefere-se, todavia, a indenização por danos materiais, ante a ausência de prejuízos financeiros constatada pelo Tribunal Regional. Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Custas pela reclamada, no importe de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer parcialmente do recurso de revista do reclamante, por violação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, vencido

o Exmo. Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator, e, no mérito, à unanimidade, dar-lhe parcial provimento para deferir o pagamento da indenização por danos morais decorrente da perda auditiva sofrida pelo autor. Redigirá o acórdão o Exmo. Ministro Lelio Bentes Corrêa. Requereu juntada de justificativa de voto vencido o Exmo. Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator. Requereu juntada de justificativa de voto convergente o Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Brasília, 17 de dezembro de 2008. *Lelio Bentes Correa*, relator.

DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. CARÁTER PUNITIVO. DANO MORAL

RECURSO DE REVISTA. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA, COM CARÁTER PUNITIVO E COMO REAÇÃO A ATO LÍCITO QUE IMPEDE A APOSENTADORIA ESPECIAL. CONFIGURADO O DANO MORAL E O CARÁTER OBSTATIVO DA DISPENSA

A professora que muda seu filho para escola diversa daquela em que leciona não comete ato ilícito, mas, antes, zela pela educação do filho, o que é seu dever. Despedida sem justa causa, que se revela revide a este ato lícito e que, na prática, impede a professora de obter novo emprego no ano letivo já em curso, frustrando-a de completar o tempo para aposentadoria especial, configura dano moral, pois ofende a honra, a dignidade, a vida privada e a imagem. Devida a indenização por dano moral, bem como a indenização pela despedida obstativa à aquisição da aposentadoria especial.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial.

(Processo nº TST-RR-229/2006-004-20-00 – Ac. 7ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-229/2006-004-20-00.4, em que é Recorrente Rossane Maria Ribeiro Campos e Recorrido Colégio Arquidiocesano Sagrado Coração de Jesus.

Adoto o relatório do r. voto do eminente Ministro Relator sorteado, que passo a transcrever:

“Contra a decisão do 20º Regional que deu provimento ao recurso ordinário do Reclamado (fls. 181-191), a Reclamante interpõe o presente recurso

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de revista, argüindo preliminar de nulidade do acórdão regional por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e postulando a reforma do julgado quanto ao dano moral e à reintegração (fls. 154-216).

Admitido o recurso (fls. 223-229), foram apresentadas razões de contrariedade (fls. 231-243), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.”

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame do recurso de revista.

CONHECIMENTO

Conheço do recurso de revista, por violação dos arts. 1º, III; 5º, IV, V, VIII e X; art. 7º, I e 201, § 8º, todos da Constituição Federal, *data venia* do ilustre Ministro Relator sorteado.

Não conheço do apelo, todavia, pelo fundamento da divergência jurisprudencial. Inservíveis os acórdãos trazidos às fls. 211 e 215/216, pois não são específicos nem emanam do próprio Tribunal Regional do Trabalho de origem.

Resulta inconteste, nos autos, que a ora recorrente lecionou, durante vinte e quatro anos, a partir de 1º de março de 1982, como professora de inglês da escola recorrida, e foi despedida sem justa causa em 27 de janeiro de 2006, após haver participado da reunião pedagógica preparatória para o ano letivo que se iniciava. E, como foi reconhecido na contestação, a despedida deveu-se ao fato de a recorrente ter deliberado mudar seu filho de escola, ou seja, retirá-lo do estabelecimento de ensino recorrido e matriculá-lo em outro, que a seu critério melhor atendia às necessidades do adolescente.

Invoca a recorrida, em sua defesa, o direito à livre-concorrência, com base no art. 170, IV, da Constituição Federal, afirmando ter exercido seu direito potestativo de pôr fim ao contrato, o que configura ato lícito, não ensejando reparação alguma à ora recorrente.

Como a prova oral deixa evidente e foi reconhecido pela decisão de 1º grau e pelo acórdão regional, a dispensa decorreu de reação da escola recorrida ao fato de a recorrente haver mudado seu filho de escola, optando – repito – por outra que lhe pareceu mais adequada ao adolescente.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A recorrida não buscou saber os motivos de tal ato, supondo apenas que este configuraria ofensa à reputação da instituição, bem como depreciação da qualidade do ensino ali ministrado.

Tanto assim que a prova oral faz ver que o Diretor da escola recorrida, após a reunião pedagógica de preparação do ano escolar, determinou genericamente aos professores que tiraram o filho da escola que “pegassem sua bolsa e fossem procurar emprego na escola onde os colocou” (fls. 51). Não se referiu especificamente a algum aluno ou professor, o que demonstra o caráter de revide da escola, como acima referido.

A defesa pugna pelo direito potestativo do empregador de dispensar empregados, com fundamento na livre iniciativa, assegurada pelo art. 170, IV, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que o Direito do Trabalho reconhece o direito de o empregador pôr fim ao contrato, visto não existir entre nós garantia de emprego, salvo as exceções legais e contratuais. Não obstante, como qualquer outro direito, a possibilidade de o empregador despedir injustamente o empregado igualmente encontra limites, pois não se reconhece direito ilimitado.

Esquece-se a recorrida de que a educação é delegada, pelo Estado, à iniciativa privada e, portanto, submetida esta atividade às regras do art. 206 da Constituição Federal, especialmente em seus incisos III e V, que consagram o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas”, bem como a “valorização dos profissionais da educação escolar”.

Assim, rechaça o texto constitucional a idéia de mercantilização da educação, sendo infeliz e despropositada a comparação do trabalho docente com a atividade de vendas de automóveis, conforme afirmado na defesa, como pretenso fundamento à afirmação da livre concorrência.

Ainda que assim não fosse, o Código Civil, no art. 421, ao disciplinar os contratos, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; bem como o art. 422 afirma que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Desse modo, além do direito de romper o contrato imotivadamente não ser absoluto, extrapolou a reclamada os limites e a função social do contrato de trabalho, ao despedir a reclamante sem justa causa, impedindo-a, na prática, de obter nova colocação naquele ano letivo já em curso e completar o tempo

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

de trabalho e contribuição necessários ao requerimento de aposentadoria especial, para o que lhe restava apenas um ano.

De igual modo, não agiu a reclamada com boa-fé, ao revidar, de modo desproporcional, o fato de a reclamante haver tirado seu filho da escola, despedindo-a em razão deste ato, considerado lícito.

Note-se que a atitude da reclamante, de mudar seu filho de escola, não significou falta passível de punição ou de dispensa por justa causa, tanto assim que a reclamada a dispensou sem justa causa.

Aliás, como bem afirma a sentença da MM^a 4^a Vara do Trabalho de Aracaju (fls. 119/126), o ato da recorrente de mudança de seu filho para outra escola, buscando situação escolar que melhor o atendesse, antes de ser um direito é um dever dos pais, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Eis por que não se trata de ato faltoso e sequer reprovável. Não há fundamento para obrigar o pai professor a matricular seu filho na escola empregadora, nem para impedir que promova a mudança de escola; isso não significa, como quer fazer crer a recorrida, reprovação ao desempenho da escola empregadora.

Desse modo, ao despedir de imediato a reclamante, após ter esta participado da reunião pedagógica de preparação para o ano letivo, quando este já estava em curso, agiu a recorrida claramente com a intenção de puni-la injustificadamente.

Ademais, a afirmação do Diretor da escola recorrida, de que “fosse pedir emprego na escola para qual seu filho foi transferido”, àquela altura tratava-se de ato que se sabia improvável, pois já em curso o ano letivo, quando as contratações estão fechadas.

O ato do empregador atingiu a reclamante de modo perverso, porque, sabedor da inexistência de estabilidade formal e do mercado já fechado, colocou-a em situação de desemprego, ao contrário do que argumenta a defesa.

Note-se que a reclamante, que ingressou na escola recorrida aos 22 anos de idade e ali trabalhou por 24 anos de sua vida, como professora de inglês, sem qualquer mácula em seus assentamentos, recebeu em resposta à transferência do filho para outra escola, um revide injusto e completamente desproporcional. Injusto o ato patronal porque, como visto, a reclamante não cometeu falta alguma; completamente desproporcional, pois ela se viu privada do emprego e da possibilidade de ingressar em outra escola àquela altura do ano letivo.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Ademais, sua condição de professora de inglês, em escola de renome na cidade de Aracaju, durante 24 anos, tornou-a pessoa conhecida e de boa reputação na sociedade, tendo colaborado na formação escolar de inúmeras pessoas desta mesma sociedade, as quais, de um momento para outro, passaram a saber de sua dispensa, sumária e sem aparente motivo.

Eis aí caracterizada, como bem decidiu a MM^a Vara do Trabalho de origem, a ofensa à dignidade, à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade da recorrente, conforme disposto pelos arts. 1º, III, e 5º, X, da Constituição Federal, pelo ato de dispensa cometido pela recorrida.

Não se nega o direito de o empregador dispensar o empregado que não detenha estabilidade no emprego. Mas, se assim é, não se chancela ato que não se funda em motivo administrativo, disciplinar ou de natureza técnica e que, pelas circunstâncias em que se verificou, tem caráter de discriminação e violência moral, visto que puniu indevidamente uma empregada que dedicou mais da metade de sua vida ao engrandecimento da atividade do empregador. Evidencia-se a ofensa à honra e à intimidade, após o longo período de bons serviços prestados.

De igual modo, viu-se a reclamante atingida injustamente em sua dignidade, sua imagem e sua vida privada, tanto com relação a sua família, à comunidade acadêmica de que faz parte e à sociedade de Aracaju, mormente com relação aos alunos, ex-alunos e familiares destes, que receberam a notícia de uma dispensa abrupta, sem motivo aparente, o que possibilita duvidar da competência e probidade da recorrente.

Eis por que entendo caracterizado o dano moral, que consistiu na dispensa imotivada e destinada a revidar ato lícito da empregada e a manifestação lícita de seu pensamento, com ofensa aos arts. 1º, III, 5º, IV, V e X, da Constituição Federal, o que enseja o pagamento da indenização por dano moral, restabelecendo neste aspecto a decisão de 1º grau.

Ademais, porque a dispensa ocorreu após o início do ano letivo, impedindo a reclamante de obter novo emprego como professora, frustrou-lhe o direito de alcançar a aposentadoria especial aos 25 anos de serviço, que completaria ao final do ano de 2006, quando foi injustamente despedida. Daí por que se evidencia a alegada ofensa ao art. 201, § 8º, da Constituição Federal.

Não se argumente que poderia recolher em dobro a contribuição previdenciária para aposentar-se, como fez a decisão regional, pois se evidencia que a falta de salário mensal afetou sensivelmente o orçamento familiar, impedindo até o recolhimento de forma simples.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Entendo que não faz jus a reclamante à reintegração no emprego, como decidiu a MMª Vara do Trabalho de origem, porque não há fundamento legal ou contratual para tanto.

Não obstante, ainda ao contrário do que argumenta a defesa, entendo o ato patronal como obstativo à aquisição da aposentadoria especial aos 25 anos de magistério, havendo de se aplicar, por analogia, a regra da Súmula nº 26 do TST, visto que a dispensa injusta resultou em impedimento para a reclamante alcançar o tempo necessário à aposentadoria. Veja-se, a propósito, que a reclamante se encontrava a menos de doze meses da aposentadoria especial por tempo de serviço (Constituição Federal, art. 201, § 8º), daí por que igualmente há de se aplicar o entendimento da SDC do TST, em seu Precedente Normativo nº 85, que reconhece o direito à garantia de emprego ao empregado que se encontre no período de doze meses da aposentadoria voluntária e que conte o mínimo de cinco anos de casa, como aqui ocorre.

Inviável a reintegração, como já referido, e, por considerar obstativa a dispensa, condena-se a reclamada, a título de indenização, ao pagamento dos salários do período e dos demais direitos, inclusive os recolhimentos previdenciários, desde a dispensa até a recorrente completar o tempo para a aposentadoria espontânea.

Por esses fundamentos, *data venia* do Ilustre Ministro Relator sorteado, conheço do recurso de revista, por ofensa à norma constitucional, e dou-lhe provimento parcial, para restabelecer a sentença de origem no tocante à condenação ao pagamento de indenização por dano moral, no valor já arbitrado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como para converter a reintegração em indenização de salários e demais direitos, inclusive os recolhimentos previdenciários, que lhe seriam devidos desde a dispensa e até completar o tempo para a aposentadoria especial na condição de professora, como se apurar em liquidação de sentença. Os títulos ora deferidos têm natureza indenizatória. Juros de mora incidirão sobre o capital corrigido. Custas pela recorrida, sobre o valor já arbitrado à fl. 126 dos autos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do recurso de revista e dar-lhe provimento parcial, para restabelecer a sentença de origem no tocante à condenação ao pagamento de indenização por dano moral, no valor já arbitrado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como para converter a reintegração em indenização de salários e demais direitos, inclusive os recolhimentos previdenciários, que lhe

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

seriam devidos desde a dispensa e até completar o tempo para a aposentadoria especial, na condição de professora, como se apurar em liquidação de sentença. Os títulos ora deferidos têm natureza indenizatória. Juros de mora incidirão sobre o capital corrigido. Custas pela recorrida sobre o valor já arbitrado à fl. 126 dos autos. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra Martins Filho.

Brasília, 07 de maio de 2008. *Pedro Paulo Manus*, redator designado.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO DEFICIENTE

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO DEFICIENTE. VISÃO MONOCULAR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RESERVA DE VAGA

1. O art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99 considera deficiência visual “cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores”.

2. Esse dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o art. 3º do Decreto nº 3.298/99, que confere proteção não apenas àqueles que têm deficiência permanente ou incapacidade física, mas também aos portadores de deficiência, situação em que se enquadra o Impetrante.

3. Por essa razão, os portadores de visão monocular são qualificados como deficientes, pois sujeitos a anormalidade em sua visão que os torna incapazes de desempenhar atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

4. Assim, impõe-se reconhecer o direito aos portadores de visão monocular de concorrerem em concursos públicos na condição de deficientes físicos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Segurança concedida.

(Processo nº TST-MS-198.742/2008-000-00-00 – Ac. Órgão Especial)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº TST-MS-198.742/2008-000-00-00.6, em que é Impetrante José Francisco de Araújo e Impetrado Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Cuida-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. O ora Impetrante figura como candidato em concurso público para provimento de cargos vagos e formação de cadastro de reserva no cargo de Analista Judiciário – Área Judiciária, no Tribunal Superior do Trabalho.

Afirma o Impetrante que, tendo sido aprovado nas provas objetiva e discursiva do certame (consoante o Edital nº 11-TST, de 14 de abril de 2008), foi convocado para a realização de perícia médica dos candidatos portadores de deficiência. Em 28.04.08, o Edital nº 13-TST publicou a relação provisória dos candidatos considerados aptos na perícia médica, onde não constava o nome do Impetrante, tendo em vista que a Junta Médica entendeu que o Impetrante não é deficiente físico. O Impetrante, então, interpôs recurso administrativo para que a Junta Médica reconsiderasse a decisão, mas o entendimento foi mantido (fls. 67). Em 08.05.08, foi publicado o Edital nº 16-TST, que publicou a lista final dos candidatos portadores de deficiência considerados aptos na perícia médica.

O Impetrante alega ser portador de visão monocular, pois, como reconhecido pela própria Junta Médica, o olho esquerdo tem acuidade visual 20/400 e a acuidade do olho direito é da ordem de 20/20, com correção. Afirma que, embora o Decreto nº 3.298/99, art. 4º, III, preveja que o Impetrante, aparentemente, não possa ser considerado deficiente físico, a melhor interpretação do diploma leva a conclusão contrária. Sustenta que em outros certames – concursos públicos para o provimento de vagas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2003) e no Tribunal Superior do Trabalho (2003) – o próprio Impetrante teve reconhecido judicialmente o direito de ser considerado portador de deficiência, como reconhecido em decisão oriunda do E. Supremo Tribunal Federal, bem como em precedente do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Afirma, ainda, que foi aprovado como deficiente físico no concurso público para o cargo de Técnico Judiciário do TRT da 10ª Região, tendo sido nomeado, tomado posse e entrado em exercício em 02.05.05. Requer a sua inclusão na lista de candidatos aprovados na condição de deficiente físico, a fim de que possa usufruir o direito a eventual nomeação e provimento no cargo. Invoca os princípios da isonomia e da razoabilidade, bem como os arts. 37, II e VIII, da Constituição, 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, a Lei nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A medida liminar foi deferida parcialmente (fls. 290/293) para determinar que o CESPE/UnB procedesse à inclusão do Impetrante na lista de candidatos deficientes físicos e calculasse sua posição final no certame e que a Presidência deste Eg. Tribunal Superior do Trabalho reservasse a vaga para o Impetrante até o exame definitivo do mérito.

A medida liminar foi regularmente cumprida, tendo sido o candidato incluído na quinta colocação da lista de candidatos deficientes físicos (fls. 305) e reservada a vaga até decisão final (fls. 306).

A Autoridade Coatora prestou informações às fls. 125/136.

A douta Procuradoria-Geral do Trabalho, em parecer de fls. 298/303, pugnou pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança com pedido de medida liminar. O ora Impetrante figura como candidato em concurso público para provimento de cargos vagos e formação de cadastro de reserva no cargo de Analista Judiciário – Área Judiciária, no Tribunal Superior do Trabalho.

Afirma o Impetrante que, tendo sido aprovado nas provas objetiva e discursiva do certame (consoante o Edital nº 11-TST, de 14 de abril de 2008), foi convocado para a realização de perícia médica dos candidatos portadores de deficiência. Em 28.04.08, o Edital nº 13-TST publicou a relação provisória dos candidatos considerados aptos na perícia médica, onde não constava o nome do Impetrante, tendo em vista que a Junta Médica entendeu que o Impetrante não é deficiente físico. O Impetrante, então, interpôs recurso administrativo para que a Junta Médica reconsiderasse a decisão, mas o entendimento foi mantido (fls. 67). Em 08.05.08, foi publicado o Edital nº 16-TST, que publicou a lista final dos candidatos portadores de deficiência considerados aptos na perícia médica.

O Impetrante alega ser portador de visão monocular, pois, como reconhecido pela própria Junta Médica, o olho esquerdo tem acuidade visual 20/400 e a acuidade do olho direito é da ordem de 20/20, com correção. Afirma que, embora o Decreto nº 3.298/99, art. 4º, III, preveja que o Impetrante, aparentemente, não possa ser considerado deficiente físico, a melhor interpretação do diploma leva a conclusão contrária. Sustenta que em outros certames – concursos públicos para o provimento de vagas no Tribunal de

Justiça do Distrito Federal e Territórios (2003) e no Tribunal Superior do Trabalho (2003) – o próprio Impetrante teve reconhecido judicialmente o direito de ser considerado portador de deficiência, como reconhecido em decisão oriunda do E. Supremo Tribunal Federal, bem como em precedente do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Afirma, ainda, que foi aprovado como deficiente físico no concurso público para o cargo de Técnico Judiciário do TRT da 10ª Região, tendo sido nomeado, tomado posse e entrado em exercício em 02.05.05. Requer a sua inclusão na lista de candidatos aprovados na condição de deficiente físico, a fim de que possa usufruir o direito a eventual nomeação e provimento no cargo. Invoca os princípios da isonomia e da razoabilidade, bem como os arts. 37, II e VIII, da Constituição, 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, a Lei nº 7.853/89 e o Decreto nº 3.298/99.

O edital de abertura do concurso, no seu item 3, prevê a forma e os critérios de qualificação do candidato para concorrer aos cargos destinados a portadores de deficiência. Estes, os termos do edital:

“DOS CARGOS VAGOS DESTINADOS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

(...) 3.2 O candidato portador de deficiência poderá efetuar sua inscrição provisória, no período de 10 horas do dia 5 de novembro de 2007 e 23 horas e 59 minutos do dia 27 de novembro de 2007, via Internet, e deverá, no ato de inscrição provisória:

- a) declarar-se portador de deficiência;
- b) declarar conhecer o Decreto nº 3.298/99, o Decreto nº 5.296/04 e a Instrução Normativa nº 7/96 – TST;
- c) declarar estar ciente das atribuições do cargo para o qual deseja se inscrever, e de que, no caso de vir exercê-lo estará sujeito à avaliação de estágio probatório, consoante previsto no inciso III do art. 39 do Decreto nº 3.298/99.

(...)

3.5 Os candidatos que, no ato de inscrição provisória, declararam-se portadores de deficiência serão convocados, na data provável de 11 de dezembro de 2007, para se submeter à perícia médica promovida por equipe multiprofissional de responsabilidade do CESPE/UnB, formada por seis profissionais, que verificará sobre a sua qualificação como deficiente ou não, bem como sobre a incompatibilidade entre as atribuições do cargo/área/especialidade e a deficiência apresentada, nos

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

termos do art. 43 do Decreto nº 3.298/99, do Decreto nº 5.296/04 e suas alterações.

3.6 Os candidatos deverão comparecer à perícia médica, munidos de laudo médico que ateste a espécie e o grau ou nível de deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), conforme especificado no Decreto nº 3.298/99 e suas alterações, bem como a provável causa da deficiência.

3.7 A não-observância do disposto no subitem 3.6 deste edital ou o não-comparecimento à perícia acarretará a perda do direito aos cargos vagos reservados aos candidatos em tais condições.

(...)

3.9 O candidato reprovado na perícia médica por não ter sido considerado deficiente, concorrerá como não portador de deficiência.

3.10 O candidato portador de deficiência reprovado na perícia médica em virtude de incompatibilidade da deficiência com as atribuições do cargo/área/especialidade será eliminado.”

O Edital nº 3, de 28 de novembro de 2007, retificou o subitem 3.2 do Edital de abertura do concurso, e nele incluiu a alínea *d*. Além disso, acrescentou ao Edital os subitens 3.2.1, 3.2.1.1, 3.2.2, 3.2.3 e 3.2.4:

“3.2 O candidato portador de deficiência poderá efetuar sua inscrição, no período de 10 horas do dia 5 de novembro de 2007 e 23 horas e 59 minutos do dia 27 de novembro de 2007 e no período entre 10 horas do dia 29 de novembro de 2007 e 23 horas e 59 minutos do dia 11 de dezembro 2007, via Internet, e deverá, no ato de inscrição:

(...)

d) encaminhar laudo médico, original ou cópia simples, emitido nos últimos doze meses, atestando a espécie e o grau ou o nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), bem como à provável causa da deficiência, na forma do subitem 3.2.1.

3.2.1 Os candidatos que, no ato de inscrição, se declararam ou se declararem portadores de deficiência deverão entregar, até o dia 12 de dezembro de 2007, das 8 horas às 19 horas (exceto sábado, domingo e feriado), pessoalmente ou por terceiro, o laudo médico (original ou cópia simples) a que se refere à alínea *d* do subitem 3.2, na Central de

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Atendimento do CESPE/UnB, *Campus* Universitário Darcy Ribeiro, Instituto Central de Ciências (ICC), ala norte, mezanino – Asa Norte, Brasília/DF.

3.2.1.1 Os candidatos poderão, ainda, encaminhar o laudo médico (original ou cópia simples) a que se refere à alínea *d* do subitem 3.2, via SEDEX, postado impreterivelmente até o dia 12 de dezembro de 2007, para a Central de Atendimento do CESPE/UnB – Concurso TST (laudo médico), *Campus* Universitário Darcy Ribeiro, Instituto Central de Ciências (ICC), ala norte, mezanino – Asa Norte, Brasília/DF, Caixa Postal 4488, CEP 70904-970.

3.2.2 O fornecimento do laudo médico (original ou cópia simples), por qualquer via, é de responsabilidade exclusiva do candidato. O CESPE/UnB não se responsabiliza por qualquer tipo de extravio que impeça a chegada do laudo a seu destino.

3.2.3 O laudo médico (original ou cópia simples) terá validade somente para este concurso público e não será devolvido, assim como não serão fornecidas cópias desse laudo.

3.2.4 A relação dos candidatos que tiveram a inscrição deferida para concorrer na condição de portadores de deficiência será divulgada no endereço eletrônico <<http://www.cespe.unb.br/concursos/tst2007>>, na ocasião da divulgação do edital de locais e horários de realização das provas.

3.5 Os candidatos que se declararem portadores de deficiência, se não eliminados no concurso, serão convocados, antes da publicação do resultado final no concurso, para se submeter à perícia médica promovida por equipe multiprofissional de responsabilidade do CESPE/UnB, formada por seis profissionais, que verificará sobre a sua qualificação como deficiente ou não, bem como sobre a incompatibilidade entre as atribuições do cargo/área/especialidade e a deficiência apresentada, nos termos do art. 43 do Decreto nº 3.298/99 e suas alterações.

3.9 O candidato reprovado na perícia médica por não ter sido considerado deficiente, caso seja aprovado no concurso, figurará na lista de classificação geral por cargo/área/especialidade.

3.11 Os candidatos que, no ato da inscrição, se declararem portadores de deficiência, se não eliminados no concurso e considerados portadores de deficiência, terão seus nomes publicados em lista à parte e, caso obtenham classificação necessária, figurarão também na lista de classificação geral por cargo/área/especialidade.” (destaquei)

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, o edital estabeleceu diversas exigências para a qualificação do candidato como deficiente físico. No ato de inscrição, deveria declarar-se portador de deficiência física (item 3.2, “a”) e, além disso, deveria encaminhar, já naquela oportunidade, laudo médico atestando a espécie, o grau ou o nível da deficiência (item 3.2, “d”). Por fim, o Edital determinou que o candidato deveria submeter-se, após a inscrição e antes da realização da prova objetiva, à perícia médica promovida por equipe multiprofissional de responsabilidade do CESPE/UnB, entidade organizadora do certame. O exame tem por finalidade verificar a qualificação do candidato como deficiente e a compatibilidade entre a deficiência apresentada e as atribuições do cargo (item 3.5).

Satisfeitas todas as exigências para inscrição na condição de deficiente físico, o Impetrante foi submetido ao exame pela equipe multiprofissional prevista no Edital. O Laudo da Perícia Médica (fls. 187/189) constatou que o Impetrante é portador de visão monocular, decorrente da ambliopia em olho esquerdo devida a estrabismo. O Laudo atesta ainda que o Impetrante tem acuidade visual 20/20 no olho direito, com correção (20/40 sem correção), e 20/400, no olho direito; e, além disso, conclui que a ambliopia no olho esquerdo caracteriza cegueira legal, e enquadra a doença no código H54-4 da Classificação Internacional de Doenças (CID).

O art. 4º, III, do Decreto nº 3.298/99 considera deficiência visual “cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores”.

Esse dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o art. 3º do Decreto nº 3.298/99, que confere proteção não apenas àqueles que têm deficiência permanente ou incapacidade física, mas também aos portadores de deficiência, situação em que se enquadra o Impetrante. Este, o teor do art. 3º do aludido diploma:

“Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.”

Por essa razão, os portadores de visão monocular são qualificados como deficientes, pois sujeitos à anormalidade em sua visão, que os torna incapazes de desempenhar atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Ante a essa circunstância, a jurisprudência pátria tem reconhecido o direito aos portadores de visão monocular de concorrerem em concursos públicos na condição de deficientes físicos. Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGA. CANDIDATO DEFICIENTE. VISÃO MONOCULAR. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECONHECIMENTO.

A visão monocular constitui motivo suficiente para se reconhecer ao impetrante o seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público pretendido, dentre as vagas reservadas a portadores de deficiência física. Precedentes do c. STF e desta c. Corte Superior.

Segurança concedida.” (MS-13.311/DF, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 01.10.08)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO COM VISÃO MONOCULAR. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. INCLUSÃO NO BENEFÍCIO DE RESERVA DE VAGA.

1. O candidato portador de visão monocular, enquadra-se no conceito de deficiência que o benefício de reserva de vagas tenta compensar. Exegese do art. 3º c/c art. 4º do Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Precedentes desta Quinta Turma.

2. Recurso conhecido e provido.” (RMS-22.489/DF, Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., Relª Minª Laurita Vaz, DJ 18.12.06)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CON-

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

CURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NS. 3.298/99 E 5.296/04.

1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’. 2. A visão univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido.” (RMS-26.071/DF, Supremo Tribunal Federal, 1ª T., Rel. Min. Carlos Britto, DJ 01.02.08)

Nesses termos, é inegável o direito de o Impetrante concorrer na condição de deficiente físico. Como a entidade organizadora do certame reconheceu sua classificação final em quinto lugar, dentro do número de vagas destinadas aos deficientes, inegável o direito à inclusão na lista de classificados para posterior nomeação.

Com esses fundamentos, ratifico os termos da liminar anteriormente deferida e concedo a Segurança pleiteada para, observada a posição do Impetrante no certame, determinar a sua inclusão na lista de deficientes físicos no concurso público para provimento de cargos vagos e formação de cadastro de reserva no cargo de Analista Judiciário – Área Judiciária, no Tribunal Superior do Trabalho, garantindo-se todos os direitos decorrentes da nova condição.

Isto posto,

Acordam os Ministros do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, ratificar os termos da liminar anteriormente deferida e conceder a Segurança pleiteada para, observada a posição do Impetrante no certame, determinar a sua inclusão na lista de deficientes físicos no concurso público para provimento de cargos vagos e formação de cadastro de reserva no cargo de Analista Judiciário – Área Judiciária, no Tribunal Superior do Trabalho, garantindo-se todos os direitos decorrentes da nova condição.

Brasília, 16 de fevereiro de 2009. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

MENOR. VÍNCULO EMPREGATÍCIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DO MENOR. CONTRATOS DE APRENDIZAGEM, DE ESTÁGIO OU DE TRABALHO EDUCATIVO NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao tema relativo ao trabalho do menor, ante a constatação de violação, em tese, do art. 227, § 3º, I, da CF. Agravo de instrumento provido.

RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DO MENOR. CONTRATOS DE APRENDIZAGEM, DE ESTÁGIO OU DE TRABALHO EDUCATIVO NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. A Constituição de 1988 estabeleceu uma tutela especial em favor das crianças e dos adolescentes, proibindo o trabalho das primeiras e assegurando “direitos previdenciários e trabalhistas” aos segundos (art. 227, § 3º, II, CF). O contrato de aprendizagem que o Texto Magno ressalva (art. 227, § 3º, I, combinado com o art. 7º, XXXIII, CF) é pacto formalístico trabalhista, regulado pela CLT (arts. 428 e seguintes da Consolidação), com diversos direitos laborativos. A outra ressalva existente (contrato de estágio) supõe manifesta vinculação programática do labor com a grade curricular do estudante, como efetiva complementação dos estudos escolares. Não há, desde 1988, espaço para a pura e simples utilização desprotegida da mão-de-obra do jovem brasileiro (art. 227, CF/88), não se prestando a tanto o art. 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem de se amoldar às formas de trabalho educativo hoje autorizadas, o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT) e o contrato de estágio (antiga Lei nº 6.494/77), ou corresponder, como terceira ressalva, a um tipo jurídico que denote a manifesta prevalência da função pedagógica sobre a função produtiva (trabalho educativo). São incompatíveis com a nova ordem jurídica as soluções assistencialistas de pré-1988 (Programa Bom Menino e similares), em que se colocava o jovem em atividades essencialmente produtivas sem imbricação com a dinâmica escolar ou funções educacionais, destituído, ademais, de qualquer significativa proteção trabalhista.

Recurso de revista provido.

(Processo nº TST-AIRR-1955/2000-038-01-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista TST-AIRR-1955/2000-038-01-00.0, em que é Agravante

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Fernanda Carvalho da Silva (*menor representada por sua mãe* Maria Madalena da Silva) e Agravada Companhia Brasileira de Distribuição.

A Vice-Presidência do 1º Regional denegou seguimento ao recurso de revista da Reclamante com fundamento na Súmula nº 297/TST e no art. 896, *a*, da CLT (fls.77).

Inconformada, a Reclamante interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que a sua revista reunia condições de admissibilidade (fls. 79-84).

Foram apresentadas contraminuta ao agravo de instrumento (fls. 89-93) e contra-razões ao recurso de revista (fls. 94-99), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

I) CONHECIMENTO

Atendidos todos os pressupostos recursais, *conheço* do apelo.

II) MÉRITO

TRABALHO DO MENOR. CONTRATOS DE APRENDIZAGEM, DE ESTÁGIO OU DE TRABALHO EDUCATIVO NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO

O Regional indeferiu o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, sob o fundamento de que a prestação de serviços realizada pela menor inseria-se em uma espécie de contrato de aprendizagem, devidamente cancelado pelo Juiz de Menores da Comarca e, ainda, autorizado pela genitora da Reclamante.

Na revista, a Reclamante sustentou que o contrato celebrado foi um “disfarce para ludibriar a lei e ter mão-de-obra barata e se eximir de encargos sociais e do pagamento do labor extraordinário”. Aduziu que sua carga horária semanal ultrapassava o limite de 40 horas estipulado no acordo de cooperação.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Lastreou o apelo em violação das Leis ns. 6.494/77 e 10.097/2000, arts. 6º, 7º, XXX e XXXIII, e 227, § 3º, I, da CF, 80, 402, 439 da CLT e 61 da Lei nº 8.069/90, bem como em divergência jurisprudencial.

Diante da demonstrada violação do art. 227, § 3º, I, da CF, em tese, a revista merece seguimento.

Pelo exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

B) RECURSO DE REVISTA

I) CONHECIMENTO

Conheço do recurso por atendidos os pressupostos gerais de admissibilidade.

TRABALHO DO MENOR. CONTRATOS DE APRENDIZAGEM, DE ESTÁGIO OU DE TRABALHO EDUCATIVO NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO

Restou pontuado pelo Regional:

“Do vínculo de emprego

Não tem razão a Recorrente.

A bem fundamentada sentença dirime a controvérsia e peço vênia para transcrevê-la:

‘Na época contemporânea, firmou-se o princípio de a aprendizagem ser confiada ao Estado, a certas instituições ou organizações, com colaboração estatal ou isoladamente.

É o caso dos autos. Reclamante foi trabalhar na ré através de acordo de cooperação firmado com Círculo de amigos do Menino Patrulheiro, devidamente chancelado pelo Juiz de Menores da Comarca (fls. 27/29). Ainda, o trabalho da autora teve autorização de sua genitora, conforme fls. 30 e 32.

Por mais, em interrogatório, a reclamante informou que estava matriculada e freqüentava curso regular em escola. Levava para a ré anotação do diretor do colégio para verificação de freqüência às aulas. Existiam pessoas do Círculo de Amigos do Menino Patrulheiro no local de prestação de serviços verificando o trabalho da autora todos os dias.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Assim, não há como querer ver reconhecido vínculo empregatício quando a possibilidade de tal prestação de serviços está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 68. Havendo convênio assistencial com a devida assinatura do Juiz de Menores, sendo fiscalizado e dirigido pela entidade Círculo de amigos do Menino Patrulheiro, o trabalho tem o fim educativo, não gerando vínculo empregatício.

Assim, mantenho a sentença na íntegra.” (fls. 68-69)

Na revista, a Reclamante sustentou que o contrato celebrado foi um “disfarce para ludibriar a lei e ter mão-de-obra barata e se eximir de encargos sociais e do pagamento do labor extraordinário”. Aduziu que sua carga horária semanal de trabalho ultrapassava o limite de 40 horas estipulado no acordo de cooperação. Lastreou o apelo em violação das Leis ns. 6.494/77 e 10.097/2000, dos arts. 6º, 7º, XXX e XXXIII, e 227, § 3º, I, da CF, 80, 402, 439 da CLT e 61 da Lei nº 8.069/90, bem como em divergência jurisprudencial.

Com razão.

Como se sabe, o fenômeno sociojurídico da relação empregatícia emerge quando reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Verificada a reunião de tais elementos, a relação de emprego existe notadamente quando se sabe que o contrato de emprego possui função civilizatória e democrática, consubstanciada na inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada.

Diante desse contexto, não se admite, modernamente, a existência de um contrato de trabalho totalmente desprotegido, ainda mais quando a prestação de serviços é realizada por menor (art. 227, § 3º, II, da CF/88), como na presente hipótese (*exceção feita ao contrato de estágio que, não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação de emprego – caso o estágio seja remunerado –, a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia, em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído e sua relevante destinação social que justificam o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, partícipe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego*).

O Regional noticiou a existência de uma espécie de “acordo de cooperação” firmado entre a Reclamada e o Círculo de Amigos do Menino Patrulheiro. Aduziu, ainda, sopesando os supostos causa e objetivos pedagógicos e educa-

cionais revelados no contrato (“a reclamante informou que estava matriculada e freqüentava curso regular em escola” e “levava para a ré anotação do diretor do colégio para verificação de freqüência às aulas”) com a autorização dada pelo Juiz de Direito da Comarca e pela própria genitora da Reclamante, que não se poderia dar caráter empregatício ao vínculo formado.

Entretanto, de acordo com o que dispõe o art. 428 da CLT, a aprendizagem é contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Por expressa disposição legal, que impõe condição formal para o reconhecimento e validade do contrato de aprendizagem, é *necessária* a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 428, § 1º, da CLT) do aprendiz (ao contrário do que acontece com o contrato de estágio, como visto). E a aprendizagem, como se sabe, *não elimina direitos empregatícios*, apenas faz pequenos ajustes nas verbas fixadas pela ordem jurídica (art. 227, § 3º, II, CF, combinado com o art. 428 e seguintes da CLT).

De fato, na composição do tipo legal do contrato de aprendizagem é essencial que compareçam os *requisitos formais e materiais específicos* ao delineamento da figura – sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial de emprego. Frustrados, no entanto, tais requisitos, verifica-se que, na realidade, promove-se simples utilização menos onerosa da força de trabalho do aprendiz, esvaindo-se o tratamento legal dado à matéria, prevalecendo, em todos os seus termos, o reconhecimento do vínculo empregatício padrão e a incidência dos direitos trabalhistas clássicos.

Ora, é evidente que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) não criou outro tipo jurídico em seu art. 68, ajustando-se à ordem jurídica então vigorante (art. 428 e seguintes, CLT). Se o fizesse, seria manifestamente ineficaz, agredindo o comando constitucional do art. 227, § 3º, II, da Carta Magna, transmutando-se em estatuto não protetivo do jovem brasileiro, na linha dos antigos Códigos de Menores.

Na hipótese dos autos, percebe-se que o Regional não enquadró o trabalho da menor como estágio (como, efetivamente, não poderia ser) e, no tocante à figura da aprendizagem, desconsiderou os requisitos (*formais e materiais, próprios, inclusive, à essência do ato*) de validade impostos pelo dispositivo legal precitado. Além disso, não reconheceu o vínculo de emprego

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

sob o argumento de que a regularidade de tal modalidade de contratação poderia ser aferida por outros elementos fático-formais (repita-se, a autorização judicial dada pelo Juiz de Direito da respectiva Comarca e pela genitora da Reclamante, além da suposta correlação da força de trabalho empreendida pela menor com objetivos pedagógicos).

Na realidade, emergindo dos autos o manifesto descumprimento da Constituição (art. 227, § 3º, II), do art. 68 da Lei nº 8.069/90 e do próprio art. 428, § 1º, da CLT, e não se configurando a hipótese de aprendizagem ou de estágio, o reconhecimento de uma relação de emprego típica era medida que se impunha.

Tal conclusão também decorre de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que confere todo um arcabouço protetivo à criança e ao adolescente, sejam eles trabalhadores ou não, e, especialmente no que tange ao Direito do Trabalho, uma “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas” (art. 227, § 3º, II, da CF), que não se coaduna com a interpretação dada pelo Regional ao art. 68 do Estatuto da Criança e Adolescente, dispositivo que não contém, obviamente, natureza discriminatória contra aquele justamente a quem deveria proteger, e não veda, por conseguinte, a possibilidade de conferir direitos trabalhistas ao menor trabalhador.

Insista-se que a Constituição de 1988 estabeleceu uma tutela especial em favor das crianças e dos adolescentes, proibindo o trabalho das primeiras e assegurando “direitos previdenciários e trabalhistas” aos segundos (art. 227, § 3º, II, CF). O *contrato de aprendizagem* que o Texto Magno ressalva (art. 227, § 3º, I, combinado com o art. 7º, XXXIII, CF) é pacto formalístico trabalhista, regulado pela CLT (arts. 428 e seguintes da Consolidação), com diversos direitos laborativos. A outra ressalva existente (*contrato de estágio*) supõe manifesta vinculação programática do labor com a grade curricular do estudante, como efetiva complementação dos estudos escolares.

Não há, portanto, desde 1988, espaço para a pura e simples utilização desprotegida da mão-de-obra do jovem brasileiro (art. 227, CF/88), não se prestando a tanto o art. 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem de se amoldar às formas de trabalho educativo hoje autorizadas, o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT) e o contrato de estágio (antiga Lei nº 6.494/77), ou corresponder, como terceira ressalva, a um tipo jurídico que denote a manifesta prevalência da função pedagógica sobre a função produtiva (*trabalho educativo*). São incompatíveis com a nova ordem jurídica as soluções assistencialistas de pré-1988 (*Programa Bom Menino* e similares), em que se colocava o jovem em atividades essencialmente produtivas sem imbricação

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

com a dinâmica escolar ou funções educacionais, destituído, ademais, de qualquer significativa proteção trabalhista.

Registre-se, à guisa de arrematação, que os padrões internacionais vigorantes indicam que o trabalho precoce consolida e reproduz a miséria, inviabilizando que a criança e o adolescente suplantem suas deficiências estruturais através do estudo. Por isso é que a Organização Internacional do Trabalho recomenda a proibição de qualquer trabalho anteriormente à idade de quinze anos (Convenção 138 da OIT).

Diante do exposto e da demonstrada violação do art. 227, § 3º, I, da CF, *conheço* da revista.

II) MÉRITO

TRABALHO DO MENOR. CONTRATOS DE APRENDIZAGEM, DE ESTÁGIO OU DE TRABALHO EDUCATIVO NÃO CONFIGURADOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO

Como conseqüência do conhecimento do recurso por violação ao art. 227, § 3º, I, da CF, *dou-lhe provimento* para, *reconhecendo o vínculo empregatício entre as partes*, determinar o retorno dos autos ao d. Juízo da Vara de origem para que aprecie os demais pedidos constantes da petição inicial, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I. dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista; II. conhecer do recurso de revista, por violação do art. 227, § 3º, I, da CF, e, no mérito, dar-lhe provimento para, *reconhecendo o vínculo empregatício entre as partes*, determinar o retorno dos autos ao d. Juízo da Vara de origem para que aprecie os demais pedidos constantes da petição inicial, como entender de direito.

Brasília, 12 de novembro de 2008. *Mauricio Godinho Delgado*, relator.

SEGREDO INDUSTRIAL. DIVULGAÇÃO. LEGALIDADE

SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

1. *É vedado ao empregado divulgar o segredo da empresa (a lei não estabelece prazo para essa vedação); se o empregado divulgar, comete falta grave. A proibição alcança o ex-empregado, visto que a rescisão do contrato de trabalho não transfere a este o direito de divulgar, explorar ou comercializar a fórmula industrial de que teve conhecimento, ainda que passe a trabalhar para empresa concorrente.*

2. *O ajuste consistente no compromisso firmado pelo reclamante de não divulgar, não explorar e não utilizar o segredo da fórmula do produto industrial de que tem conhecimento guarda perfeita sintonia com o disposto no art. 195, inciso XI, da Lei 9.279/96.*

Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-RR-1.533/2001-093-15-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-1.533/2001-093-15-00.0, em que é Recorrente Companhia Brasileira de Bebidas e Recorrido Friedrich Georg Wild.

“O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, pelo acórdão de fls. 302-309, complementado às fls. 327-334 e 360-362, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pela Reclamada, para excluir a indenização deferida na origem, além de acrescentar à condenação o pagamento das férias vencidas, nos termos da fundamentação.

A reclamada interpõe recurso de revista (fls. 364-373), com fundamento no art. 896, *a e c*, da CLT, apontando divergência jurisprudencial e violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 195, XI, da Lei nº 9.279/96, defendendo que a declaração de fl. 84 não impede o livre exercício profissional, vedando apenas a transmissão dos conhecimentos adquiridos na empresa reclamada. Sustenta a possibilidade de compensação para quitar as férias não usufruídas através de depósitos no plano de previdência suplementar. Aponta violação dos arts. 767 da CLT e 5º, II, da Constituição Federal. Colaciona arestos para o confronto de teses. Sobre a condenação ao pagamento da multa imposta nos embargos de declaração, a reclamada aponta divergência jurisprudencial, buscando afastar tal imposição.

Despacho de admissibilidade às fls. 387-389.

Não foram apresentadas as contra-razões.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Sem remessa dos autos à Procuradoria Geral do Trabalho, em face da orientação emanada da Resolução Administrativa nº 322, atualmente retratada no art. 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.”

Este é o relatório lido em sessão pelo Ministro Relator originário, o qual adoto.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

1. CONHECIMENTO

1.1. SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE

Nesse tema divergi do eminente Ministro Relator.

A questão debatida nestes autos revela que empregado de empresa industrial (fabricante de cerveja) responsável pela parte industrial da fabricação da bebida, ao se aposentar, rescindiu seu contrato de trabalho (que durou cerca de 29 anos), assinou compromisso de “não-concorrência”, consistente em não transmitir o conhecimento – de qualquer forma ou meio – às cervejarias congêneres concorrentes.

O Tribunal Regional, fundado no art. 9º da CLT, reconheceu a *nulidade do compromisso*, por considerar que a cláusula de não-concorrência foi fixada sem limitação temporal e constitui restrição ao livre exercício profissional com projeção para após a rescisão contratual.

O Tribunal Regional concentrou seu entendimento na ementa de fls. 302, vazada nos seguintes termos:

“CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. VIGÊNCIA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL, TERRITORIAL E DE OBJETO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR. Cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador e cria óbice à sua

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

nova colocação profissional, em total afronta ao disposto no art. 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

Inconformada, a empresa interpôs Recurso de Revista (fls. 364/373), sustentando que a cláusula de não-concorrência não impede o livre exercício profissional, mas *apenas veda a transmissão dos conhecimentos adquiridos na empresa*, e que o *segredo da fórmula da fabricação da cerveja* pertence à empresa, e não ao empregado ou ex-empregado.

Vê-se que o Tribunal Regional decretou a nulidade da cláusula de “não-concorrência”, por considerá-la contrária ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, afirmando:

“Na hipótese, a cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes (fl. 84), que se projeta para após a rescisão contratual, é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto fere a autonomia da vontade do trabalhador e cria óbice à sua nova colocação profissional, além de não conter qualquer limite seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, afrontando o disposto no art. 5º, inciso XIII, da CF, o qual diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece.” (fls. 306)

O aresto colacionado a fls. 368, a meu juízo, consagra tese contrária ao entendimento contido no acórdão ora recorrido. Eis o teor da ementa confrontada:

“CONTRATO DE TRABALHO (EM GERAL). CLÁUSULA ILEGAL. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. Não afronta o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cláusula contratual firmada por empregado, após ruptura do contrato de trabalho, comprometendo-se a não prestar serviços à empresa concorrente, quer como empregado, quer como autônomo. Inexistência de erro ou coação a anular o pactuado. Não há ilegalidade a macular ao pactuado e nem danos materiais decorrentes da limitação expressamente aceita. Impende aqui, invocar-se também o princípio da boa-fé, presente em todos os atos da vida civil e pressuposto deles, mormente quando em ajuste estão pessoas capazes, de mediano conhecimento jurídico e alto nível profissional, como é o caso das partes envolvidas no Termo de Confidencialidade e Compromissos Recíprocos.” (TRT 2ª Reg., RO

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

20020208981 (20020534563), 5ª T. Relª Juíza Rita Maria Silvestre, DOESP 30.08.2002)

Por sua vez, a Lei nº 9.279/96, que disciplina a Propriedade Industrial, no art. 195, inciso XI, dispõe:

Dos crimes de concorrência desleal

“Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações, ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam evidentes para um técnico ou assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.”

O ajuste consistente no compromisso firmado pelo reclamante de não divulgar, não explorar e não utilizar o segredo da fórmula do produto industrial de que tem conhecimento guarda perfeita sintonia com o disposto no art. 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/96.

Desse modo, a declaração de nulidade da cláusula em semelhantes circunstâncias equivale a autorizar o ex-empregado a divulgar segredo industrial que constitui propriedade da fabricante, em flagrante violação ao art. 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/96.

Logo, *conheço* do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial com o aresto colacionado a fls. 368 e por violação ao art. 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/96.

1.2. FÉRIAS. COMPENSAÇÃO

No tema, acompanhei o eminente Ministro Relator, cujo voto vem vazado nos seguintes termos:

“A reclamada defende a possibilidade de compensação para quitar as férias não usufruídas através de depósitos no plano de previdência suplementar. Aponta violação dos arts. 767 da CLT e 5º, II, da Constituição Federal e transcreve arestos para o confronto de teses.

O Regional assim apreciou a questão em resposta aos embargos de declaração opostos pela reclamada:

“Não obstante inviável a pretensão de compensar, na Justiça do Trabalho, dívida genérica constante do TRCT (serv. Esp. Prest. – fl. 31),

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

já que, nos termos do Enunciado nº 18 do C. TST, somente se compensam dívidas de idêntica natureza trabalhista.

Ademais, a própria reclamada reconhece, através do documento de fl. 179, que o pagamento das férias vencidas seria revertido ao fundo de previdência complementar, não havendo que se falar, pois, em ofensa ao princípio da legalidade, tampouco ao art. 767 da CLT.' (fls. 330-331)

No Direito do Trabalho, a compensação possui características próprias que a distanciam do direito comum, pois sua aplicação restringe-se aos débitos de natureza trabalhista. Aliás, é esse o entendimento desta Corte, cristalizado na Súmula nº 18, cujo teor é no sentido de a compensação na Justiça do Trabalho somente encontrar-se autorizada no caso de dívidas essencialmente trabalhistas. Assim, o referido verbete sumular foi observado, e não contrariado, como pretende fazer crer o Reclamado.

Esse, aliás, é o entendimento adotado no âmbito da 1ª Turma desta Corte:

‘COMPENSAÇÃO. PLANO DE INCENTIVO AO DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO. VERBAS DEFERIDAS EM JUÍZO. SÚMULA Nº 18 DO TST.

1. A quantia que o empregador paga espontaneamente ao empregado em virtude de este aderir a plano de desligamento voluntário constitui uma indenização especial destinada a fazer face à perda do emprego. Não é resgate de dívida trabalhista e, pois, insuscetível de compensação ulterior com créditos tipicamente trabalhistas reconhecidos em juízo. 2. O pagamento efetivado a tal título, ainda que declaradamente objetive quitar eventuais outros direitos trabalhistas, sem especificar os respectivos valores, também não enseja compensação, porquanto importaria a consagração de salário complessivo, repudiado pela jurisprudência e contrário à lei (Súmula nº 91 do TST). 3. Recurso de revista não conhecido.’ (RR-567.210/1999, DJ 13.02.04, Rel. Min. João Oreste Dalazen)

Expostos esses fundamentos, vê-se que a tentativa de configuração do dissenso pretoriano esbarra no texto do § 4º do art. 896 da CLT, bem como da Súmula nº 333 do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, sequer é possível proceder ao exame da alegada ofensa aos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 767 da CLT, na medida em que o Regional sequer prequestionou a matéria diante das disposições neles contidas. Óbice, pois, do teor da Súmula nº 297.

‘Não conheço.’”

1.3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA

No tema, acompanhei o eminente Ministro Relator, cujas razões são as seguintes *verbis*:

“O Tribunal Regional condenou o reclamado ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa, por reconhecer o intuito protelatório da reclamada ao opor novos embargos de declaração, solicitando fosse sanado vício sequer existente, de acordo com os esclarecimentos prestados nos primeiro embargos por ela opostos. Os fundamentos adotados pelo Regional foram os seguintes:

‘Em princípio, os embargos declaratórios não mereceriam ser conhecidos, porquanto ausentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 535 do CPC. Não obstante, a fim de evitar futura arguição de negativa de prestação jurisdicional, o que comprometeria o regular andamento do feito, através de incidentes processuais, passo à sua análise.

Pois bem. Apesar da insistência da embargante, a irresignação não contém qualquer consistência jurídica.

A moldura fática delineada na inicial diz respeito ao não pagamento de férias vencidas, situação essa reconhecida pela própria reclamada, através do documento de fl. 179, oriundo de reunião ordinária do conselho de administração, em que restou estabelecido que o pagamento do título trabalhista em discussão, no valor de R\$ 53.700,00, seria revertido ao fundo de previdência complementar da ré. O que só pode levar à conclusão de que o reclamante não recebeu o título.

Note-se que, em nosso ordenamento jurídico, a obrigação rege-se pelo princípio fundamental de que o credor não está obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que seja mais valiosa. Corolário disso é que, para se exonerar da obrigação, o devedor está adstrito a entregar exatamente o objeto ou a realizar a prestação determinada na convenção.

Ainda que assim não fosse, não cabe ao julgador a tarefa de presumir a quitação de títulos trabalhistas arrolados no TRCT, sob rubrica diversa, já que a quitação, como meio de prova, pressupõe a presença de alguns requisitos legais, dentre eles, a designação do valor e da espécie da dívida quitada.

Diante dos argumentos acima apresentados e considerando a ausência de pagamento das férias, conforme já reconhecido no v. aresto ora atacado, inexistente qualquer contradição no v. acórdão, pois, regra

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

básica em nosso ordenamento jurídico, consiste na impossibilidade de requerer compensação daquilo que não pagou.

Embargos protelatórios

Não obstante ter a Constituição Federal assegurado o devido processo legal com o amplo direito de defesa (art. 5º, LV), tenho que a reiteração de embargos de declaração destituídos de qualquer razoabilidade jurídica, inclusive sem demonstração cabal da obscuridade, contradição, omissão ou indispensabilidade do prequestionamento, revela-se claramente procrastinatórios.

O Código de Processo Civil, no art. 538, parágrafo único, é taxativo: ‘Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo’.

É sabido que os embargos de declaração não constituem substitutivo recursal voltado para a revisão da moldura fática.

Pelo exposto, decido conhecer dos embargos declaratórios e, no mérito, rejeitá-los, nos termos da fundamentação *supra*, declarando-os, ainda, manifestamente protelatórios e condenando a embargante, com fundamento no art. 538 do CPC, no pagamento da multa de 1% do valor da causa.’ (fls. 360-362)

A reclamada interpõe recurso de revista no qual se insurge contra a condenação ao pagamento da multa aplicável quando da constatação do intuito protelatório. Aponta violação dos arts. 538, parágrafo único, do CPC, 5º, II, da Constituição Federal e 897-A da CLT. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Na análise dos primeiros embargos de declaração opostos, o Regional apreciou todas as questões formuladas pela reclamada, concluindo, inclusive, pelo provimento parcial. De fato, não havia vício algum a ser sanado, de modo a justificar o inconformismo da Reclamada, concretizado com a reiteração de oposição de novos embargos de declaração. Nesse toar, nada impede ao julgador reconhecer, de forma motivada, o intuito protelatório, não se podendo falar em violação dos arts. 538, parágrafo único, do CPC, 5º, II, da Constituição e 897-A da CLT.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Os arestos trazidos para o confronto de teses (fl. 371-373) revelam-se inespecíficos, na medida em que contêm premissa diversa, concernente à existência de vício a ser sanado, o que, de fato, se incompatibiliza com o reconhecimento do intuito protelatório. Nesses termos, é incidente o óbice contido na Súmula nº 296 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço.”

2. MÉRITO

2.1. SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE

A cláusula de “não-concorrência” não impede o exercício de atividade profissional do reclamante. Impede apenas que divulgue segredo empresarial de que teve conhecimento, quais sejam a fórmula e o método de produção industrial criado pela reclamada.

No julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela reclamada, o Tribunal Regional afirmou que o reclamante, ao firmar o compromisso de não divulgar a fórmula, apôs ressalva do seu direito ao trabalho, que não o autoriza divulgar o segredo industrial “(...) encontra-se sujeito à legislação de propriedade industrial (Lei nº 9.279/96) em especial às disposições constantes do art. 195, inciso XI, (...)” (fl. 333).

O reclamante poderá trabalhar até mesmo em indústria concorrente, mas não pode revelar, transmitir, nem utilizar aquela fórmula que é propriedade da empresa, ora reclamada.

O compromisso de “não transmitir esse conhecimento sob qualquer forma ou meio às cervejarias congêneres/concorrentes” assumido pelo reclamante ao aposentar-se não significa “não-trabalhar” em empresa concorrente, ou não fabricar produto congêneres; significa não divulgar a fórmula e o método de fabricação do produto utilizado pela ex-empregadora, de que teve conhecimento, tampouco deles se utilizar. Essa vedação não pode mesmo ser limitada no tempo, se o proprietário da fórmula industrial assim não deseja, nem lei de regência estabelece qualquer prazo para essa proibição.

Com efeito, é vedado ao empregado divulgar o segredo da empresa; se o empregado divulgar comete falta grave. A proibição alcança o ex-empregado, visto que a rescisão do contrato de trabalho não transfere a este o direito de divulgar, explorar ou comercializar a fórmula industrial de que teve conhecimento, ainda que venha a trabalhar para empresa concorrente.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Segundo o Tribunal Regional, no compromisso firmado pelo reclamante não ficou vedado a ele trabalhar para empresa congênera; comprometeu-se a não transmitir a fórmula e o método de fabricação da cerveja, visto que esse constitui segredo industrial, de propriedade da ex-empregadora.

Ante o exposto, conheço do recurso quanto ao tema “Segredo industrial. Compromisso de não divulgar. Legalidade” e, no mérito dou-lhe provimento para declarar a legalidade do termo de compromisso firmado pelo reclamante no sentido de não transmitir os conhecimentos técnicos de fabricação de cervejas marca Antártica “sob qualquer forma ou meio às cervejarias congêneras/concorrentes”.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Emmanoel Pereira, Relator, conhecer do Recurso de Revista tanto por contrariedade ao art. 195, inciso IX, da Lei nº 9.279/96 quanto por divergência jurisprudencial com o aresto de fls. 368 e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento para declarar a legalidade do termo de compromisso firmado pelo reclamante, no sentido de não transmitir os conhecimentos técnicos da fabricação de cerveja marca Antártica.

Brasília, 24 de setembro de 2008. *João Batista Brito Pereira*, redator designado.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Assistências médica e odontológica. Manutenção a empregado aposentado	161
Compra e venda de imóvel. Ausência de registro. Boa-fé do adquirente	166
Dano moral. Abuso de direito. Ilícito trabalhista	191
Dano moral. Responsabilidade do empregador. Acidente do trabalho	209
Despedida sem justa causa. Caráter punitivo. Dano moral	218
Mandado de segurança. Concurso público. Candidato deficiente	224
Menor. Vínculo empregatício	233
Segredo industrial. Divulgação. Legalidade	239