



1ª sede da Justiça do Trabalho da 3ª Região - 1941/1943 - Av. João Pinheiro, 276

REVISTA

do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO é indexada nos seguintes Órgãos, publicações e Bibliotecas:

- ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- BIBLIOTECA NACIONAL - **RIO DE JANEIRO/RJ**
- CÂMARA FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR - CAPES
- FACULDADE DE DIREITO DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA - PUC - **BELO HORIZONTE/MG**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - **SÃO PAULO/SP**
- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS - UFMG - **BELO HORIZONTE/MG**
- FUNDAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DE PESQUISA DA UFMG - PRÓ-REITORIA - **BELO HORIZONTE/MG**
- INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA - IBICT - MCT - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- MINISTÉRIO DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - **BRASÍLIA/DF**
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Seção de Minas Gerais - **BELO HORIZONTE/MG**
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - Secretaria - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA - **BRASÍLIA/DF**
- PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- PROCURADORIA REGIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - **BELO HORIZONTE/MG**
- SENADO FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **BRASÍLIA/DF**
- SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - **BRASÍLIA/DF**
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 Regiões)
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - **BELO HORIZONTE/MG**
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - **BRASÍLIA/DF**
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **BRASÍLIA/DF**

EXTERIOR

- FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - **PORTUGAL**
- FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAYA - **MONTEVIDEO**
- LIBRARY OF CONGRESS OF THE USA - **WASHINGTON, DC**
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Centro de Estudos Judiciários - **LISBOA/PORTUGAL**
- SINDICATO DOS MAGISTRADOS JUDICIAIS DE PORTUGAL - **LISBOA/PORTUGAL**
- UNIVERSIDADE DE COIMBRA - **PORTUGAL**
- THE UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN - **AUSTIN, TEXAS**
- ULRICH 'S INTERNATIONAL PERIODICALS DIRECTORY, **NEW PROVIDENCE, N.J./USA**

(Indicador Internacional de Publicações Seriadas)



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Os acórdãos, sentenças de 1ª Instância e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador EDUARDO AUGUSTO LOBATO - **Presidente do TRT**
Desembargador CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR - **Diretor da EJ**
Desembargador MÁRCIO FLÁVIO SALEM VIDIGAL - **Coordenador acadêmico da EJ**
Juíza ADRIANA GOULART DE SENA - **Coordenadora da Revista**
Juíza MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA - **Coordenadora da Revista**
Desembargadora MARIA LÚCIA CARDOSO DE MAGALHÃES - **Coordenadora da Revista**
Juiz ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS
Juíza FLÁVIA CRISTINA ROSSI DUTRA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Desembargador LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT
Desembargador MÁRCIO TÚLIO VIANA
Juíza MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT
Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO
ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés
ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Castilla La Mancha
GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro Nella Università di Roma Tor Vergata
MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II - Panthéon - Assas.

DEPARTAMENTO DA REVISTA:

Ronaldo da Silva - **Assessor da Escola Judicial**

Bacharéis:

Cláudia Márcia Chein Vidigal
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano
Jésus Antônio de Vasconcelos
Maria Regina Alves Fonseca

Editoração de texto - Normalização e diagramação:

Patrícia Côrtes Araújo

CAPA: Patrícia Melin - Assessoria de Comunicação Social

REDAÇÃO: Rua Goitacases 1475 - 15º andar
CEP 30190-052 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3330-7658
e-mail: revista@trt3.jus.br
aej@trt3.jus.br

EDIÇÃO: Rettec Artes Gráficas e Editora Ltda.
e-mail: rettec@rettec.com.br
Telefone: (11) 2063-7000

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG - Brasil
Ano 1 n. 1 1965-2010
Semestral
ISSN 0076-8855
1. Direito do Trabalho - Brasil 2. Processo trabalhista - Brasil 3. Jurisprudência trabalhista - Brasil
CDU 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que mencionada a fonte.
Impresso no Brasil

Esta Revista impressa encontra-se disponível em formato eletrônico no *site*
www.trt3.jus.br/escola/revista/apresentacao.htm

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
1. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO EM JULHO DE 2010	9
2. DOCTRINA	
- A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani	21
- A LICENÇA-PATERNIDADE COMO DESDOBRAMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO. UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESPANHA Candy Florêncio Thomé	41
- A NATUREZA SOCIAL DOS CRÉDITOS DO TRABALHO E A INCIDÊNCIA DO IRRF NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS Marcel Lopes Machado	55
- A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DIANTE DAS MUTAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS Cleber Lúcio de Almeida	61
- AS GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS E LABORAIS E AS DIMENSÕES DE SUA EFETIVIDADE: DIREITO AO TRABALHO E A NÃO DISCRIMINAÇÃO. MEDIDAS JUDICIAIS E PRETENSÕES CABÍVEIS Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivolella	73
- COMPETÊNCIA PENAL TRABALHISTA: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO Camila Almeida Peixoto Batista de Oliveira	95
- DO SINCRÉTICO AO ÉTICO - NOVOS RUMOS PARA A JURISDIÇÃO NO BRASIL Bruno Alves Rodrigues	109
- EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO Mila Batista Leite Corrêa da Costa	135
- FUSÃO DE EMPRESAS: FUNÇÃO, TRANSFUSÃO OU DISFUNÇÃO SOCIAL? Luiz Otávio Linhares Renault e Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz	155

- NOUVELLES FORMES DE GOUVERNANCE ET ATTENTES MORALES DES SALARIES: L'EXPERIENCE FRANÇAISE Marie-France Mialon	171
- O PROCESSO - O LIVRO E O FILME: CONHECIMENTO, COMPLEXIDADE E RISCO Mônica Sette Lopes	187
- O SISTEMA DE JUSTIÇA, A REGULAÇÃO PÚBLICA DO TRABALHO E A FORMALIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO NO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO Cláudio Salvadori Dedecca e Marcus Menezes Barberino Mendes	207
- O TRATAMENTO DA QUESTÃO ECONÔMICA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA Adriana Campos de Souza Freire Pimenta e Lucília Alcione Prata	227
4. DECISÃO PRECURSORA	257
<p>Decisão proferida no Processo n. 814/99 da Junta de Conciliação e Julgamento de Itajubá/MG Juiz Presidente: Frederico Leopoldo Pereira Comentário: Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aposentado Márcio Túlio Viana</p>	
5. JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	271
6. DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	325
7. ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS E SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO	375
8. ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	387
9. ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO	391

APRESENTAÇÃO

A Revista n. 80 do nosso TRT, sempre dinâmica, concilia o moderno e o antigo, o rudimentar e o virtual. Conserva seu objetivo precípua - há mais de quatro décadas - que é a ampla divulgação das decisões judiciais e a disseminação de pensamentos doutrinários nacionais e internacionais atinentes ao mundo do trabalho.

A presente edição potencializa o conteúdo multidisciplinar, demonstrando através de seus textos o direito relacionado à filosofia, à economia e, até mesmo, à matemática. Ressalta o compromisso dos operadores do Direito com os valores da justiça social, do Estado Democrático de Direito e da efetiva concretização dos direitos fundamentais trabalhistas.

Atualmente, o nosso periódico deixou o espaço geográfico do Brasil e “ganhou mundo”. Com efeito, internacionalizou-se, somando ao competente Conselho Editorial pátrio o nome de ilustres professores estrangeiros.

Desse modo, fica evidente que tal parceria proporcionará a interação dos estudiosos do direito, promoverá o intercâmbio de conhecimento e cultura entre países cuja preocupação é a função social do trabalho.

A Revista n. 80, que ora lhes apresento, representa, pois, excelente instrumento para o enriquecimento de todos que vivenciam as relações de trabalho.

CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR
Diretor da Escola Judicial do TRT da 3ª Região

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA TERCEIRA REGIÃO**

BIÊNIO: 2010/2011

EDUARDO AUGUSTO LOBATO

Desembargador Presidente

EMÍLIA FACCHINI

Desembargadora Vice-Presidente Judicial

CLEUBE DE FREITAS PEREIRA

Desembargadora Vice-Presidente Administrativo

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT

Desembargador Corregedor

PRIMEIRA TURMA

Desembargador Manuel Cândido Rodrigues - **Presidente da Turma**

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria

Desembargador Marcus Moura Ferreira

SEGUNDA TURMA

Desembargador Luiz Ronan Neves Koury- **Presidente da Turma**

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargador Jales Valadão Cardoso

TERCEIRA TURMA

Desembargador Bolívar Viégas Peixoto - **Presidente da Turma**

Desembargador Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra

Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior

QUARTA TURMA

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo - **Presidente da Turma**

Desembargador Antônio Álvares da Silva

Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello

QUINTA TURMA

Desembargador José Roberto Freire Pimenta - **Presidente da Turma**

Desembargador José Murilo de Moraes

Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida

SEXTA TURMA

Desembargador Jorge Berg de Mendonça - **Presidente da Turma**

Desembargador Anemar Pereira Amaral

Desembargador Emerson José Alves Lage

SÉTIMA TURMA

Desembargador Paulo Roberto de Castro - **Presidente da Turma**

Desembargadora Alice Monteiro de Barros

Desembargador Marcelo Lamego Pertence

OITAVA TURMA

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle - **Presidente da Turma**
Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa
Desembargadora Denise Alves Horta

NONA TURMA

Desembargador Ricardo Antônio Mohallem - **Presidente da Turma**
Desembargador Antônio Fernando Guimarães
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães

DÉCIMA TURMA

Desembargadora Emília Facchini - **Presidente da Turma**
Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal

TURMA RECURSAL DE JUIZ DE FORA

Desembargador Heriberto de Castro - **Presidente da Turma**
Desembargador José Miguel de Campos
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Eduardo Augusto Lobato (Presidente)
Desembargadora Emília Facchini (Vice-Presidente Judicial)
Desembargadora Cleube de Freitas Pereira (Vice-Presidente Administrativo)
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault (Corregedor)
Desembargador Antônio Álvares da Silva
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Manuel Cândido Rodrigues
Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa
Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Heriberto de Castro
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior

SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (SDC)

Desembargador Eduardo Augusto Lobato (Presidente)
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Antônio Álvares da Silva
Desembargadora Alice Monteiro de Barros
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Deoclecia Amorelli Dias
Desembargador Manuel Cândido Rodrigues
Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa

Desembargador Antônio Fernando Guimarães
Desembargador Marcus Moura Ferreira
Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI)

Desembargador José Murilo de Moraes (Presidente)
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto

2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI)

Desembargador José Miguel de Campos (Presidente)
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador Bolívar Viégas Peixoto
Desembargador Heriberto de Castro
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargador José Roberto Freire Pimenta
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Emerson José Alves Lage

Diretor-Geral: Luís Paulo Garcia Faleiro

Diretor Judiciário: Ricardo Oliveira Marques

Secretário-Geral da Presidência: Demosthenes Silva

**VARAS DO TRABALHO
TRT/ 3ª REGIÃO
MINAS GERAIS**

CAPITAL

01ª Vara de Belo Horizonte	João Alberto de Almeida
02ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
03ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
04ª Vara de Belo Horizonte	Milton Vasques Thibau de Almeida
05ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
06ª Vara de Belo Horizonte	Fernando César da Fonseca
07ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
08ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
09ª Vara de Belo Horizonte	Denise Amâncio de Oliveira
10ª Vara de Belo Horizonte	Marília Dalva Rodrigues Milagres
11ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
12ª Vara de Belo Horizonte	Mônica Sette Lopes
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
15ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Amorim Rebouças
16ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
17ª Vara de Belo Horizonte	Hélder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Maristela Íris da Silva Malheiros
20ª Vara de Belo Horizonte	Taísa Maria Macena de Lima
21ª Vara de Belo Horizonte	José Eduardo de Resende Chaves Júnior
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	
24ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
25ª Vara de Belo Horizonte	Rodrigo Ribeiro Bueno
26ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cecília Alves Pinto
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Vicente de Paula Maciel Júnior
29ª Vara de Belo Horizonte	João Bosco de Barcelos Coura
30ª Vara de Belo Horizonte	Maria Stela Álvares da Silva Campos
31ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Maurício Ribeiro Pires
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Frões Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
34ª Vara de Belo Horizonte	José Marlon de Freitas
35ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Goulart de Sena
36ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
37ª Vara de Belo Horizonte	Rogério Valle Ferreira
38ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
39ª Vara de Belo Horizonte	Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
40ª Vara de Belo Horizonte	João Bosco Pinto Lara

INTERIOR

Vara de Aimorés	Leonardo Passos Ferreira
Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
Vara de Almenara	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
Vara de Araçuaí	André Figueiredo Dutra
Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Fernando Sollero Caiaffa
1ª Vara de Barbacena	Márcio Toledo Gonçalves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
Posto Avançado de Venda Nova	
Posto Avançado do Barreiro	
1ª Vara de Betim	Mauro César Silva
2ª Vara de Betim	Rita de Cássia de Castro Oliveira
3ª Vara de Betim	Denízia Vieira Braga
4ª Vara de Betim	Vitor Salino de Moura Eça
5ª Vara de Betim	Maurílio Brasil
Vara de Bom Despacho	Valmir Inácio Vieira
Vara de Caratinga	Carlos Humberto Pinto Viana
Vara de Cataguases	Luiz Antônio de Paula Iennaco
Vara de Caxambu	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues
1ª Vara de Congonhas	José Quintella de Carvalho
2ª Vara de Congonhas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Conselheiro Lafaiete	Rosângela Pereira Bhering
1ª Vara de Contagem	Ana Maria Espí Cavalcanti
2ª Vara de Contagem	Kátia Fleury Costa Carvalho
3ª Vara de Contagem	Marcelo Moura Ferreira
4ª Vara de Contagem	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
5ª Vara de Contagem	Manoel Barbosa da Silva
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Jônatas Rodrigues de Freitas
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Edson Ferreira de Souza Júnior
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Maritza Eliane Isidoro
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	

1ª Vara de Divinópolis	Sueli Teixeira
2ª Vara de Divinópolis	Simone Miranda Parreiras
Vara de Formiga	Graça Maria Borges de Freitas
1ª Vara de Governador Valadares	Luciana Nascimento dos Santos
2ª Vara de Governador Valadares	Hudson Teixeira Pinto
3ª Vara de Governador Valadares	Flávia Cristina Rossi Dutra
Vara de Guanhães	
Vara de Guaxupé	Jairo Vianna Ramos
Vara de Itabira	Paulo Gustavo de Amarante Merçon
Vara de Itajubá	Edmar Souza Salgado
Vara de Itaúna	Orlando Tadeu de Alcântara
Vara de Ituiutaba	Maria Raimunda de Moraes
Posto Avançado de Iturama	
Vara de Januária	Anselmo José Alves
1ª Vara de João Monlevade	Márcio José Zebende
2ª Vara de João Monlevade	Newton Gomes Godinho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Vander Zambeli Vale
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
Vara de Lavras	Gigli Cattabriga Júnior
Vara de Manhuaçu	Jacqueline Prado Casagrande
Vara de Matozinhos	Luís Felipe Lopes Bosen
Vara de Monte Azul	Aginaldo Amado Filho
1ª Vara de Montes Claros	Cristina Adelaide Custódio
2ª Vara de Montes Claros	Gastão Fabiano Piazza Júnior
3ª Vara de Montes Claros	João Lúcio da Silva
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	Paula Borlido Haddad
Vara de Nova Lima	Lucas Vanucci Lins
Vara de Ouro Preto	Luciana Alves Viotti
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Luiz Cláudio dos Santos Viana
1ª Vara de Passos	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves

2ª Vara de Passos	Marco Túlio Machado Santos
Vara de Patos de Minas	Luiz Carlos Araújo
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
Vara de Pedro Leopoldo	Paulo Chaves Corrêa Filho
Vara de Pirapora	Maria de Lourdes Sales Calvelhe
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
1ª Vara de Pouso Alegre	Érica Martins Júdice
2ª Vara de Pouso Alegre	Rita de Cássia Barquette Nascimento
Vara de Ribeirão das Neves	Cristiana Maria Valadares Fenelon
Vara de Sabará	Rosemary de Oliveira Pires
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Clarice Santos Castro
1ª Vara de Sete Lagoas	Cléber José de Freitas
2ª Vara de Sete Lagoas	Gláucio Eduardo Soares Xavier
Vara de Teófilo Otoni	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Três Corações	Leonardo Toledo de Resende
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Maria Tereza da Costa Machado Leão
2ª Vara de Uberaba	Marcos César Leão
3ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Sônia Maria Rezende Vergara
2ª Vara de Uberlândia	Marco Antônio de Oliveira
3ª Vara de Uberlândia	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Morais
5ª Vara de Uberlândia	Érica Aparecida Pires Bessa
Vara de Unai	Flânio Antônio Campos Vieira
1ª Vara de Varginha	Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
2ª Vara de Varginha	Laudenicy Moreira de Abreu

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriana Farnesi e Silva
Adriano Antônio Borges
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Chibante Martins
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Carolina Simões Silveira
Ana Lívia Ribeiro Teixeira Martins
Ana Luíza Fischer Teixeira de Souza
Ana Paula Costa Guerzoni
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
André Luiz Gonçalves Coimbra
Andréa Buttler
Andréa Marinho Moreira Teixeira
Andréa Rodrigues de Moraes
Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Anna Carolina Marques Gontijo
Anna Karenina Mendes Góes
Anselmo Bosco dos Santos
Breno Ortiz Tavares Costa
Bruno Alves Rodrigues
Cácio Oliveira Manoel
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carlos Adriano Dani Lebourg
Carlos José Souza Costa
Carolina Lobato Góes de Araújo
Célia das Graças Campos
Celismar Coêlho de Figueiredo
Celso Alves Magalhães
Christianne Jorge de Oliveira
Cláudia Eunice Rodrigues
Cláudia Rocha Welterlin
Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
Cleyonara Campos Vieira Vilela
Cristiana Soares Campos
Cristiane Souza de Castro Toledo
Cristiano Daniel Muzzi
Cyntia Cordeiro Santos
Daniel Cordeiro Gazola
Daniel Gomide Souza

Daniela Torres Conceição
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Eduardo do Nascimento
Eliane Magalhães de Oliveira
Ézio Martins Cabral Júnior
Fabiana Alves Marra
Fabiano de Abreu Pfeilsticker
Fábio Ribeiro da Rocha
Felipe Clímaco Heineck
Fernanda Garcia Bulhões
Fernando Rotondo Rocha
Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
George Falcão Coelho Paiva
Geraldo Hélio Leal
Geraldo Magela Melo
Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
Henoc Piva
Henrique Alves Vilela
Jane Dias do Amaral
Jésser Gonçalves Pacheco
João Rodrigues Filho
José Barbosa Neto Fonseca Suett
José Ricardo Dily
Juliana Campos Ferro Lage
Júlio César Cangussu Souto
Júlio Corrêa de Melo Neto
June Bayão Gomes Guerra
Júnia Márcia Marra Turra
Karla Santuchi
Kelly Cardoso da Silva
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Larissa Leônia Bezerra de Andrade
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Espírito Santo Silveira
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciane Cristina Muraro
Luís Furian Zorzetto
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Olympio Brandão Vidal
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Marcel Lopes Machado
Marcelo Oliveira da Silva
Marcelo Ribeiro

Márcio Roberto Tostes Franco
Marco Antônio Silveira
Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Marco Aurélio Marsiglia Treviso
Marcos Vinícius Barroso
Maria Irene Silva de Castro Coelho
Marina Caixeta Braga
Mauro Elvas Falcão Carneiro
Melânia Medeiros dos Santos Vieira
Michelle Pires Bandeira
Nelson Henrique Rezende Pereira
Neurisvan Alves Lacerda
Ney Fraga Filho
Ordenísio César dos Santos
Osmar Pedroso
Paulo Emílio Vilhena da Silva
Pedro Paulo Ferreira
Rafaela Campos Alves
Raíssa Rodrigues Gomide Máfia
Raquel Fernandes Lage
Renata Batista Pinto Coelho
Renata Lopes Vale
Renato de Paula Amado
Ronaldo Antônio Messeder Filho
Rosa Dias Godrim
Rosângela Alves da Silva Paiva
Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Sheila Marfa Valério
Shirley da Costa Pinheiro
Silene Cunha de Oliveira
Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
Simey Rodrigues
Solange Barbosa de Castro Coura
Tânia Mara Guimarães Pena
Tarcísio Corrêa de Brito
Thaís Macedo Martins Sarapu
Thaísa Santana Souza
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
Walder de Brito Barbosa
Wanessa Mendes de Araújo

DOCTRINA

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*
Daniel Gemignani**

Ora, as mudanças econômicas tornaram necessário fazer circular os efeitos do poder por canais cada vez mais sutis, chegando até os próprios indivíduos, seus corpos, seus gestos, cada um de seus desempenhos cotidianos. Que o poder, mesmo tendo uma multiplicidade de homens a gerir, seja tão eficaz quanto se ele se exercesse sobre um só.

Michel Foucault - *Microfísica do poder*.

RESUMO

O artigo analisa a tormentosa questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Trata da assimetria de poder das partes envolvidas e foca a abordagem nas dispensas coletivas, fazendo uma leitura constitucional da matéria. Sustenta a eficácia plena do disposto no inciso I do artigo 7º da CF/88 mesmo ante a inexistência de norma infraconstitucional, por considerar que nosso sistema rejeita o *non liquet* e propõe meios para sua operacionalização nas diretrizes constantes do artigo 8º da CLT, ressaltando o compromisso que o Direito do Trabalho tem, desde sua gênese, com a articulação entre a justiça comutativa e a justiça distributiva.

Palavras-chave: Direitos fundamentais entre particulares numa relação de trabalho. Dispensa coletiva e direito fundamental. Colisão entre direitos fundamentais do empregado e do empregador. *Non liquet*. Justiça comutativa / Justiça distributiva.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
- 2 ADMIRÁVEL MUNDO NOVO
- 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS
- 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS
- 5 DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA
- 6 DO *NON LIQUET*
- 7 DO MARCO CIVILIZATÓRIO
- 8 DA CONSTITUIÇÃO - FUNDAMENTO
- 9 CONCLUSÃO
- 10 REFERÊNCIAS

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas e Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação pela USP - Universidade de São Paulo.

** Bacharelado de Direito - PUC São Paulo. Autor do trabalho A coerência na interpretação dos direitos sociais quando analisados pelo STF: comparação evolutiva do tema. *In Jurisprudência Constitucional- como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

1 INTRODUÇÃO

Uma das características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares. A resistência a um modelo de poder centralizado, a fragilidade das instituições e o sistemático descumprimento da lei, por desacreditar em seus efeitos isonômicos, têm acentuado as disputas de poder nas relações privadas.

Essa nova realidade fática vem revelando o anacronismo de nossas instituições jurídicas, edificadas sob notória influência do sistema europeu continental, baseado na supremacia da lei, produto do Parlamento, que serviu de sustentação para o modelo positivista.¹

A efervescência econômica e social que foi se intensificando durante o decorrer do século XX veio evidenciar que a lei não se mostrava suficiente para apontar soluções aos novos conflitos, que se apresentavam cada vez mais complexos.

A par disso, nosso sistema constitucional passou a desatrelar-se dos modelos estrangeiros, apresentando traços de maturidade ao atentar para as peculiaridades de nossa cultura e valores, para as particularidades de nossa evolução jurídica.

Tais questionamentos se acentuaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em decorrência da inserção em seu artigo 7º dos direitos trabalhistas como fundamentais, dando ensejo à formulação doutrinária que garante a possibilidade de exercê-los em face do Estado.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., Editora Saravia, 2009, p. 222/223:

A supremacia do Parlamento tornava impensável um controle judiciário das leis. [...] A prática revolucionária concordava com Montesquieu, que reduzia o poder de julgar à condição de “[...] instrumento que pronuncia as palavras da lei [...]”. Dominava a concepção de que “[...] nenhum juiz tem o direito de interpretar a lei segundo a sua própria vontade [...]”.

O princípio da separação dos Poderes atuava para consagrar o poder de julgar a uma posição de menor influência. Era impensável que se postulasse perante uma corte de justiça a efetividade de um cânone constitucional; ao juiz não cabia censurar um ato do parlamento.

A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, é notável. Uma manifestação disso é a criação, na França, do instituto do *référé législatif*, por uma lei de 1790, somente abolida em 1837.

Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que, se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes num tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do Parlamento até no mais alto tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os seus deputados. A tarefa de interpretar a lei é, assim, vista como consubstancial à função legislativa.

Entretanto, esse equacionamento tem se mostrado insuficiente para oferecer resposta aos novos conflitos, marcados principalmente pelas relações de poder entre os particulares, fenômeno que se espalha por todos os segmentos da sociedade, como bem observou Michel Foucault², ao defini-lo como o exercício de uma microfísica do poder, chamando atenção para o fato de que o

[...] grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto, de quem, se introduzindo no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas próprias regras.

A questão se revela mais grave quando há relações assimétricas, em que as partes envolvidas ostentam notória disparidade de forças, como ocorre nas relações de trabalho.

É nesse contexto que o presente artigo se propõe a examinar a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho entre particulares.³

2 ADMIRÁVEL MUNDO NOVO

Quando apregoou aos quatro cantos que a tecnologia seria uma aliada importante na redução do tempo de trabalho e ampliação dos períodos de lazer, Domenico de Masi⁴ conquistou corações e mentes. Argumentou que chegara o momento do ócio criativo, em que “na sociedade impõem-se novos sujeitos, a indústria e até o trabalho perdem sua importância central, o tempo destinado à formação, aos cuidados consigo e à folga prevalece claramente sobre o tempo destinado ao trabalho”. Então poderíamos trabalhar apenas 3 a 4 horas por dia com a mesma produtividade das 8 horas habituais e reservar um período maior para o lazer?

Apesar das boas intenções, o conhecido sociólogo não logrou comprovar suas ideias.

Pelo contrário.

Logo descobrimos que a tecnologia na verdade nos trazia uma carga maior de atribuições e, ao invés das 8 horas, passamos a trabalhar muito mais.

Mas não é só.

² FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 25/26.

³ Cabe aqui consignar questão atinente à forma como se intitula o tema em epígrafe. A doutrina, em sua grande maioria, traz o tema dos efeitos dos direitos fundamentais sob a rubrica “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Contudo, ante a evidente assimetria existente nas relações entre particulares, ainda mais evidente quando se trata das relações de trabalho, propugna-se, aqui, por se evitar a nomenclatura indicada, optando-se, pois, por assumir apenas a expressão “eficácia dos direitos fundamentais entre particulares”.

⁴ DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho - fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Tradução de Yadyr A. Figueiredo, Rio de Janeiro: José Olympio Editora S/A, 1999, p. 329.

Deixou de existir a distinção entre os tempos de trabalho e os tempos da vida privada, os tempos de atividade e os tempos de descanso.

Tudo ficou misturado e muito mais controlado.

O empregado passou a ser parte do sistema, passível de ser “acessado” a qualquer hora, independentemente do período estipulado no contrato de trabalho. Além disso, diferentemente do apregoado por Domenico de Masi, volta a ser considerado apenas peça de uma engrenagem, e de maneira muito mais perversa e abrangente. Com efeito, enquanto nos primórdios do século passado essa engrenagem estava fixada num determinado espaço físico, e o trabalhador dela se libertava quando encerrava o expediente e as portas se fechavam, hoje ela tem existência virtual e, como tal, não para nunca, não fecha as portas, embora mantenha o velho esquema de limitar sua atuação a espaços compartimentalizados, sem ter a noção do conjunto, para que não haja a menor possibilidade de ocorrer perda de controle. Charlie Chaplin⁵ certamente ficaria surpreso ao descobrir que, apesar dos grandes avanços tecnológicos, os apertadores de parafuso e a velha bancada estão de volta, com a agravante de que agora não são os movimentos, mas a própria linha de produção que passa a acompanhá-lo para todo lugar, virtualmente, ampliando os espaços de sujeição.

Depois do taylorismo, do toyotismo, do *just in time*, o velho fordismo está de volta!

Repaginado, é verdade. Mas com o mesmo espírito usurpador da liberdade. Só que muito mais intenso.

Usa-se tecnologia de ponta. Mas as condições de vida no trabalho pioraram. Retrocedemos.

E, o que é pior, de forma sub-reptícia, o que dificulta a compreensão do processo e impede a reação, pois, ao invés de empregados, o sistema agora trata de colaboradores.

Colaborador é parceiro. Parceiro não se insurge contra outro parceiro, porque a estratégia da palavra os coloca lado a lado, na mesma trincheira, supostamente com o mesmo objetivo.

É essa realidade fática que revela a importância de abordar a questão da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, exigindo a análise de sua funcionalidade, notadamente quando os espaços de poder se ampliam, como vem ocorrendo nas relações de trabalho.

Com efeito, quando são quebradas as fronteiras entre a vida laboral e a vida privada, garantir os direitos fundamentais é criar muros de contenção e resistência, que visam impedir a precarização das condições de vida, fazendo valer a efetividade da Constituição, mesmo quando há inoperância do poder legiferante na promulgação das normas infraconstitucionais.

É uma situação cuja abordagem se reveste de significativa importância no mundo do trabalho, pois, ao prestá-lo, o trabalhador se coloca inteiro como pessoa, limitando seus espaços de liberdade.

⁵ Charlie Chaplin - ator americano que ficou mundialmente famoso ao atuar no filme “Tempos Modernos” que ironizava a forma de produção fordista.

Nesse contexto, manejar direitos fundamentais só em face do Estado se torna insuficiente. O marco normativo só terá eficácia se os direitos fundamentais puderem ser garantidos também nas relações entre particulares, preservando os patamares necessários para resguardar a pessoa daquele que trabalha.⁶

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nasceram para garantir os interesses do cidadão em face do Estado, ante a disparidade de poder existente entre eles.

Porém, conforme explica Virgílio Afonso da Silva⁷, essa

[...] visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

As relações de trabalho, marcadas pela assimetria de poder entre as partes envolvidas no conflito, vêm se apresentando como um campo fértil para debater a questão, notadamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que incluiu em seu artigo 7º um extenso rol de direitos trabalhistas como fundamentais.

Tal ocorre porque é impossível haver prestação de trabalho sem envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador. Assim, ao ingressar numa relação de trabalho, além de trazer consigo todos os direitos fundamentais inerentes a sua condição de pessoa, agrega os que a lei lhe garante como trabalhador, o que vai repercutir não só na execução do próprio contrato mas até mesmo na organização empresarial.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito* - os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 22:

Como se sabe, e como ficará bastante claro no decorrer deste trabalho, o tema “constitucionalização do direito”, e seu subtema principal, a “vinculação de particulares aos direitos fundamentais”, tem seu epicentro nos países de língua alemã. Como se perceberá ao longo do trabalho, a grande maioria dos trabalhos sobre o tema é originária da Alemanha e, em escala já bem menor, da Áustria e da Suíça. Ora, não é possível “importar”, sem grandes reflexões, temas e problemas de outros países e tentar incuti-los, artificialmente, na discussão brasileira. Não só as tradições jurídicas podem ser bastante distintas, a despeito da filiação comum à família jurídica romano-germânica, como também o material básico de análise - os textos constitucionais e legais - podem variar em grande escala. É o que acontece no caso dos direitos fundamentais, ainda que isso passe muitas vezes despercebido.

Nesse sentido, embora consagre também os direitos fundamentais que a Constituição alemã e a grande maioria das constituições das democracias ocidentais consagram no âmbito dos chamados direitos de defesa ou das chamadas liberdades públicas, muitos dispositivos da Constituição brasileira já dão a entender que eles não têm efeitos apenas na relação indivíduo-Estado, mas também nas relações dos indivíduos em si.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Obra citada, p. 18.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

O artigo 7º da CF/88 listou uma série significativa de direitos fundamentais trabalhistas, criando a ossatura institucional que não só vai sustentar o corpo legal infraconstitucional, como definir parâmetros decisórios para as situações-limite.

Neste trabalho pretendemos focar a análise na eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares na tormentosa questão das dispensas coletivas.

O direito ao emprego sempre esteve no centro do debate das questões trabalhistas. Abolida a escravidão, o trabalho passou a ser valorizado como meio lícito para garantir a subsistência, abrindo caminho para o reconhecimento da dignidade daquele que trabalha. A edição de um corpo legislativo, inicialmente de forma esparsa, e posteriormente através de uma consolidação, passou a reconhecer o valor jurídico dessa configuração, fundada no trabalho como direito de cidadania, assim evoluindo para sua constitucionalização.⁸

A questão tem voltado ao centro dos debates sob uma nova ótica, agora pela perspectiva dos direitos fundamentais, por se constatar que não adianta albergar um extenso elenco de direitos individuais, se não for garantido o direito ao trabalho. Assim sendo, a proteção da dignidade, almejada pelos direitos fundamentais, abarca não só garantias negativas mas também positivas, significando um *facere* que visa à promoção da cidadania.

Ao tratar da matéria, Canotilho⁹ destaca que a teleologia da Constituição aponta para uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por estarem atrelados à preservação da dignidade humana.

Nesse espeque Oscar Ermida Uriarte¹⁰ pondera que o direito ao emprego está vinculado não só ao princípio protetor, mas faz valer a correção jurídica da desigualdade econômica que existe entre empregador e trabalhador e, por isso, constitui-se em condição de eficácia do próprio Direito do Trabalho, não se podendo olvidar de sua inter-relação também com o princípio da liberdade, em face dos efeitos limitantes que uma relação de emprego impõe ao tempo e à vida daquele que trabalha para garantir sua subsistência.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed., LTr, 2009, p. 62:

Quanto às suas funções e atuação na comunidade circundante, é segmento jurídico que cumpre objetivos jurídicos fortemente sociais, embora tenha também importantes impactos econômicos, culturais e políticos. Trata-se de segmento jurídico destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista. Em consonância com isso, destaca-se por forte direcionamento interventivo na sociedade, na economia e, principalmente, na vontade das partes contratuais envolvidas nas relações jurídicas que regula.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed., Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, p. 479.

¹⁰ URIARTE, Oscar Ermida. *La estabilidad del trabajador en la empresa - protección real o ficticia? Monografías Jurídicas*, Montevideu: 4. Acali Editorial, 1983, p. 21 a 28.

No mesmo sentido o pensamento de Barbagelata¹¹, ao reconhecer a efetividade jurídica de tais normas e a possibilidade de sua exigência imediata.

Ao tratar da matéria, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no inciso I do artigo 7º que constitui direito fundamental dos trabalhadores a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Nosso ordenamento infraconstitucional passou a disciplinar apenas a indenização que é devida nos casos de dispensa individual sem justa causa pelo empregador (Lei n. 8.036/90¹²), mas até o momento ainda não foi editada a norma complementar exigida, de modo que não há nenhuma lei que restrinja a plenitude do comando constitucional em relação à dispensa coletiva arbitrária.

Assim, a questão é saber se essa lei, editada para regular a dispensa individual imotivada, passaria a disciplinar também a demissão coletiva arbitrária, elidindo a aplicação imediata do preceito constitucional, enquanto inexistir lei complementar.

Não há como estender a aplicação do disposto na Lei n. 8.036/90 para os casos que ela não regulamenta, ou seja, a dispensa coletiva arbitrária, além do que a Constituição exige expressamente que tal matéria seja tratada em lei complementar, condição que ela não ostenta.

Assim sendo, como deixar o exercício de um direito fundamental na dependência de uma discricionariedade legislativa, ou seja, ao juízo de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo?

A efetividade de um direito fundamental pode ficar dependente dos tempos da política?

Em outras palavras, qual o significado e a abrangência do princípio da supremacia constitucional?¹³

¹¹ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El camino hacia la integración del derecho del trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia. In Derecho Laboral*. Tomo LI n. 232, octubre-diciembre 2008, p. 725-746, Fundación de Cultura Universitaria - FCU - Montevideo-Uruguai.

¹² Questionamentos poderiam aqui ser suscitados quanto à constitucionalidade material da lei regulamentadora, ante a especialidade da lei requerida pelo enunciado constitucional. Não notamos na doutrina discussões quanto ao tema, e, por se tratar de questão distinta ao objeto do presente artigo, mas a ele não alheia, não deixamos de consignar a questão.

¹³ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. XVIII/XIX:

O problema do Estado Democrático de Direito é exatamente o de como conciliar poder eficiente com direito legitimador. Na tradição ocidental, Leviatã apresenta-se como um símbolo do poder expansivo do Estado. Têmis, antes de tudo, representa a justiça abstrata. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se precisamente por ser uma tentativa de construir uma relação sólida e fecunda entre Têmis e Leviatã - portanto, de superar a contradição tradicional entre justiça divina e poder terreno (um paradoxo!); uma tentativa no sentido de que a justiça deveria perder sua dimensão transcendente e o poder não mais ser considerado mera facticidade: o Estado Democrático de Direito como invenção da modernidade.

Ora, garantir direitos fundamentais é integrar cláusulas abertas, interpretar a lacuna infraconstitucional em favor da eficácia do comando constitucional, e não o contrário, em face do princípio da máxima efetividade que orienta os aplicadores da Lei Maior “[...] para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas [...]”, conforme explicitam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.¹⁴

Como pondera Pietro de Jesus Lora Alarcon¹⁵ é por isso que

[...] não podemos falar de uma infiltração indesejada do aparelho jurisdicional no legislativo, mas da possibilidade oferecida pelo Constituinte de dizer o direito quando esta falta de atividade do legislativo desemboca na projeção de uma inefetividade.

Quanto à inexistência de norma infraconstitucional, explica que

[...] logicamente a *interpositio* legiferante - o espaço de tempo entre a ordem constitucional e a edição normativa supõe um prazo. Sendo assim, por óbvio, surge uma questão importante: pode o legislativo simplesmente não legislar sobre um tema que afeta interesses diretos de uma pessoa ou de uma coletividade de pessoas, comprometendo, destarte, a efetividade da Constituição? Por outras palavras, impõe-se descobrir o sentido da razoabilidade desse espaço de tempo em todos os casos, mas especialmente, quando a efetividade seja dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão Virgílio Afonso da Silva¹⁶ enfatiza que a Constituição de 1988 respalda a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. E mais, entende que, enquanto o legislador não editar a lei referida, os efeitos da norma constitucional poderão ser imediatamente exigidos, cabendo ao Judiciário a atribuição de fazer valer sua eficácia. Sustenta a “[...] desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares.”, destacando que

Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna. Não se trata apenas de uma fórmula para “domesticar” ou “domar” o Leviatã. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora. (grifos nossos)

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 118.

¹⁵ ALARCON, Pietro de Jesus Lora. O mandado de injunção: na trilha da efetividade. In FACHIN, Zulmar (coord.), *20 anos de constituição cidadã*. Editora Método, 2008, p. 223.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 89 e seguintes.

Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, mais ainda, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si.

No mesmo sentido, esclarece Daniel Sarmento¹⁷ que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares surgiu na Alemanha, no início da década de 50 por Hans Carl Nipperdey, ao explicar que

[...] embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.

Ressalta que nossa Carta de 1988 prevê a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por considerar que

[...] só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isso não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade profundamente assimétrica e excludente [...]. - como ocorre nas relações trabalhistas.

Assim também tem caminhado a jurisprudência, cabendo destacar dois exemplos importantes:

(i) RE 161.243/DF - Relator Min. Carlos Mário Velloso, assim ementado:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA. ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA. APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º; CF, 1988, ART. 5º, *CAPUT*. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*.

II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 204, 240.

(ii) RE 201.819/RJ - Voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ao consignar expressamente que as

[...] violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Fazendo remissão ao pensamento de Hesse, enfatiza que

[...] a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social.

Dessa forma rechaça a aplicação da *state action* em nosso país, teoria que restringe a aplicação dos direitos fundamentais apenas em face do Estado, de larga aplicação nos Estados Unidos, embora venha sendo minorada atualmente pela *public function theory*, ao imputar tais limitações também aos particulares, mas apenas quando executam atividades de natureza tipicamente estatal.

Nesse mesmo julgamento o relator foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, ao ressaltar que

É por essa razão que a autonomia privada - que encontra claras limitações de ordem jurídica - não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Ademais, é importante registrar que, ao analisar a expressão “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”, explica José Afonso da Silva que, a respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores, o legislador ordinário está condicionado ao fim ali proposto - melhoria da condição social do trabalhador. “Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha esse fim é inválida e pode ser declarada a sua inconstitucionalidade pelo juiz.”¹⁸

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editoras, 2008.

5 DA DESPEDIDA ARBITRÁRIA

O direito trabalhista já vem acolhendo os fundamentos dessa teoria nos casos de despedida individual arbitrária, assim considerada aquela que, embora formalmente definida “sem justa causa”, na verdade ocorre mediante a prática de uma conduta discriminatória, como a verificada em relação aos portadores de HIV por exemplo, levando à decretação de reintegração mesmo inexistindo lei infraconstitucional que assim estabeleça. Entende-se que o inciso I do artigo 7º da CF/88 confere o suporte jurídico necessário para resolver a questão, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais não é exigível apenas em face do Estado, mas também entre as partes de uma relação de trabalho, notadamente porque nossa Lei Maior veda qualquer discriminação e imputa à empresa o encargo de atender à função social que lhe cabe (artigos 1º, 3º e 5º, XXIII, da CF/88).

E quanto aos dissídios que tratam de dispensas coletivas?

De um lado a autonomia privada da empresa gere economicamente seu negócio, de outro uma massa de trabalhadores que, de repente, vê suprimida sua fonte de sustento.

Ao disciplinar a matéria, estabeleceu o artigo 7º e seu inciso I da CF/88 que:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Dadas tais premissas, como sustentar a eficácia dos direitos fundamentais quando se trata de despedida individual arbitrária e negar tal aplicação nos casos de despedida coletiva, cujos efeitos podem violar direitos fundamentais de um número considerável de pessoas e produzir resultados muito mais lesivos para a ordem pública, comprometendo de forma contundente a função social da empresa?

E mais, como submeter a eficácia de direitos garantidos como fundamentais pela Constituição única e exclusivamente à discricionariedade legislativa?

A vedação da dispensa coletiva arbitrária visa evitar que o pretense exercício de um direito, pelo empregador, seja na verdade um subterfúgio para maquiagem conduta patronal lesiva, geralmente direcionada contra trabalhadores que estão em situação mais vulnerável, pois têm mais idade e tempo de serviço, chefes de família que, via de regra, são os que recebem salários mais elevados. A dispensa em massa visa substituí-los por trabalhadores mais jovens que, além de dominar melhor as novas tecnologias, aceitam receber salários menores porque têm menos encargos familiares.

Não se pode deixar de reconhecer que a empresa tem interesse legítimo de preservar sua viabilidade econômica e operacional, para garantir seus espaços de competitividade. Entretanto, a proteção desse interesse não pode ser entendida como um direito absoluto, nem pode desconsiderar que, por outro lado, o empregado é detentor de um direito fundamental ao trabalho, que é sua fonte de subsistência.

Ora, o fato de ser coletiva não afasta a vedação imposta pelo preceito constitucional contra a dispensa arbitrária. Pelo contrário, vem torná-la ainda mais imperiosa em face da amplitude da lesão, que não só provoca gravame aos demitidos, mas irradia seus efeitos também para a vida econômica e social da comunidade em que estão inseridos.

É por isso que nas rescisões coletivas a negociação com o sindicato da categoria se revela imprescindível ante o constante do artigo 8º da Lei Maior, integrando o que o ordenamento constitucional instituiu como *iter* procedimental do devido processo demissional, mediante o qual o empregador tem a oportunidade de explicitar os motivos justificadores que possam afastar a conotação de dispensa arbitrária, e os trabalhadores, a chance de participar da fixação dos critérios que minimizem os efeitos traumáticos da medida, de modo que a inexistência de lei complementar não impede que seja juridicamente exigível, pois se trata de direito fundado na Constituição, que visa impedir a conduta patronal discriminatória.

Tal se dá porque a manutenção da relação de emprego interessa à própria lógica do ordenamento jurídico/político, pois tem o escopo de proteger os meios que possibilitem a subsistência digna do cidadão, sendo que, no caso de dispensa coletiva, a lesão ultrapassa os limites de um contrato, espalhando seus efeitos para toda sociedade e atraindo a aplicação do disposto no inciso XXIII do artigo 5º da CF/88, ao determinar que a propriedade deve atender à sua função social. Trata-se de garantir a funcionalidade do sistema jurídico, que foi edificado em vasos comunicantes e não em compartimentos estanques, assim preservando a unidade da Constituição.

O direito de propriedade não foi instituído, nem pode ser considerado absoluto, porque a própria Constituição estabeleceu expressamente que só estaria justificado na medida em que estivesse atendida sua função social, assim balizando o exercício dos direitos particulares pelos interesses difusos da sociedade em ver prestigiado o trabalho como valor fundante da República brasileira, escopo que não prescinde da preservação do direito ao emprego daqueles que ajudam a construir a sustentabilidade econômica do empreendimento, a fim de evitar o esvaziamento de sentido de nossas instituições e a intensificação das relações de dominação entre as partes de um contrato de trabalho.

A exigência de negociação prévia nos casos de dispensa coletiva abre caminhos para a coexistência do direito ao trabalho com o exercício da livre iniciativa, colocando-os frente a frente para que ocorra a necessária ponderação.

Ao frustrar a negociação coletiva e a oportunidade de estabelecer critérios em conjunto com o sindicato, representante da categoria dos trabalhadores, o empregador viola preceito constitucional, pretendendo fazer valer exclusivamente seus objetivos particulares e econômicos, em prejuízo da função social que lhe cabe desempenhar.

É claro que nesse microcosmo existe uma constante correlação de forças, disputando espaços de poder. Entretanto, há limites que não podem ser ultrapassados, notadamente o respeito aos direitos fundamentais, de modo que as reais razões que motivam as dispensas coletivas devem ser claramente especificadas numa mesa de negociação, a fim de que possam ser barradas todas as tentativas de travestir como legítima uma conduta arbitrária, pois é preciso impedir que a barbárie se reinstale nas relações de trabalho.

6 DO NON LIQUET

Ao inserir tal preceito na Constituição, o sistema lhe confere eficácia imediata, passível de ser juridicamente exigível, mesmo ante a inexistência de norma infraconstitucional, pois “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”, assim afastando a possibilidade do *non liquet*, diretriz devidamente observada pelo artigo 8º da CLT ao estabelecer que,

[...] na falta de disposições legais, ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Nesse contexto, a dispensa coletiva se apresenta como matéria de inequívoco interesse público, em face dos efeitos econômicos e sociais que provoca na distribuição de renda do grupo social que sofre os seus efeitos, além de tratar de direitos fundamentais que garantem ao cidadão o acesso aos meios dignos e lícitos de subsistência, assim interferindo nos valores que pautam a vida em sociedade.

É por isso que o sistema jurídico não permite que o Judiciário deixe de decidir, mesmo ante a inexistência da lei complementar referida, por considerar que tal não configura omissão impeditiva da tutela jurisdicional, já que a norma posta no inciso I do artigo 7º da CF/88 é suficiente para garantir a necessária proteção.

7 DO MARCO CIVILIZATÓRIO

Ao discorrer sobre o tema, Jane Reis Gonçalves Pereira¹⁹ explica que “[...] todo o debate relativo à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é permeado por algumas noções-chave [...]”, entre as quais destaca que quanto mais intenso o poder da organização privada maior peso terá o direito fundamental que porventura venha a ser violado por suas ações, além de chamar atenção para a necessidade de “[...] preservar a pluralidade no âmbito social. A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais [...]”. Finaliza, ponderando que tal discussão é apenas “[...] um reflexo, no plano jurídico, de problemas mais amplos tais como as fronteiras do poder do Estado, a capacidade emancipatória do direito e, correlatamente, os limites e possibilidades da constituição como instrumento de transformação social”.

¹⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 187 e seguintes.

A escalada de coisificação do ser humano, que ressurgiu de forma violenta neste início do século XXI, torna o Direito cada vez mais necessário como instrumento de resistência, destinado a garantir espaços para preservar a condição de pessoa do trabalhador.

A precarização da condição humana vem se intensificando rapidamente. Apesar de todo avanço tecnológico, as relações humanas e sociais estão dando cada vez mais sinais inequívocos de volta à barbárie, o que avulta a importância do Direito para garantir os marcos civilizatórios até aqui conquistados.

Como destaca Oswaldo Giacóia Junior²⁰, “[...] civilização significa a passagem da barbárie à ordenação regular de uma *práxis* humana, isto é, a constituição de um esquema praxeológico a que se dá o nome de *ethos* [...]”. Henrique Cláudio de Lima Vaz²¹ ressalta que o aparecimento e o desenvolvimento da ideia de sociedade caminha

[...] em estreita inter-relação com a formação da ciência do *ethos*. A matriz conceptual é representada aqui pela ideia de lei (*nomos*) que deve permitir o estabelecimento de uma proporção ou correspondência (analogia) entre a lei ou medida (*métron*) interior, que rege a *práxis* do indivíduo e a lei da cidade, que é propriamente *nómos*, e deve assegurar a participação equitativa (*uenomia*) dos indivíduos no bem que é comum a todos e que é, primeiramente, o próprio viver-em-comum [...].

Ora, o padrão normativo tem o escopo de garantir a vida em sociedade, atuando de forma propositiva para evitar o risco de retrocesso. Por isso, ao analisar a questão sob a perspectiva jurídica, Virgílio Afonso da Silva²² ressalta ser inadmissível a assertiva de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pois

[...] pode-se imaginar que nada resta aos operadores do direito, sobretudo aos juízes, senão esperar por uma ação dos poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios [...].

Conclui que nenhuma dessas posições é sustentável, defendendo como postura mais adequada

[...] aquela que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais [...] a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade [...].

²⁰ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Antigos e novos bárbaros. In *Nietzsche e Deleuze - bárbaros civilizados*. Organização de Daniel Lins e Peter Pál Pelbart, São Paulo: Editora Annablume, 2004.

²¹ VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Ética e direito*. Landy Editora, Edições Loyola, organização e introdução Cláudia Toledo e Luiz Moreira, p. 205.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições, eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 256.

Todavia, não se pode desconsiderar que a relação do particular com o Estado tem natureza diversa da existente entre particulares, mesmo em se tratando de direitos fundamentais. Assim, como explica Daniel Sarmiento²³, não

[...] seria aceitável sujeitar o cidadão ao mesmo regime vigente para o Estado, na qualidade de sujeito passivo dos direitos fundamentais, diante da liberdade constitucional desfrutada pelo primeiro, que se apresenta como corolário inafastável de sua dignidade como pessoa humana, em oposição ao caráter intrinsecamente limitado do segundo.

No mesmo sentido pondera Virgílio Afonso da Silva que o complicador dessa controvérsia reside na constatação de que “[...] é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque, no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são [...]”, o que naturalmente vai resultar numa intensificação da complexidade nas controvérsias suscitadas.

Para dirimi-las, Virgílio²⁴ defende a “[...] exigência de fundamentação constitucional [...]”, rejeitando as “[...] teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade, ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais [...]” em que “[...] a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção [...]” indevidamente liberando o “[...] aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo [...]”, o que não pode ser sustentado ante o constante do inciso X do artigo 93 da nossa Constituição.

Nesse passo, a fixação dos limites deve encontrar supedâneo no próprio Texto Constitucional, a fim de “[...] criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo e do Judiciário, a partir de um modelo que impõe, a todo momento, exigências de fundamentação [...]”, o que está em consonância “[...] com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a restrição aos seus direitos mais fundamentais de forma acobertada [...]”.

No caso do Direito do Trabalho, o artigo 8º da CLT fixa esse balizamento, de modo que a aferição quanto à ocorrência, ou não, de dispensa coletiva arbitrária deve ser feita caso a caso, com observância não só dos princípios gerais de direito, mas também da equidade, dos usos e costumes imperantes na comunidade local, constituindo-se num trabalho de prudência, de jurisprudência, de sorte que o fato de inexistir lei infraconstitucional disciplinando a questão não impede que a solução seja dada com base na norma constitucional.

Com isso, o Direito exerce sua função promocional, pois não só fornece soluções para um conflito que já está instalado, como também passa a pautar o futuro, como sinalizador de condutas e comportamentos.

²³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. XXVII.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 253 a 256.

8 DA CONSTITUIÇÃO - FUNDAMENTO

O exame da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas implica analisar como é valorada a Constituição Federal no ordenamento, e como se dá sua inter-relação com os demais marcos normativos postos pelo sistema. Pondera Virgílio²⁵ que “[...] quanto mais onipresente for a Constituição, menor será a área reservada ao legislador [...]” e mais assertiva a atuação do juiz. Destaca que, a despeito de ter poucos adeptos em outros países, a concepção de constituição-fundamento “[...] tem grande força no Brasil.” e considera os princípios constitucionais como mandamentos de otimização que “[...] devem ser realizados na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes [...]”. Defende a compatibilidade entre a teoria dos princípios e a Constituição como moldura, pois se trata de um modelo dinâmico e flexível, que deixa espaços abertos e considera que, quanto maior “[...] o número de variáveis - e de direitos - envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério de otimização”.

Logo, a questão referente à garantia de emprego pode ser analisada e equacionada de diferentes maneiras, dependendo das variáveis e especificidades que envolvem um determinado caso concreto, já que o próprio sistema constitucional normativo manteve “espaços abertos” para essa atuação. Daí a necessidade de valorizar a atuação direta dos corpos intermediários como atores de uma negociação coletiva para tratar da matéria, resguardando sempre a possibilidade de um provimento jurisdicional, caso persista o impasse, pois, independentemente da existência de qualquer lei infraconstitucional, já há norma erigida pela própria Constituição para resolver o conflito sob a perspectiva do direito fundamental por ela estabelecido, passível de ser juridicamente pleiteado junto aos Tribunais trabalhistas.

Ao rechaçar o argumento de que tal configuraria ativismo judicial, como apregoa certa corrente doutrinária, Daniel Sarmiento²⁶ ressalta que a

[...] jurisdição constitucional, na prática, vem se revelando quase sempre uma aliada e não uma adversária da democracia. Assim, quando o próprio constituinte, numa clara e inequívoca escolha, opta por se imiscuir na esfera das relações privadas, como aconteceu no caso brasileiro, não existe qualquer razão que justifique excluir a jurisdição constitucional deste campo. Não divisamos nenhuma razão para que se reconheça plena eficácia a certas normas constitucionais quando, no caso concreto, seus comandos dirigirem-se ao Estado, negando-se iguais efetivos às mesmas normas quando voltadas à resolução de litígios privados.

Nessa toada, refuta também a alegação de insegurança jurídica, salientando que, no paradigma pós-positivista contemporâneo, revelou-se “[...] extremamente frequente o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais [...]”, em cumprimento ao comando constitucional que “[...] exige o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada [...]”.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 111, 147 e seguintes.

²⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 242 e seguintes.

No mesmo sentido alertou Guilherme Guimarães Feliciano²⁷ que não se trata de viés ideológico ou ativismo de qualquer ordem, pois “[...] não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do Texto Constitucional” [...].

A questão da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares surge de forma contundente no Direito do Trabalho, pois é em nossa seara que se dá o imbricamento explícito entre a justiça comutativa e a justiça distributiva. A dispensa coletiva é matéria que ultrapassa os estritos limites da contratualidade, espalhando seus efeitos por toda a sociedade local, de modo que a questão não pode ser tratada apenas sob o paradigma posto pela justiça comutativa. Nesse contexto a aferição quanto à ocorrência, ou não, de sua conformação arbitrária deve considerar também a perspectiva da justiça distributiva, pois a Constituição Federal de 1988 assim exigiu ao estabelecer a função social como requisito imprescindível para justificar a atuação empresarial, contrapondo o Direito do Trabalho à livre iniciativa.

A atuação incisiva do Poder Judiciário trabalhista, para fazer valer tais preceitos, explicita um movimento de aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* e contribui para a edificação de um ordenamento próprio, mais consonante com as especificidades de nossa cultura brasileira, restaurando a importância da justiça distributiva para o mundo do direito trabalhista. Como bem ressalta José Reinaldo de Lima Lopes²⁸, perdida

[...] que estava a ideia mesma de uma justiça das distribuições racionalizada, não foi longo o caminho da equiparação pura e simples do interesse público com os interesses do Estado como pessoa individual (*persona ficta*) ou com a vontade da maioria. Assim, abriu-se a porta, outra vez, para deixar escapar dos juristas as ideias mínimas sobre a distribuição [...] no entanto, os temas da distribuição estão de volta, inclusive pela mão do próprio direito constitucional.

9 CONCLUSÃO

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho impõe a construção de um novo marco paradigmático, centrado na constitucionalização. A vedação das dispensas arbitrárias, tanto individuais quanto coletivas, está prevista no inciso I do artigo 7º da CF/88, que detém eficácia plena mesmo quando inexistente norma infraconstitucional, de modo que a exigência de observância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é plenamente sustentável pelo ordenamento brasileiro, que em nenhum momento restringiu sua aplicação apenas em face do Estado. No caso das dispensas coletivas a negociação com o sindicato da categoria se revela imprescindível ante o constante do artigo 8º da Lei Maior, integrando o *iter* que o ordenamento constitucional instituiu como o devido processo demissional, procedimento mediante o qual o empregador tem a

²⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo Judicial- para bom entendedor”. *Jornal Folha de São Paulo*, página A 3, 25 de maio de 2009.

²⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, Edesp, 2004, p. 199 e seguintes.

oportunidade de explicitar os motivos justificadores e aptos a afastar a conotação de arbitrária e os trabalhadores a chance de participar da fixação de critérios que possam minimizar os efeitos traumáticos da medida. Quando isso não ocorre, em face das peculiaridades de uma relação em que há assimetria de poder entre as partes envolvidas, o deslinde da controvérsia se faz pela ponderação dos direitos fundamentais em conflito, cabendo ao Poder Judiciário dirimir a questão, pois nosso sistema rejeita o *non liquet*.

Para tanto deverá valer-se dos critérios estabelecidos no artigo 8º da CLT, impedindo que os interesses meramente econômicos e particulares prevaleçam, a fim de preservar os marcos civilizatórios que devem reger uma relação de trabalho, resgatando o compromisso que o Direito do Trabalho tem, desde a sua gênese, com a articulação entre a justiça distributiva e a justiça comutativa.

10 REFERÊNCIAS

- ALARCON, Pietro de Jesus Lora. O mandado de injunção: na trilha da efetividade. *In* FACHIN, Zulmar (coord.) - 20 anos de Constituição Cidadã, Editora Método, 2008.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El camino hacia la integración del derecho del trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia*. *In* *Derecho Laboral*. Tomo LI, n. 232, octubre, diciembre 2008, p. 725,746, Montevideu, Uruguai: Fundación de Cultura Universitaria, FCU.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª edição, Coimbra, Portugal: Livraria Almedina.
- DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho, fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Tradução de Yadyr A. Figueiredo, Rio de Janeiro: José Olympio Editora S/A, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed., LTr, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Antigos e novos bárbaros. *In* *Nietzsche e Deleuze bárbaros civilizados*. Organização de Daniel Lins e Peter Pál Pelbart, São Paulo: Editora Annablume, 2004.
- LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. Editora 34, São Paulo: Edesp, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. 1. ed., São Paulo: Editora Campus Jurídico, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In* *A nova interpretação constitucional ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito, os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 1. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.
- _____. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições, eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.
- URIARTE, Oscar Ermida. *La estabilidad del trabajador en la empresa - protección real o ficticia? Monografías Jurídicas*. Montevideo: 4. Acali Editorial, 1983.
- VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Ética e direito*. Landy Editora, organização e introdução: Cláudia Toledo e Luiz Moreira.

A LICENÇA-PATERNIDADE COMO DESDOBRAMENTO DA IGUALDADE DE GÊNERO. UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESPANHA

Candy Florêncio Thomé*

Palavras-chave: Igualdade de gênero. Licença-paternidade. Licença-maternidade. Direitos de conciliação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

DIREITO DE IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

MERCADO DE TRABALHO E GÊNERO

A PARIDADE ENTRE O “INSTINTO MATERNAL” E O “INSTINTO PATERNAL” E OS DIREITOS E DEVERES DE CONCILIAÇÃO

A LICENÇA-PATERNIDADE NA ESPANHA

A LICENÇA-PATERNIDADE NO BRASIL

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a questão da igualdade de gênero no mercado de trabalho e a relação dessa igualdade com a necessidade de uma ampliação da licença-paternidade no Brasil, tomando como exemplo a alteração legislativa espanhola, a fim de se possibilitar uma melhor repartição dos deveres e direitos de conciliação entre as atividades familiares e o trabalho.

Para isso, são analisados os fundamentos principais de tal discriminação nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, tais como a paridade entre o “instinto maternal” e o “instinto paternal” e os direitos e deveres de reprodução, os delineamentos dos direitos de conciliação no direito internacional e os direitos de conciliação no direito comunitário, assim como as linhas gerais da legislação que instituiu a licença-paternidade na Espanha, qual seja, a Lei n. 3/2007 para igualdade efetiva entre mulheres e homens.

DIREITO DE IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Os organismos internacionais têm se ocupado, cada vez mais, com os problemas da discriminação e, mais especificamente, da discriminação entre mulheres e homens, consagrando o princípio da não discriminação em vários tratados e convenções internacionais, exemplificando-se com a Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher (1967) da ONU e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979) da OIT.

* Juíza do Trabalho substituta, mestre e doutoranda em Direito do Trabalho pela USP.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou a igualdade entre os sexos no art. 3º, inciso IV e no art. 5º, inciso I. No âmbito específico da igualdade entre os sexos nas relações de trabalho, a Constituição brasileira, em seu art. 7º, consagra para os empregados: o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX), por meio de incentivos específicos, conforme a lei e o direito à proibição de qualquer discriminação quanto ao salário e critérios de admissão.

Mesmo com a Constituição de 1988, todavia, as desigualdades continuam. Conforme os dados apresentados na PNAD DE 2007, comparando os rendimentos por cor ou raça dentro dos grupos com igual nível de escolaridade, consegue-se perceber a persistência da discriminação de gênero, já que o rendimento médio real de todos os trabalhos da força de trabalho feminina correspondia a 66,1% da remuneração média masculina.¹

ABRAMO afirma que o combate à discriminação, no Brasil, exige uma política integrada que inclua as convenções internacionais do trabalho, a legislação nacional e seu desenvolvimento, as instituições nacionais de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento, as políticas ativas de mercado de trabalho, o papel da Justiça do Trabalho e da inspeção do trabalho, políticas de contratos e compras governamentais, bem como o papel dos sindicatos, organizações de empregadores e do diálogo social.²

A presença de mulheres e negros nos cargos mais altos das maiores empresas é pequena ainda. Segundo a terceira edição da pesquisa Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e Suas Ações Afirmativas, desenvolvida pelo IBOPE Inteligência em parceria com o Instituto ETHOS, a participação de negros e mulheres nos cargos mais altos não cresceu mais que um ponto percentual. Conforme os dados de 2005, os negros avançaram 0,1 ponto percentual, ao passo que as mulheres somente 0,9 ponto percentual.

De acordo com o estudo, mesmo no pé da pirâmide hierárquica, a igualdade de raças e gêneros ainda está longe de ser alcançada, e mantém-se relativamente estancada desde 2003. Ainda que o número de negros tenha subido 3,0 pontos percentuais de 2003 a 2005, diminuiu novamente, em 2007, 1,3 ponto percentual. No tocante às mulheres, a melhora foi apenas no sentido de recuperar a marca que possuíam em 2003, avançando 2,4 pontos percentuais, sendo que o preconceito ainda é muito forte: a pesquisa aponta que, para 39% dos presidentes, a proporção de uma mulher em cada grupo de dez diretores está adequada.

¹ BRASIL. *Pesquisa nacional de amostra de domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

² Para Abramo (2008),

[...] é impossível reduzir significativamente o deficit de Trabalho Decente se não forem eliminadas as barreiras que impedem que grande parte da população dos países tenha acesso a oportunidades iguais de emprego devido ao seu sexo, à cor da sua pele, à sua idade, à sua origem nacional ou crença religiosa, à sua orientação sexual, ao fato de ser ou não uma pessoa com deficiência ou vivendo com HIV/AIDS.

A proteção do mercado de trabalho da mulher é prevista na Constituição Federal brasileira de 1988, mas não foi estabelecida nenhuma norma para regulamentar esse direito. As empresas tampouco fizeram mudanças voluntárias nesse sentido. Conforme a investigação realizada pelo grupo ETHOS, Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas, apenas 7% das empresas adotaram ações afirmativas para pessoas pertencentes a grupos discriminados.³

Essa discriminação vertical tem reflexo direto na remuneração. Conforme estatística do DIEESE, a média de diferença salarial entre homens e mulheres em seis das principais regiões metropolitanas no Brasil, em maio de 2008, é de 19,62%, em Belo Horizonte, de 10,86% no Distrito Federal, de 14,8%, em Porto Alegre, de 9,8%, em Recife, de 10,93%, em Salvador e de 16,31%, em São Paulo.

Ainda que a taxa de mulheres na população economicamente ativa tenha aumentado, a crescente taxa de desemprego demonstra outra desigualdade em razão de sexo, ou seja, o aumento muito maior da taxa de desemprego entre as mulheres que entre os homens. Assim, por exemplo, em São Paulo, a taxa de mulheres na população economicamente ativa aumentou de 43,09% para 47,09%, a porcentagem de desemprego das mulheres, no mesmo período, aumentou de 49,90% para 57,32% e, em Salvador, a taxa de desemprego feminino aumentou de 51% para 59,2%, em Recife, de 50,48% para 54,17%, em Belo Horizonte, de 50,99% para 61,47%, no Distrito Federal, de 53,03% para 58,66%, em Porto Alegre, de 50,19% para 58,72%. Segundo dados do IBGE (2008), em 1998, 53% dos desempregados eram mulheres, em 2003, essa porcentagem aumentou para 54,1%.

Mesmo nas profissões consideradas tipicamente femininas pela sociedade, a ascensão a postos mais altos é vedada ou, ao menos, dificultada às mulheres. Dois exemplos clássicos são claros: o ato de coser e de cozinhar. Esses dois tipos de trabalho são considerados tipicamente femininos e, efetivamente, quando o número de trabalhadores no setor de costura e de cozinha é analisado, verifica-se que a maioria de seus trabalhadores são mulheres. Esses dados somente são constatados, no entanto, quando os trabalhos de costura e cozinha são considerados mais simples, menos qualificados e com menores salários. Na medida em que tais funções são consideradas como mais qualificadas e com maiores salários, tal proporção inverte-se: há muito mais *chefs* de cozinha homens que mulheres, assim como há muito mais estilistas de alta costura homens que mulheres.

Isso demonstra que o ato de cozinhar e de coser somente são atribuídos às mulheres como locais “naturais” de trabalho quando não geram *status*, dinheiro e poder. A partir desse ponto, é considerado como um trabalho tipicamente masculino. Em verdade, as dificuldades que as mulheres encontram para ascender na carreira, também nas socialmente consideradas “carreiras femininas”, são a máxima expressão das relações de poder entre os gêneros, já que, para ser reconhecidas em seu trabalho, as mulheres, normalmente, devem ser mais qualificadas que os homens que ocupam a mesma profissão.⁴

³ CANTELLI, 2007, p. 181.

⁴ OLIVEIRA, 1999, p. 97.

Esses dados demonstram, claramente, que os papéis tradicionais estereotipados dos homens e mulheres ainda são muito fortes, como a responsabilização considerada “natural” das mulheres pelos filhos e a divisão sexual do trabalho. Dessa forma, alguns preconceitos continuam sendo perpetuados.

A PARIDADE ENTRE O “INSTINTO MATERNAI” E O “INSTINTO PATERNAI” E OS DIREITOS E DEVERES DE CONCILIAÇÃO

No âmbito das relações de emprego, um dos principais motivos da desigualdade entre homens e mulheres é o fato de que são elas, geralmente, quem ficam incumbidas das tarefas domésticas e da atenção e cuidado com as crianças. O problema da conciliação entre a vida familiar e a vida profissional sempre foi determinante no estabelecimento da igualdade efetiva entre homens e mulheres, uma vez que as diferenças em razão de gênero são o reflexo da diferenciação dos papéis no seio da família.⁵ Na medida em que somente as mulheres costumam carregar a carga da reprodução, as empresas multiplicam as relações de opressão, atribuindo às mulheres o argumento de que são mais “caras e arriscadas” porque podem ficar grávidas.

Segundo os dados do EPA (*Encuesta de Población Activa*), por exemplo, na Espanha, observa-se que 58,5% dos homens inativos, em 2000, estavam aposentados ou prestes a se aposentar, e desses homens inativos apenas 1% cuidava dos trabalhos domésticos, ao passo que, entre as mulheres inativas no mesmo período, apenas 12,7% estavam aposentadas ou prestes a se aposentar e 50,7% das mulheres inativas em 2000 cuidavam dos trabalhos domésticos.

Em 2007, essas porcentagens aumentaram, mas de uma maneira muito sutil. Assim, 61% dos homens inativos estavam aposentados ou prestes a se aposentar frente a 17,1% das mulheres e 4,6% dos homens inativos cuidavam dos trabalhos domésticos em contraposição a uma porcentagem de 47,2% das mulheres inativas. Esses dados demonstram que, ainda hoje, as mulheres continuam sendo as responsáveis pelas responsabilidades familiares e as tarefas domésticas na Espanha.

Por essas razões, as empresas tendem a fazer uma discriminação chamada estatística, ou seja, passam a ter a preferência por eleger um homem ao invés de uma mulher para determinado posto, porque as mulheres, em seu conjunto, têm mais possibilidades de extinguir seu contrato de trabalho por causa da maternidade e para atender a outras responsabilidades familiares.⁶

Ainda hoje, são as mulheres, na maioria das vezes, as que assumem as responsabilidades familiares. No último trimestre de 2007, segundo os dados do EPA, de uma quantidade total de 3.443,6 pessoas que não procuram emprego por razões familiares na Espanha, 96,5% eram mulheres, número quase absoluto, portanto.

O impacto da responsabilização quase única das mulheres com o cuidado com a casa e com os filhos fica nítido quando se analisa a relação número de filhos

⁵ IZQUIERDO, 2007, p. 69.

⁶ DUBIN, 2007, p. 51.

e taxa de ocupação na Espanha: em 2006, a porcentagem de homens ocupados permanecia estável, não importando a quantidade de filhos que esses tivessem, já, no tocante à porcentagem de mulheres ocupadas, a taxa de ocupação caía dez pontos percentuais a cada filho que essas tivessem (dados do EPA - *Encuesta de Población Activa*). Esses dados demonstram que a taxa de ocupação da mulher diminui a cada filho que ela tem, ao passo que a taxa de ocupação masculina mantém-se estável, não importando o número de filhos que o homem tenha.

A razão pela qual as mulheres têm que se responsabilizar por seus filhos, pelas pessoas dependentes da família e pela vida familiar é que a sociedade, ainda, preconcebe a ideia de que a mulher deve ter filhos e a ideia corrente é de que o maior sonho de uma mulher é ser mãe e que uma mulher sem filhos é um ser incompleto.⁷ Além de ter filhos, a mulher é pressionada, também, a cuidar de seus filhos e de seu marido, incumbindo a ela, ainda, a maior parte dos serviços domésticos, assim como a educação infantil.

O fundamento da maioria das pessoas que consideram que corresponde à mulher assumir a maior parte das obrigações - e direitos - da criação de filhos e da manutenção da família é que ela teria um instinto maternal nato e uma predisposição natural, isto é, biológica, para sua adaptação no espaço privado, ao passo que o homem é considerado como mais próximo ao espaço público.

Essa crença, contudo, dificilmente, mantém-se, máxime se se analisa o modo de criação de filhos em diversas sociedades até o século XVIII. Segundo Dubin (2007, p. 48)⁸, a divisão entre o sistema produtivo apenas para os homens e o sistema reprodutivo apenas para as mulheres começou com a Revolução Industrial e foi a fonte do problema do acesso ao trabalho das mulheres.⁹

O chamado instinto maternal está longe de ser instinto, aproximando-se, muito mais, de um dado cultural e pouco ou nada difere do instinto paternal. Biologicamente, depois da gravidez e amamentação, tanto o pai como a mãe têm

⁷ Segundo Badinter (2005, p. 19),

[...] obcecado com a acusação do sexo masculino e com a problemática da identidade, o feminismo destes últimos anos tem deixado de lado as lutas que constituíram sua razão de ser. A liberdade sexual vai dando lugar ao ideal de uma sexualidade domesticada, enquanto vemos ressurgir o mito do instinto maternal, sem que ninguém se interroge a esse respeito.

⁸ Segundo o autor: "*Nunca antes en el Historia hubo una separación de las esferas sociales y económicas tan radical, con la consiguiente idealización de la mujer como sujeto no apto para el trabajo.*"

⁹ Afirma Oliveira (1999, p. 59) que as mulheres exercem dupla jornada desde a Idade Média e que

[...] as atividades domésticas eram divididas segundo o *status* civil das mulheres, as solteiras lavavam e teciam, as mães cuidavam das crianças pequenas, as de meia-idade se ocupavam dos adolescentes e da cozinha. Uma clara divisão de classes sociais se estabelecia entre as próprias mulheres, no que diz respeito às atividades: eram as mulheres dos servos e dos camponeses as que mais trabalhavam; além de dividir as tarefas de agriculturas com seus maridos, também realizavam as tarefas domésticas.

as mesmas condições para educar e criar os filhos, observando-se, ainda, que mesmo o aleitamento pode ser realizado pelo pai, com leite materno ou de animal.

Tais fatos demonstram que o “instinto maternal” é um elemento cultural e não biológico e que, tal como o “instinto paternal”, nem mais nem menos, deve ser promovido e protegido. Afirmar Badinter (2005, p. 163) que, mesmo entre as pessoas que acreditam em um instinto materno natural, muitas afirmam que não apenas as mães são capazes de senti-lo, mas também os pais e terceiros e, por isso, a autora francesa questiona o porquê de não falar simplesmente de amor, já que a premissa é de que o instinto materno é contingente e progressivo.

Ademais, conforme a autora francesa (2005, p. 157), quando se identifica a mulher estritamente com sua capacidade materna, ela fica definida pelo que ela é e não pelo que escolhe ser e que essa definição não é feita para o homem, que sempre é definido pelo que escolhe ser e não pelo que é. Para a sociedade, se a maternidade é um destino, a paternidade é apenas uma eleição. Segundo a autora (2005, p. 53), não existe uma única masculinidade, mas múltiplas, tampouco existe uma feminilidade, mas muitas, e, entre a masculinidade e a feminilidade, não há uma diferença tão grande quanto é preconizada, normalmente.¹⁰

Assim, ao homem deve ser dado tanto a obrigação como o direito de participar de forma mais ativa do cuidado de seus filhos. Sem os direitos de conciliação entre a vida laboral e a vida familiar, as mulheres têm menos possibilidades de atuar e participar da vida sindical, gerando diferenças salariais e de condições de trabalho, geralmente nas ocupações “consideradas femininas”, porque, conforme Dubin (2007, p. 49), isso gera uma menor afiliação nos sindicatos de setores em que há uma predominância de emprego feminino e, por isso, as remunerações nesses setores acabam sendo menores.

A mulher fica impossibilitada de atuar na vida política, de seguir sua carreira no trabalho e de efetuar outras atividades, frente à exigência de que deve cuidar, sozinha, de sua família e de sua casa, ficando, portanto, excluída das decisões de vários aspectos da vida privada e pública.

Os sindicatos vêm permitindo uma maior participação das mulheres nos últimos anos, sendo que, depois desse aumento, o sindicalismo ficou mais próximo do feminismo. Um exemplo disso é que, em 2006, a CIOSL associou-se à Associação das Mulheres Trabalhadoras por Conta Própria (SEWA). No início do movimento sindical, todavia, a presença de mulheres trabalhadores nas empresas era vista, pelos sindicatos, como uma ameaça aos postos de trabalho aos homens trabalhadores e não havia uma preocupação, por parte dos sindicatos, com a luta pela igualdade entre trabalhadores e trabalhadoras.¹¹ Já no que concerne ao homem, as pessoas costumam considerar normal que ele participe de reuniões sindicais ou de outras atividades não familiares fora de seu horário de trabalho.

¹⁰ Ainda, segundo a autora,

[...] o dualismo oposicionista segrega uma nova hierarquia dos sexos, ainda que se pretenda ficar livre dela. Opõe-se à combatida hierarquia de poder uma hierarquia moral. O sexo dominador é identificado com o mal, e o oprimido, com o bem.

¹¹ OLIVEIRA, 1999, p. 60. No mesmo sentido, ver DUBIN, 2007, p. 47.

Um dos elementos muito importantes para a existência da igualdade de gênero é a questão da igualdade salarial, juntamente com o problema da discriminação vertical, porque é uma das argumentações e razões para que o casal decida que seja a mulher a deixar seu emprego ou seu trabalho e não o homem é que, na maioria das ocasiões, este último ganha mais que ela.¹²

Conforme o posicionamento de Izquierdo (2007, p. 70), é certo que não cabe aos poderes públicos a determinação da divisão das tarefas familiares ou a imposição de escolha dos modos de convivência familiar, mas não menos certo é que o Estado deve garantir que as pessoas tenham, efetivamente, possibilidades de adoção de um modo familiar igualitário.

Diante dessas desigualdades, o combate à discriminação exige uma política integrada que inclua as convenções internacionais do trabalho, a legislação nacional e seu desenvolvimento, as instituições nacionais de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento, as políticas ativas de mercado de trabalho, o papel da Justiça do Trabalho e da inspeção do trabalho, políticas de contratos e compras governamentais, bem como o papel dos sindicatos, organizações de empregadores e do diálogo social.

Fica claro, portanto, que, para o alcance da igualdade efetiva entre mulheres e homens, é necessário que as obrigações familiares sejam compartilhadas e que se lute contra a ideia de que a mulher é a principal ou, na maioria das vezes, a única responsável pelas tarefas domésticas, bem como cuidado com os filhos e familiares dependentes.

A LICENÇA-PATERNIDADE NA ESPANHA

Diante da necessidade de estabelecimento de políticas públicas de combate à desigualdade de gênero integradas e transversais, o ordenamento jurídico comunitário europeu e o ordenamento jurídico espanhol vêm elaborando normas que garantam e regulamentem o direito à conciliação da vida familiar e laboral aos trabalhadores.

Observando a transposição das Diretivas da União Europeia 2002/73/CE e 76/207/CEE, a Espanha promulgou a Lei n. 3/2007, Lei Orgânica para a Igualdade Efetiva entre Mulheres e Homens. Essa lei está dividida em nove títulos e contém setenta e oito artigos, trinta e uma disposições adicionais, onze disposições transitórias, uma disposição derogatória e oito disposições finais. Por sua amplitude, tem a vocação de erigir-se a uma lei-código de igualdade de gênero. Para Palomeque López (2008, p. 7/8), a lei articulou uma tripla operação jurídica: o estabelecimento de instrumentos técnicos gerais ao serviço das políticas públicas de igualdade, a atribuição de direitos e deveres aos sujeitos incluídos dentro de seu âmbito de aplicação e a adoção de medidas destinadas a eliminar e corrigir toda forma de discriminação por razão de sexo.

Uma das mais importantes medidas de conciliação entre a vida familiar e a vida laboral presente nessa lei é a licença-paternidade, já que ela possibilita um melhor compartilhamento das atividades da vida familiar e social e das atividades profissionais entre o homem e a mulher.

¹² Nesse sentido, cf. BADINTER, 2005, p.149.

Até o advento da Lei de igualdade entre homens e mulheres, de 2007, não havia uma licença-paternidade na Espanha, existindo apenas a opção de que os pais desfrutassem de uma parte da licença-maternidade. Poucos, efetivamente, solicitavam esse direito, uma vez que a própria sociedade ainda não está preparada para esse equilíbrio e continua repetindo padrões culturais tradicionais.¹³ Somado a esse motivo, deve-se levar em conta de que há uma maior opção por deixar seu trabalho aquele que ganha menos no casal, restando clara a estreita ligação entre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres e a igualdade efetiva nos direitos de conciliação.

Com a Lei n. 3/2007, art. 48 *bis*, é criada a licença-paternidade nos mesmos termos da licença-maternidade, ainda que com menor tempo de duração: treze dias, ampliáveis nos casos de parto, adoção ou acolhimento múltiplos em dois dias a mais para cada filho a partir do segundo¹⁴, sendo que a disposição transitória nona assinala que, em seis anos, essa licença terá uma duração de quatro semanas. Como essa licença não substitui a licença por nascimento de filho do art. 37.3, b, do Estatuto dos Trabalhadores, o pai tem direito a desfrutar, no total, quinze dias de descanso.

É importante observar que, desde o reconhecimento do direito a uma licença-paternidade, pela Lei n. 3/2007, já foi concedido um total de 173.161 licenças-paternidade e, no período de janeiro até junho 2008, 139.483 licenças-paternidade foram concedidas. Essa mudança foi muito positiva porque, efetivamente, possibilita e fomenta o compartilhamento das responsabilidades familiares entre o casal e, o número de licenças-paternidade concedido até hoje, comparado com o número de licenças-maternidade concedido ao pai gera a questão de se os pais desfrutaram da licença-paternidade porque é um direito reconhecido a eles ou porque, com o desfrute, por eles, da licença-maternidade, a mãe deixa de desfrutar desses dias.

Esse benefício pode ser desfrutado em regime de jornada completa ou parcial de um mínimo de 50%, com acordo prévio entre o empregador e o empregado e não é apenas um direito do pai, mas uma obrigação de descanso¹⁵ com fundamento na previsão constitucional da proteção integral dos filhos.¹⁶ Nem o pai nem a mãe podem acumular as licenças-paternidade e maternidade. O objetivo da norma é evitar que somente a mãe desfrute desses benefícios e que o pai não ajude na vida familiar, conforme o art. 48 do Estatuto dos Trabalhadores.

¹³ Meil Landwerlin *et alii*, 2008, p. 20.

¹⁴ "Once. Se incluye un nuevo artículo 48 bis, con la siguiente redacción:

Artículo 48 bis. Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48/4."

¹⁵ PINILLA, 2007, p. 170.

¹⁶ CASTILLO, 2007, p. 534/535.

Surgem dúvidas nos casos de famílias monoparentais, acerca de ter ou não o único progenitor direito tanto à licença-maternidade como à licença-paternidade. Pinilla (2007, p. 171) considera que, nesses casos, não há fundamento para a acumulação de direitos. Já para Castillo (2007, p. 520), a lei não é clara nesse ponto, mas, em caso de acumulação de direitos, esses devem ser desfrutados em períodos sucessivos para que não se sobreponham aos períodos de seus benefícios nas prestações. Em verdade, o fundamento principal tanto da licença-maternidade como da licença-paternidade é a necessidade de fornecer cuidado e atenção ao filho e constituição da unidade de afeto e convivência.¹⁷ Dessa forma, em caso de família monoparental, a restrição a uma licença apenas fará com que a criança seja prejudicada em seu direito ao cuidado e atenção, devendo o progenitor de família monoparental ter direito aos dois benefícios de forma sucessiva.

O trabalhador que exerça esse direito poderá usufruir da licença-paternidade durante o período compreendido desde a finalização da licença por nascimento de filho, previsto na norma legal ou nas normas coletivas, ou desde a sentença judicial pela qual se constitui a adoção ou a partir da decisão administrativa ou judicial de acolhimento, até que se finalize a suspensão do contrato regulada no art. 48.4 ou imediatamente depois da finalização de dita suspensão, mas deve comunicar a seu empregador sua vontade de exercer a licença com antecedência e em quais termos a exercerá, já que pode ser em jornada completa ou a tempo parcial com uma jornada mínima.

Se o trabalhador optar por uma jornada mínima e o contrato de trabalho for extinto, a base de cálculo para a indenização será o salário da jornada completa, como nos casos de redução de jornada para cuidado de filhos ou de familiares.

O benefício da seguridade social também foi modificado e passou a ser de 100%, já que o art. 133 *decies* da Lei de Seguridade Social determina que o benefício por paternidade consistirá em um subsídio que se determinará na forma estabelecida pelo artigo 133 *quater* para o benefício por maternidade, e poderá ser denegado, anulado ou suspenso pelas mesmas causas estabelecidas para esta última, sendo que o art. 133 *quater* determina que o benefício econômico nos casos de maternidade é de 100% da base reguladora correspondente.

Como afirma Dubin (2007, p. 56), a licença-paternidade ajuda a combater a discriminação estatística e, segundo Castillo (2007, p. 498/499), é o primeiro passo para uma igualdade real na repartição de papéis sociais, tendo como bens jurídicos protegidos a ajuda à recuperação biopsicológica da mãe, quando há parto, o cuidado do filho e o desenvolvimento da relação de convivência e de afeto entre pai (ou mãe em caso de casal homossexual) e filho.

Landwerlin *et alii* (2008, p. 20) relatam que os departamentos de recursos humanos que têm uma maior sensibilidade conciliadora consideram essa medida como algo adequado que pode permitir ao pai a assimilação das responsabilidades familiares, percebendo as baixas com as licenças-paternidade com maior naturalidade, mas aqueles que não têm essa sensibilidade percebem essa licença como somente um custo a mais para empresa e a obrigação de novas contratações.

¹⁷ CASTILLO, p. 534/535.

A licença-paternidade tem uma importância prática, mas sua relevância simbólica é ainda maior, já que deixa claro que a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar não é um problema somente da mulher.¹⁸ Assim, conforme Castillo (2007, p. 536), os pais podem ser agentes da mudança dentro das organizações, uma vez que apoiem a maternidade/paternidade da mesma maneira e ganhem direito a períodos de licença mais longos que não tenham que negociar com as mães.

O preconceito com a licença-paternidade, contudo, é tão forte que alguns homens que exigem seu direito estão sendo discriminados. O sítio da *internet* O Mundo/ Yo Dona difundiu uma notícia em que um pai madrilenho comunicou a seu chefe que iria usufruir, por conta do nascimento de sua filha, os 15 dias da nova licença-paternidade, mas, quando do regresso da licença, o trabalhador, que nunca havia tido um problema sequer no trabalho, foi transferido da empresa onde trabalhava por oito anos e onde tinha horário fixo para a empresa central, onde o horário dependia das viagens. Além disso, deixaram-no apenas com o salário-base, sem as melhoras salariais que recebia até então e tiraram-lhe o auxílio-refeição para comer e dormir durante os deslocamentos. A notícia afirma, também, que seu chefe, inclusive, chegou a agredir-lhe fisicamente. Essa situação de discriminação, contudo, tende a melhorar, a partir do momento em que as pessoas se acostumem com os termos da lei e mudem os estereótipos.

As medidas de conciliação entre trabalho e família são importantes, também, diante da queda constante da taxa de natalidade, o que acaba por exigir a tomada de medidas que fomentem um aumento do número de filhos. No entanto, o tempo concedido, neste momento, é demasiado limitado para que, efetivamente, os homens comecem a ter importância e responsabilidade na vida familiar. O ideal seria que a ampliação da licença-paternidade fosse aumentada gradualmente até alcançar a licença-maternidade.

A LICENÇA-PATERNIDADE NO BRASIL

O art. 226 da Constituição Federal brasileira de 1988 determina que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º). Estabelece, também, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No Brasil, a licença-paternidade está prevista no art. 7º, inciso XIX, que prevê tal licença a ser concedida nos termos da lei. Como não houve a referida lei, prevalece o período previsto no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que é de somente cinco dias. Essa licença tem

¹⁸ Nesse sentido, cf. BADINTER, 2005, p.170.

fundamento constitucional tanto no art. 7º, inciso XIX, como no art. 227 da Constituição brasileira de 1988, já que os pais têm o dever de cuidar de seus filhos, mas deve ser concedido como um benefício previdenciário, ou seja, deve ser pago pela Previdência Social, para que não haja uma discriminação ainda maior.

Há alguns projetos em tramitação para a alteração da licença-paternidade, mas a ideia de que o pai deve assumir, de maneira plena, a responsabilidade pelo cuidado de seus filhos ainda não é comum no Brasil. O Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres I tinha como ações o encaminhamento do projeto de lei para ampliação da licença-maternidade para seis meses e avaliação e divulgação dos resultados da implementação de tal licença em instituições públicas e privadas, mas nada foi disposto sobre o aumento da licença-paternidade.

No tocante aos projetos de lei em tramitação, no Brasil, há uma proposta de emenda à Constituição (PEC 114/07), que concede estabilidade no emprego ao pai durante a gravidez de sua mulher, nos casos em que o salário do pai seja a única fonte de renda da família, o que é importante para a criança, uma vez que o Brasil não ratificou a Convenção n. 158 da OIT e não há uma estabilidade geral no emprego, mas é mais importante ampliar o período de licença-paternidade, já que, atualmente, é de apenas cinco dias.

Também há o Projeto de Lei n. 3.935/2008, da senadora Patrícia Saboya (PDT-CE), que pretende ampliar essa licença para 15 dias, inclusive nos casos de adoção, o Projeto de Lei n. 2.430/2007, da deputada Maria do Rosário (PT-RS), que estende a licença-paternidade para 30 dias, também em casos de adoção e o Projeto de Lei n. 4.028/2008, da deputada Rita Camata (PMDB-ES), que também defende o prazo de 30 dias de licença para o pai, mas apenas de maneira opcional para a empresa, nos casos em que a mãe não tem direito à licença-maternidade ampliada, também com incentivo fiscal para a empresa que oferecer a licença, assim como um Projeto de Lei n. 2.141/2007, do deputado Vieira da Cunha (PDT-RS), que aumenta o período da licença-paternidade de 5 para 10 dias.

Nenhum deles, porém, determina que a licença-paternidade seja paga nos mesmos termos da licença-maternidade, ou seja, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que haja uma efetiva igualdade de gênero nas relações de trabalho, deve haver a implementação de garantias da conciliação da vida laboral e familiar que possibilitem e fomentem a criação de uma nova corresponsabilidade familiar, com o compartilhamento das responsabilidades familiares e domésticas entre o pai e a mãe ou entre os dois progenitores.

A Lei de Igualdade espanhola, ainda que não tenha efetuado muitas mudanças na normativa sobre igualdade de gênero, de uma maneira geral, com a licença-paternidade, começou a tratar os direitos de conciliação como direitos das mulheres e dos homens de compaginar sua vida laboral e sua vida familiar. O fato de a licença-paternidade ter sido aumentada fortalece o caráter de corresponsabilidade familiar dos direitos de conciliação. O mesmo deve ser feito no Brasil, com a ampliação da licença-paternidade.

A licença-paternidade tem uma importância prática, mas o valor simbólico da mesma é ainda maior, já que deixa claro que a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar não é um problema somente da mulher. Todavia, o tempo concedido, atualmente, no Brasil e mesmo na Espanha, é demasiado limitado para que, efetivamente, os homens comecem a ter importância e responsabilidade na vida familiar. O ideal seria que a ampliação da licença-paternidade fosse aumentada gradualmente até alcançar a licença-maternidade.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Laís. *A mulher no mercado de trabalho no mundo contemporâneo*. Brasília: ANAMATRA, 2008.
- BADINTER, Elisabeth. *Rumo equivocados*. O feminismo e alguns destinos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- BRASIL. Pesquisa nacional de amostra de domicílios. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/sintese_pnad2007.pdf>. Acesso em 22.06.2009.
- CANTELLI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.
- CASTILLO, María Teresa Alameda. *Otro lento avance normativo hacia la responsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad*. In: UGUINA, Jesús R. Mercader (coord). *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 495/538.
- DUBIN, Kenneth A. *¿Contradicciones traidoras? Las implicaciones de las LOIMH para las estrategias empresariales*. In: ESCARTÍN, IGNACIO García-Perrote; UGUINA, Jesús R. Mercader (coord.). *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 46/72.
- HIRATA, Helena. *Nova divisão sexual do trabalho? Um olhar voltado para a empresa e para a sociedade*. São Paulo: Boitempo editorial, 2002.
- IBARLUCEA, Milagros Calvo. *La discriminación positiva en el ámbito laboral*. In: BURGUES, María Eugenia Alegret (dir). *La discriminación positiva*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 187/226.
- IZQUIERDO, Raquel Aguilera. *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, número especial, p. 69/119.
- LANDWERLIN, Gerardo Meil; SAINZ, Cristina García; TORRE, María Ángeles Luque de la; SÁNCHEZ, Luis Ayuso. *Las grandes empresas y la conciliación de la vida laboral y personal en España*. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*. n. 71. Economía y Sociología. Madrid, n. 71, 2008, p. 15/33.
- LÓPEZ, Manuel Palomeque. *El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva (Consideración general acerca de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. In: REGUERO CELADA, Justo; GARCÍA TRASCASAS, Ascensión (coords.) *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 1/12.

- MONFORT, Gemma Fabregat. *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: la posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *A mulher, a sexualidade no trabalho*. São Paulo, HUCITEC, CUT, 1999.
- PINILLA, Ana de la Puebla. *Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*. In: ESCARTÍN, IGNACIO García-Perrote; UGUINA, Jesús R. Mercader (coord.). *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 159/186.
- RAGO, Margareth. Trabalho feminino e sexualidade. In: DEL PRIORE, Mary (coord.) *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: UNESP/Contexto, 2004, p. 578/607.
- THOMÉ, Candy Florêncio. *Direitos de conciliação entre trabalho e família: licença-maternidade e licença-paternidade*. São Paulo: LTr, 2009.
- VIDAL, Cathérine. "Le cerveau a-t-il un sexe?" In HÉRITIER, Françoise (org). *Hommes, femmes, la construction de la différence*. Paris: Le Pommier Cité des sciences et de l'industrie, 2005, p. 66/78.

A NATUREZA SOCIAL DOS CRÉDITOS DO TRABALHO E A INCIDÊNCIA DO IRRF NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

Marcel Lopes Machado*

I. A NATUREZA SOCIAL DOS CRÉDITOS DO TRABALHO - SOCIEDADE PÓS-MODERNA - NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO

Os créditos trabalhistas são dotados de natureza alimentar e preferencial, § 1º-A do art. 100 da CR/88 c/c art. 186 do CTN, porquanto constituem patrimônio social mínimo dos trabalhadores inerente à sua subsistência e necessidades básicas vitais, art. 6º c/c art. 7º da CR/88.

Os créditos do trabalho têm por destinação a manutenção das condições de subsistência do homem, logo, devem ser considerados créditos essenciais e sensíveis¹ às transformações sociais, econômicas/financeiras e políticas, o que justifica a finalidade social do Processo do Trabalho, sua principiologia e procedimentos distintos, bem como a constante busca de interpretação e aplicação das regras do ordenamento jurídico segundo os princípios da proteção, norma mais favorável e condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT.

E, em uma sociedade capitalista pós-moderna, cujos valores do neoliberalismo e da globalização com suas práticas de terceirização colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural e consideram os direitos humanos como “custos sociais” das empresas, que vão suprimindo-os em nome da competitividade global e que tanto influencia o desmantelamento do welfare state, há necessidade de o Direito e de a Justiça do Trabalho promover o controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem-Estar Social, art. 1º, IV c/c art. 7º c/c arts. 170 e 193 da CR/88,

* Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia - MG, pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela UFU e pós-graduado em Filosofia do Direito e Direito Público pela Faculdade Católica de Uberlândia/Dominis, professor convidado do curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho da UFU no ano de 2008 e professor do curso de Graduação de Direito Processual do Trabalho da faculdade UNIPAC Uberlândia no ano de 2008.

¹ O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n. 1.675-1, publicada no DJU em 24.09.97, mencionou que os direitos sociais do trabalho encontram-se inseridos no rol dos direitos constitucionais fundamentais, em interpretação sistemática extraída do § 2º do art. 5º da CR/88.

[...] os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, compreendem-se entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil.

frente às mutações dos sistemas produtivos.²

Assim, a questão proposta diz respeito justamente à possibilidade de reinterpretção jurídica dos critérios legais de aplicação do IRRF incidente sobre os créditos sociais do trabalho objeto de execução, segundo uma condição mais benéfica ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação jurídica contratual com seu empregador, mas, principalmente, mais ainda na relação jurídica de império e submissão às normas tributárias estatais.

II. APURAÇÃO INTEGRAL/GLOBAL E APURAÇÃO MENSAL DO IRRF - FÉRIAS INDENIZADAS E DANOS MORAIS “PUROS”

Predomina na Justiça do Trabalho o entendimento de que o IRRF incidirá sobre a integralidade das parcelas tributáveis no momento de pagamento ao exequente, observadas as isenções e deduções fiscais, ou seja, o cálculo do IRRF será apurado unicamente pela integralidade (somatório) das parcelas sujeitas à tributação, no momento de sua disponibilidade ao trabalhador, art. 12 da Lei n. 7.713/88 e art. 46 da Lei n. 8.541/92 c/c Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, Súmula n. 368 do TST.

Trata-se de matéria tributária federal, inciso III do art. 153 da CR/88, cuja natureza das normas é de ordem pública, caráter cogente, imperativa e vinculada ao princípio da estrita legalidade tributária, inciso I do art. 150 da CR/88 c/c art. 97 do CTN, garantia fundamental³ do cidadão contribuinte, no caso específico, o

² As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômico-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo [...].

In DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. LTr: 2005, p. 121.

³ GARANTIAS INDIVIDUAIS DO CONTRIBUINTE. A CF 150, instituiu o rol mínimo de garantias concedidas ao contribuinte por meio das quais busca-se salvaguardá-lo contra eventuais abusos ou excessos decorrentes do Poder de Tributar conferido ao Estado. Trata-se de aprimoramento do sistema checks and balances das relações entre Estado e indivíduo. Diante da importância dessas garantias, alguns doutrinadores entendem que, também aqui, temos cláusula pétreia devendo-se estender o alcance da CF 60 § 4º, sendo, deste modo, inconstitucional qualquer proposta de emenda tendente a abolir alguma ou algumas dessas garantias. O artigo traz também o elenco de imunidades tributárias (CF 150 VI) que se diferenciam das isenções e das hipóteses de não-incidência justamente por estarem previstas na Constituição.

In NERY JR., Néelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. RT: 2006, p. 343/344.

Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I, e art. 150, II, da CF), irretroativa (art. 150, III, “a” da CF), não-confiscatória (art. 150, IV, da CF). [...]

trabalhador, frente ao poder de arrecadação do Estado, cuja apreciação jurisdicional inscreve-se no âmbito da competência do STJ, inciso III do art. 105 da CR/88.

E, não obstante a disposição do art. 12 da Lei n. 7.713/88 c/c art. 46 da Lei n. 8.541/92 acerca da incidência do IRRF sobre a apuração integral dos créditos passíveis de tributação, o STJ possui o entendimento contrário ao adotado pelo TST em sua Súmula n. 368, ou seja, o IRRF será apurado mensalmente sobre as parcelas tributáveis objeto da condenação judicial⁴, inteligência do art. 521 do Decreto n. 85.450/80 (então RIR) e atual art. 640 do Decreto n. 3.000/99.

Logo, os rendimentos acumulados e quitados de uma única vez devem ser calculados de acordo com as tabelas e alíquotas relativas aos meses que se referem, porquanto o art. 12 da Lei n. 7.713/88 c/c art. 46 da Lei n. 8.541/92 estabelecem o momento do cálculo do IRRF, mas não a forma de calculá-lo.

E, a partir da jurisprudência que se consolidou no STJ, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no uso de suas atribuições e competências legais, com as prerrogativas concedidas pelo inciso II do art. 19 da Lei n. 10.522/2002 c/c art. 5º do Decreto n. 2.346/1997, editou e publicou o Ato Declaratório n. 01/2009 da PGFN relativo justamente à apuração mensal do IRRF sobre as parcelas objeto de condenação judicial, assim redigido:

Declara que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante: nas ações judiciais que visem obter declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente (hipótese, a meu ver, das condenações de RT - destaque nosso), devem ser levados em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global.

Por se tratar de ato *interna corporis*, que vincula toda a administração fazendária (desconcentrada), e considerando que a Lei n. 11.457/2007, art. 16, § 3º, II, atribuiu a competência à PGFN de proceder à cobrança na Justiça do Trabalho das contribuições previdenciárias e do IRRF, é perfeitamente aplicável às execuções trabalhistas o ato declaratório, e, via de consequência, o IRRF será apurado mensalmente sobre as parcelas tributáveis.

Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (hipótese de incidência do tributo, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquotas), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da hipótese de incidência do tributo, como, também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota).

In CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 217.

⁴ Precedentes do STJ: 1ª T. - REsp 424.224-SC - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 19.12.2003, p. 323; 1ª T. - REsp 505.081-RS - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 31.05.2004, p. 185; 1ª T. - REsp 901.945-SC - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 16.08.2007, p. 300; 2ª T. - AgRg REsp 641.531-SC - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJE 21.11.2008; 2ª T. - REsp 1.075.700-RS - Rel. Min. Eliana Calmon - DJE 17.12.2008.

Ainda, outras duas questões fiscais, também apreciadas pelo STJ em sua esfera de competência, devem ser observadas e aplicadas às execuções trabalhistas, justamente por se tratar de parcelas corriqueiras e cotidianamente julgadas pela Justiça do Trabalho.

Não obstante a ausência de previsão expressa no art. 39 do Decreto n. 3.000/99, que especifica as parcelas objeto de isenção fiscal, a jurisprudência do STJ adotou o entendimento de que não há incidência de IRRF sobre férias + 1/3 indenizadas pela não fruição na sua época própria (Súmulas n. 125, 136 e 386)⁵, inteligência do inciso XX do Decreto, bem como sobre danos morais puros⁶, por não se tratar de parcelas que importam em acréscimo patrimonial, inteligência do art. 43 do CTN, mas, sim, da recomposição do patrimônio jurídico violado, ainda que imaterial, no caso dos danos morais.

III. CONCLUSÃO

Trata-se de interpretação que atende ao princípio da estrita legalidade tributária como garantia fundamental do contribuinte, inciso I do art. 150 da CR/88, que, no caso, é o próprio trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica contratual com o seu ex-empregador e na relação jurídica de império e submissão ao poder de tributação do Estado.

Os princípios da proteção, da norma mais favorável e da condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT, impõem a sua aplicabilidade, inclusive como instrumento necessário à perfeita (re)distribuição de justiça social em razão do relevante significado e valor constitucional dos créditos do trabalho, arts. 1º, IV c/c 100, § 1º-A c/c 170 c/c 193 da CR/88, e, via de consequência, à própria concretude dos direitos e garantias fundamentais, § 1º do art. 5º da CR/88, por força do princípio da efetividade⁷ das normas constitucionais.

⁵ Além dos seguintes precedentes: 1ª Seção - REsp 1.111.223-SP - Rel. Min. Castro Meira - DJE 04.05.2009; 1º T. - REsp 863.244-SP - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 31.03.2008, p. 01; 1ª T. - REsp 782.194-SP - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJU 30.04.2008, p. 01; 2ª T. - REsp 910.262-SP - Rel. Min. Eliana Calmon - DJE 08.10.2008; 1ª T. - REsp 978.637-SP - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJE 15.12.2008.

⁶ STJ - 2ª T. - AgRg REsp 869.287-RS - Rel. Min. Humberto Martins - DJU 31.05.2007, p. 422 e STJ - 1ª T. - REsp 410.347-SC - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 17.02.2003, p. 227; STJ - 1ª Seção - REsp 963.387-RS - Rel. Min. Herman Benjamin - DJE 05.03.2009; STJ - 2ª T. - REsp 1.068.456-PE - Rel. Min. Eliana Calmon - DJE 01.07.2009.

⁷ A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.

In BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed., Saraiva, p. 246.

Isso porque, conforme apontado pelo Des. Antônio Álvares da Silva:

Ora, quem pleiteia crédito alimentar já se presume em situação de necessidade. Não demanda para aumentar patrimônio ou para obter vantagem financeira. Não pretende dinheiro e riquezas. Luta por um crédito eminentemente social, cujas parcelas - salários, proventos, pensões, indenizações por morte ou invalidez - dizem respeito à sobrevivência com dignidade mínima. [...]

É preciso salientar que quem vive de salários necessita quotidianamente do que ganha para viver com dignidade. [...]

O trabalhador precisa de proteção, quando participa da liberdade de mercado, onde “vende” sua força-trabalho. Se fosse tratado como qualquer mercadoria sujeita à concorrência, seria naturalmente vilipendiado na sua dignidade de ser humano, ao qual faltariam condições mínimas para sobreviver. A disputa na livre-concorrência se faz entre os que possuem, não entre estes e os que não são proprietários. Aqui não há concorrência, mas dominação. [...]

Eis aí, com toda clareza, a função do Direito do Trabalho nas democracias modernas. Funciona como um dique (Damm) contra a liberdade contratual que o escravizaria e dá-lhe, com a proteção da lei, a dignidade humana necessária. Essa necessidade de proteção (Schützbedürftigkeit) é o pressuposto de todo o Direito do Trabalho. Logo, o trabalhador não a precisa provar: *Opus non est probare, quod in substantia rerum est* (não há necessidade de provar que está na substância das coisas).⁸

Propõe-se, portanto, a revisão do enunciado da Súmula n. 368 do TST quanto à interpretação do IRRF, e, via de consequência, nova interpretação na Justiça do Trabalho de conformidade com aquela adotada pelo STJ.

Prestigiam-se, pois, não só aplicações das normas jurídicas em maior conformidade com os direitos fundamentais e com a proteção jurídica do trabalhador na matéria tributária, mas também, e, principalmente, um sadio e eficaz diálogo das fontes jurisprudenciais e a aplicação do princípio da unidade de convicção da matéria eminentemente jurídica entre os Tribunais Superiores que possuem o dever constitucional e institucional de uniformizar e pacificar o entendimento do direito federal, art. 105, III c/c § 1º do art. 111-A da CR/88 c/c art. 896 da CLT e Lei n. 7.701/88.

Esse princípio, também designado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e, embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

In CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *APUD*, BARROSO, Luís Roberto. *Idem, ibidem*.

⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007, p. 82 e 83.

IV. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

A SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DIANTE DAS MUTAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

Cleber Lúcio de Almeida*

I. A mutação das normas jurídicas é inerente à constante evolução da sociedade, diante do caráter cultural e histórico do Direito. A necessidade de adequação das normas jurídicas, na sua interpretação e aplicação, às exigências sociais conduz a mudanças no modo de compreendê-las. Assim, a sociedade, o Direito e a compreensão que se tem do Direito estão em constante mutação.

Não pode ser desconsiderado, no entanto, que as normas jurídicas e as orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores servem de parâmetro para a conduta dos que participam da vida social, criando legítimas expectativas de validade e eficácia dos atos praticados. Esse fato exige que se preserve as situações jurídicas constituídas sob a égide da lei vigente ao tempo de sua constituição ou com base na orientação jurisprudencial então prevalente. A evolução da sociedade, as mudanças legislativas e a alteração no modo de compreender as normas jurídicas não podem ser evitadas, mas devem ter um limite temporal, no sentido de não alcançar fatos pretéritos.

O estabelecimento de limites temporais às mudanças legislativas jurisprudenciais é uma exigência da segurança jurídica e da proteção da confiança, que constituem postulados básicos do Estado de Direito. Sem segurança jurídica e proteção da confiança gerada pela norma jurídica e pelas orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores a vida social não é possível.

A lei nova deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada¹ e as situações jurídicas constituídas sob a égide da lei vigente ao tempo de sua constituição², assim como devem ser preservados os atos processuais praticados e as situações jurídicas constituídas com base em orientação jurisprudencial³ que venha a sofrer brusca mudança. Aplica-se, em ambas as hipóteses, o princípio *tempus regit actum*.

O presente ensaio trata dos limites temporais das leis e das mudanças jurisprudenciais.

* Juiz do Trabalho, titular da 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorando em Direito Processual Civil na Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Processual do Trabalho.

¹ Atento a esse fato, dispõe o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

² No Direito do Trabalho, o respeito às situações constituídas antes da mudança legislativa é imposto pelo art. 912 da CLT, que dispõe: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação.”

³ Por orientação jurisprudencial tem-se, no presente ensaio, a jurisprudência predominante nos tribunais superiores.

A primeira parte do ensaio é reservada ao exame dos limites temporais das leis, tendo sido escolhida para estudo a alteração promovida pela Lei n. 11.941/09 em relação ao fato gerador de contribuição previdenciária relativa aos créditos reconhecidos em decisão proferida pela Justiça do Trabalho e, consequentemente, ao termo inicial da contagem dos juros e da multa moratórios sobre eles incidentes. Na sua segunda parte, trataremos dos limites temporais das mutações jurisprudenciais, tendo em conta, para esse efeito, a limitação do alcance do art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que foi estabelecida por nova orientação jurisprudencial adotada pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

II. À Justiça do Trabalho compete, como estabelece o inciso VIII do art. 114 da Constituição Federal, executar as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, também da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Os acréscimos legais a que alude a Constituição Federal consistem em correção monetária, juros moratórios (equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC) e multa moratória (art. 34, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.212/91).

Por força do art. 43 da Lei n. 8.212/91 (na sua redação original⁴) e do art. 276 do Decreto n. 3.048/99, as contribuições previdenciárias resultantes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho deveriam ser recolhidas no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença. O fato gerador da obrigação previdenciária era, assim, o pagamento de parcelas remuneratórias por força de decisão judicial condenatória ou acordo judicial, devendo os recolhimentos previdenciários ser realizados no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.

Com isso, o empregador somente estaria em mora quanto à sua obrigação previdenciária a partir do dia três do mês seguinte ao da liquidação da sentença, significando que os juros e a multa moratórios somente poderiam ser exigidos do empregador a partir daquele dia.

A Lei n. 11.941/09, fruto da conversão da Medida Provisória n. 449, de 03.12.08, alterou o art. 43 da Lei n. 8.212/91, estabelecendo que: considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação de serviços (§ 2º) e as contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas (§ 3º).

⁴ "Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social."

A partir da Lei n. 11.941/09, portanto:

a) o fato gerador das contribuições previdenciárias passou a ser a prestação de serviços⁵;

b) o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas devidas por força de decisão ou acordo deve ser efetuado no mesmo prazo em que devem ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado⁶;

c) os juros e a multa moratórias passam a ser devidos a partir do primeiro dia seguinte ao do vencimento do prazo em que devam ser pagos os créditos trabalhistas.

Consoante já foi dito anteriormente, a segurança jurídica e a proteção da confiança impõem limites temporais às mutações legislativas. Nesse contexto, a Lei n. 11.941/09 não pode alcançar fatos geradores pretéritos. A essa mesma conclusão conduz o art. 150, III, "a", da Constituição Federal, que veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, valendo lembrar que as contribuições sociais têm natureza tributária.

Acrescente-se, por outro lado, que as contribuições para a seguridade social, embora possam ser cobradas no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que as instituiu ou aumentou, somente podem ser exigidas depois de decorridos noventa dias da data da publicação daquela lei (§ 6º do art. 195 da Constituição Federal).

Em suma, considerando que a Medida Provisória n. 449/08, que foi convertida na Lei n. 11.941/09, foi publicada em 03.12.08, essa lei somente pode ser aplicada a partir de 03.03.09, significando que:

⁵ Por consequência, de acordo com o art. 103 da Instrução Normativa RFB 971, de 13.11.09, "Serão adotadas as competências dos meses em que foram prestados os serviços pelos quais a remuneração é devida, ou dos abrangidos pelo reconhecimento do vínculo empregatício, quando consignados nos cálculos de liquidação ou nos termos do acordo." A Instrução Normativa mencionada dispõe, ainda, que "Serão adotadas as alíquotas, limites máximos de salário-de-contribuição, critérios de atualização monetária, taxas de juros de mora e valores de multas vigentes à época das competências apuradas" (art. 104).

⁶ Equivale dizer que os débitos trabalhista e previdenciário devem ser liquidados no mesmo prazo. A propósito dispõe o § 1º do art. 105 da Instrução Normativa RFB 971, de 13.11.09, que "O recolhimento das contribuições sociais devidas deve ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis proporcionalmente a cada uma delas" e, ainda, que "Caso a sentença condenatória ou o acordo homologado seja silente quanto ao prazo em que devam ser pagos os créditos neles previstos, o recolhimento das contribuições sociais devidas deverá ser efetuado até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da liquidação da sentença ou da homologação do acordo ou de cada parcela prevista no acordo, ou no dia útil imediatamente anterior, caso não haja expediente bancário no dia 20 (vinte)" (art. 105, § 2º).

a) para a prestação de serviços ocorrida antes de 03.03.09, deve ser observado o regime adotado até a edição da Medida Provisória n. 449/08. Os juros e a multa moratórios somente incidirão se não for observado o prazo fixado no art. 276 do Decreto n. 3.048/99, isto é, o empregador somente poderá ser considerado em mora a partir do dia três do mês seguinte ao da liquidação da sentença;

b) o regime estabelecido pela Lei n. 11.941/09 somente alcança a prestação de serviços ocorrida depois de 03.03.09. Os juros e a multa moratórios são devidos a partir do primeiro dia seguinte ao do vencimento do prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado.

III. Passa-se, agora, ao exame dos limites temporais da mutação jurisprudencial.

Para tanto, será considerada a limitação do alcance do art. 791 da CLT estabelecida por nova orientação jurisprudencial adotada pelo Pleno do TST.

A efetividade da ordem jurídica é essencial ao verdadeiro Estado Democrático de Direito e exige a facilitação do acesso aos meios de realização concreta do direito ameaçado ou lesado.

Visando facilitar o acesso à justiça, dispõe o art. 791 da CLT que empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar o processo até o final. No Processo do Trabalho, portanto, as partes podem demandar pessoalmente, isto é, sem a assistência de advogado. Trata-se, a dispensa da contratação de advogado, de técnica que o legislador adotou para facilitar o acesso à justiça.

No dia 13.10.2009, no julgamento do E-AIRR e RR 85581/2003-900-02-00-5, o Plenário do TST, em sede de uniformização de jurisprudência, decidiu, por maioria de votos (17 a 7), não ser admissível o *jus postulandi* das partes em recursos interpostos naquele Tribunal ou que a ele sejam dirigidos, exceto o *habeas corpus*.

O *jus postulandi* foi, então, limitado aos órgãos de primeiro e segundo grau da jurisdição trabalhista (Varas do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho, respectivamente).

De acordo com o ponto de vista adotado pelo TST, empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, mas não poderão: a) interpor recurso diretamente no TST; b) interpor recurso dirigido ao TST. Com isso, as partes não poderão acompanhar o processo até o final, mas apenas perante as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho.

Cumpre verificar, contudo, se a nova orientação jurisprudencial do Plenário do TST alcança os recursos interpostos antes da sua adoção, valendo observar que, no julgamento em questão, foram vencidos parcialmente os Ministros Pedro Paulo Manus e Caputo Bastos, para os quais a decisão deveria ser observada no futuro, não se aplicando aos processos em curso.

Para desenvolvimento de nossa pesquisa, releva definir o papel das orientações jurisprudenciais emanadas dos tribunais superiores.

Paulo de Barros Carvalho, ao prefaciar obra de Misabel de Abreu Machado Derzi (*Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009), afirma que, ao uniformizar a interpretação das leis, os tribunais superiores põem em prática as funções de:

[...]

(i) estabilizar o sistema, especificando o fato e a conduta regradados pela norma; (ii) realizar a segurança jurídica, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa; (iii) promover a orientação jurisprudencial, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciários de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os Tribunais Superiores consolidaram; (iv) operar no sentido da simplificação da atividade processual, pois, ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim, a (v) previsibilidade decisória, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto ao desfecho das causas, tornando previsíveis os resultados.

Por outro lado, consoante assevera Julio B. J. Maier,

[...] a única forma de programar a ação futura é referi-la antecipadamente a normas e regras abstratas de comportamento, qualquer que seja a sua fonte: o direito escrito ou consuetudinário, os precedentes judiciais como fundamento normativo em que se apoiam as decisões dos juízes.⁷

Sob o prisma das aludidas lições doutrinárias, as orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores:

1) criam, para os órgãos do Poder Judiciário, modelos para decisões futuras relativas a casos semelhantes;

2) para os consumidores dos serviços jurisdicionais, servem de parâmetro valorativo para ações futuras, asseguram a previsibilidade das decisões judiciais, garantem estabilidade às relações sociais constituídas sob a sua égide, criam expectativas legítimas de validade e eficácia dos atos praticados com esteio no paradigma que estabelecem e favorecem a realização prática do princípio da igualdade de todos perante a lei.

Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, depois de afirmar que a dogmática “visa principalmente a interpretação das normas do direito vigente e a operacionalização dos princípios jurídicos respectivos”, a ela atribui as seguintes funções:

a) estabilização: “[...] pois permite uma certa fixação de soluções e, deste modo, um efeito multiplicador de decisão. Consegue-se dessa forma uma redução do risco de respostas não coincidentes para hipóteses semelhantes, conferindo realização ao princípio da igualdade de tratamento que é imposição da justiça”;

⁷ *Función normativa de la nulidad*, p. 91.

b) simplificação: “[...] na medida em que, no âmbito do discurso jurídico, a dogmática possibilita reduzir as alternativas de decisão, evitando processos argumentativos longos e de acentuada, senão inacabável, complexidade. Ela torna disponíveis, no *iter* da decisão, asserções que não precisam, em princípio, de ser por sua vez questionadas e exaustivamente reexaminadas”;

c) técnico-construtiva: “[...] pela qual discrimina, classifica, conceptualiza, enuncia, confronta todo o ‘material normativo’, pondo em evidência os princípios que subjazem às diversas regulamentações legais, o seu jogo recíproco, as lacunas existentes”;

d) controle da consistência das diversas decisões jurídicas: “[...] os modelos de solução dos casos concretos proporcionados pela dogmática, na medida em que espelham a articulação íntima das normas e princípios do direito vigente, se impõem de algum modo ao julgador, como uma instância de racionalidade que este acaba por ter que respeitar se quiser manter-se fiel ao próprio sistema jurídico”;

e) heurística e de progresso: “[...] por meio da dogmática, o ‘material normativo’ é refletido e, ao sê-lo, distanciado do imediatismo da sua manifestação primária e colocado em contexto mais geral. Tal permite a libertação de ‘sinergias de pensamento’; tornam-se possíveis novas interpretações e ponderações mais profundas, o que enriquece os conhecimentos iniciais de que se partira e viabiliza formulação de modelos de decisão para situações de facto inicialmente não contempladas”.⁸

Para Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, a dogmática responde ao problema “de saber o que é concretamente ‘de direito’”⁹.

As funções que Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada confere à dogmática também podem ser atribuídas às orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores, visto que estas: reduzem o risco de decisões contraditórias sobre hipóteses semelhantes, em favor da realização do princípio da igualdade de todos perante as leis (estabilização); possibilitam a redução das alternativas de decisão e fornecem asserções que não precisam, em princípio, ser questionadas e exaustivamente justificadas (simplificação); colocam em evidência os princípios que informam o ordenamento jurídico (técnico-construtiva); esclarecem a articulação íntima das regras e princípios constitutivos da ordem jurídica, eliminando alternativas com elas incompatíveis (controle da consistência das decisões jurídicas); conduzindo à reflexão sobre regras e princípios, tornam possíveis novas interpretações e ponderações mais profundas (heurística e de progresso).

As orientações jurisprudenciais definem o que é concretamente de direito e, com isso, criam expectativas legítimas de validade e eficácia de um determinado ato jurídico, inclusive processual.

⁸ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, p. 28/29.

⁹ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, p. 30.

Em relação a essa expectativa, esclarece Karl Larenz que, como “existe uma grande probabilidade no plano dos fatos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam¹⁰”, o mesmo podendo ser afirmado em relação às partes. Daí ser possível a conclusão de que é legítima a confiança depositada no respeito aos precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Voltemos à situação concreta colocada em destaque para exame da proteção da confiança diante das mutações jurisprudenciais.

Segundo o art. 791 da CLT, empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar o processo até o final.

No dia 13.10.2009, ao julgar o E-AIRR e RR 85581/2003-900-02-00-5, o Plenário do TST, em sede de uniformização de jurisprudência, decidiu, por maioria de votos, não ser admissível o *jus postulandi* das partes em recursos interpostos no TST ou a ele dirigidos, exceto o *habeas corpus*. Destarte, empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, mas não poderão aforar recurso no TST ou recurso àquele Tribunal dirigido, devendo, para fazê-lo, contratar advogado.

Qual era a situação anterior à nova orientação?

Das decisões abaixo apontadas resulta que a restrição adotada pelo Plenário do TST difere da orientação jurisprudencial que até então vinha sendo adotada:

a) “O art. 133 da Constituição Federal consagrou um princípio programático ao estabelecer que o advogado é essencial à administração da Justiça. Dentre a essencialidade da participação do advogado está a possibilidade de ele fazer parte dos concursos públicos para ingresso na magistratura, compondo as bancas examinadoras, a de participar da composição dos tribunais com acesso pelo quinto constitucional e, também, como detentor do *jus postulandi*.”

Não há, no entanto, monopólio do *jus postulandi*, nem consagração disso pela Constituição Federal, haja vista o *habeas corpus*, manteve-se a possibilidade de ser ele impetrado sem a assistência do advogado.

Na Justiça do Trabalho houve a recepção do artigo 791 da CLT pelo atual Texto Constitucional, e o fato de assegurar ao empregado a possibilidade de estar em juízo postulando a sua pretensão não desnatura a essencialidade do advogado na administração da justiça” (RR 13/1994-002-22-00.0, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julg. 11.06.08, DJ 13.06.08; RR 577.312/99.3, 2ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, julg. 14.11.01, DJ 08.02.02);

b) “[...] na Justiça do Trabalho continua em pleno vigor o *jus postulandi* das partes (ADIn 1.127-8)” (RR 681/2005-137-15-00.1, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, julg. 11.06.08. DJU 13.06.08);

c) “Quanto ao art. 133 da Constituição da República não revogou o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, conforme jurisprudência consagrada na Súmula 329/TST” (RR 881/1996-001-17.00-3, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, julg. 05.05.04. DJ 04.06.04);

¹⁰ *Metodologia da ciência do direito*, p. 611.

d) “O art. 133 da Constituição Federal não acabou com o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho” (RR 401947/1997.6, 2ª Turma, Rel. Min. Vantuil Abdala. Julg. 21.02.01. DJ 23.02.01; RR 393518/1997.4, 3ª Turma, Rel. Min. José Carlos Perret Sculte, julg. 03.02.99, DJ 26.02.99);

e) “[...] o art. 133 da CF, por si só, não extinguiu o *jus postulandi*, carecendo de legislação complementar” (RR 483263/1998, 2ª Turma, Rel. Min. José Alberto Rossi, julg. 07.04.99. DJ 23.04.99);

f) “A jurisprudência sumulada do Eg. Tribunal Superior do Trabalho rejeita pleito de honorários advocatícios da sucumbência (Súmulas n. 219 e 329/TST), uma vez que subsiste a capacidade postulatória das partes no âmbito do processo trabalhista, como regra” (RR 319350.1996-9, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen. Julg. 10.08.99. DJ 08.10.99).

O Relator desta última decisão, embora tenha ressalvado o seu ponto de vista, afirmando que “sempre entendi que o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, ao tornar o advogado ‘indispensável à administração da justiça’, derogou o artigo 791 da CLT, extinguindo a capacidade postulatória das partes no processo trabalhista”, anota que,

[...] o Colendo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, sustou liminarmente a eficácia do inciso I, artigo 1º da Lei 8.906, de 04.07.94, em posição indicativa de que persiste a capacidade postulatória das partes no processo trabalhista.

Não bastasse isso, a jurisprudência sumulada do Eg. Tribunal Superior do Trabalho abraça a orientação de que não procede o pleito de honorários advocatícios da sucumbência (Súmulas n. 219 e 329/TST). Alicerça-se em que subsiste a capacidade postulatória das partes no âmbito do processo trabalhista, como regra.

Nesta perspectiva, há que sobrepor tal diretriz jurisprudencial uniforme da Corte, seja por disciplina judiciária à vista da finalidade institucional do órgão, seja porque mais conveniente à estabilidade e segurança das relações jurídico-trabalhistas.

Esses registros definem, com precisão, o entendimento predominante no TST antes da decisão acima referida, sendo de se observar que em nenhuma das decisões transcritas o *jus postulandi* foi limitado à atuação das partes junto às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, o que implica dizer que as partes poderiam interpor recurso junto ao TST ou a ele dirigido.

Acrescente-se que existem duas Súmulas do TST (n. 219 e 329) que, embora tratando da possibilidade de condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios, têm como fundamento o reconhecimento do *jus postulandi* às partes no Processo do Trabalho, como é, inclusive, registrado em decisão da 1ª Turma do TST abaixo transcrita:

O *jus postulandi*, previsto no art. 791, é princípio pacífico do processo trabalhista, que torna facultativa a presença do advogado. Assim, não sendo obrigatória sua presença, o princípio da sucumbência passa a ser irrelevante. Portanto, o pagamento

de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho continua regido pelas disposições específicas da Lei n. 5.584/70, interpretadas pelos Enunciados n. 219 e 329 do TST. (RR 701658/2000.4. Rel. Min. Ronaldo Lopes Leal. Julg. 05.09.01. DJ 05.10.01 - destacamos)

Nota-se, assim, que a nova orientação jurisprudencial do TST - decisão proferida no E-AIRR e RR 85581/2003-900-02-00-5 - promoveu uma ruptura com o paradigma até então adotado por aquele Tribunal.

Essa nova orientação jurisprudencial do TST alcança os recursos interpostos sob a égide do paradigma anterior?

Em tese, não se pode falar em proibição de irretroatividade da jurisprudência, uma vez que as decisões judiciais incidem sobre fatos pretéritos.

Contudo, não se pode desconsiderar a confiança gerada pelos paradigmas resultantes das orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Não se trata de impedir alterações nas orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores, mas de proteger a confiança gerada pela orientação jurisprudencial bruscamente abandonada.

Como aduz Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, a “juridificação” das condutas humanas

[...] não elimina a confiança. A normatização e a inerente “rigidificação” das expectativas não logram expulsá-la nem a torna despicienda. Ela continua a exercer uma presença básica e imprescindível na vida social, pois de outro modo não se encetaria relacionamento humano algum [...]. Na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacífica, isto é, da paz social.¹¹

Por outro lado, consoante assevera Misabel de Abreu Machado Derzi, “[...] as modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes ‘reviravoltas’ judiciais, sem que o juiz atenuie os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais (jurisprudência) superados”¹², o que ainda mais se justifica quando se trate de preservar o direito de acesso à justiça, que constitui um direito humano (direito assegurado pelas normas de direitos internacionais como inerente à condição de pessoa - arts. 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, arts. 2º, n. 3, “a”, e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e arts. 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e fundamental (direito humano constitucionalizado - inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República).

Ademais, o nosso sistema prestigia, cada vez mais, os precedentes jurisprudenciais, como demonstram, por exemplo, o art. 285-A (que autoriza o chamado julgamento *prima facie*, quando a matéria versada na demanda for

¹¹ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, p. 19.

¹² *Modificação da jurisprudência no direito tributário*, p. XXVI.

unicamente de direito e no juízo houver sido proferida sentença de total improcedência), art. 475, § 3º, (que dispensa a remessa obrigatória quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em Súmula deste Tribunal ou tribunal superior competente), art. 476 (que cria o incidente de uniformização de jurisprudência¹³) e § 1º do art. 518 do CPC (que cria a Súmula impeditiva de recursos), bem como o art. 102, I, “I”, da Constituição Federal (que permite reclamação para garantia da autoridade das decisões do STF). O ordenamento jurídico, portanto, confere força vinculante às orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores, confiante em que representam acertada definição do que seja concretamente de direito. A confiança assumida pelo ordenamento jurídico também alcança os consumidores dos serviços judiciários, nos quais os precedentes geram a legítima expectativa de validade e eficácia dos atos praticados segundo o modelo que estabelecem.

O direito à proteção da confiança em face de alteração da orientação jurisprudencial dos tribunais superiores é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que assim já decidiu:

[...]. Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais em matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a égide e, em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes dos atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado - Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio tribunal.

(STF, RE 592148 ED/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 171, public. 11.09.09)¹⁴

Lembre-se, ainda, de que, no controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, ao STF é lícito, consoante prevê o art. 27 da Lei n. 9.868/99, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social: (a) declarar a inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*); (b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos da decisão pelo espaço de tempo fixado na decisão (declaração de inconstitucionalidade com eficácia pro futuro - a lei continuará a ser aplicada durante o prazo estabelecido na decisão);

¹³ Com a uniformização da jurisprudência, o que se pretende é que casos semelhantes sejam julgados da mesma forma (do contrário, não haveria razão para esse incidente).

¹⁴ Em outra oportunidade, o STF afirmou que princípio da confiança constitui elemento do princípio da segurança jurídica (STF, MS 24268/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 17.09.04).

(c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo a suspensão da aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a inconstitucionalidade; ou, (d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo (declaração de eficácia *ex tunc*, isto é, a partir da edição da lei), com a preservação, em sendo o caso, de determinadas situações. O STF, portanto, poderá realizar um juízo de valor sobre fatos do passado, modulando os efeitos de suas decisões, o que deixa claro que é possível a uma decisão judicial, ainda que aplicada a fatos pretéritos, produzir efeitos apenas para o futuro.

Contudo, como adverte Karl Larenz,

[...] nem toda a confiança merece proteção, mas só aquela que parece estar justificada pelas circunstâncias [...]. A proteção da confiança [...] não pode ser tida em conta quando a confiança numa determinada situação jurídica não esteja objetivamente justificada. Por isso, a confiança não é digna de proteção “se o cidadão, de acordo com a situação jurídica no momento com o qual a lei relaciona a entrada em vigor da consequência jurídica, tinha de contar com esta regulação”, se o Direito até então vigente “é obscuro ou confuso” ou se a lei, até então aparentemente vigente e na qual o cidadão acreditava poder confiar, não era válida.¹⁵

Misabel Machado Derzi sustenta “[...] a inafastabilidade da irretroatividade das decisões judiciais, a aplicabilidade da proteção da confiança e da boa-fé, sob pena de se destruir a força dos precedentes e de não se conseguir criar a mínima expectativa normativa”, desde que cumpridas determinadas condições objetivas e ocorra modificação de uma jurisprudência já consolidada, apontando, com isso, aqueles que tendem a ser os pressupostos para proteção da confiança no caso de alteração da jurisprudência.¹⁶

A confiança gerada pelas orientações jurisprudenciais merece proteção, desde que objetivamente justificada e que ocorra mutação repentina na jurisprudência.

Tais condições são atendidas em relação à nova interpretação que o Plenário do TST conferiu ao art. 791 da CLT.

Primeiro, em razão da literalidade do art. 791 da CLT, que faz referência ao acompanhamento do processo até o final e o final de um processo coincide com o último ato nele praticado (a hipótese não é de lei obscura ou confusa ou de regra inválida).

Segundo, porque o TST possui duas Súmulas assentadas no reconhecimento do *jus postulandi* das partes no Processo do Trabalho (e não apenas diante de alguns órgãos do Poder Judiciário trabalhista), além de terem as suas turmas proferido várias decisões no mesmo sentido, como acima foi demonstrado.

A hipótese é de alteração repentina da jurisprudência do TST, visto que as duas Súmulas mencionadas e as decisões transcritas deixam claro que prevalecia naquele Tribunal, há vários anos, o reconhecimento do *jus postulandi*,

¹⁵ *Metodologia da ciência do direito*, p. 603/604.

¹⁶ *Modificações jurisprudenciais no direito tributário*, p. 317.

reconhecimento que foi reafirmado, mais de uma vez, depois da Constituição Federal de 1988, quando foi questionada a sobrevivência do *jus postulandi*, ainda como demonstram as decisões acima noticiadas.

De que forma pode ser protegida a confiança da parte que interpôs recurso no TST ou a ele endereçado com a firme convicção de que ele seria admitido?

A resposta é fornecida por Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada: “[...] atribuindo à situação de confiança ocorrida os efeitos equivalentes ao objeto da representação, como se ele tivesse realmente ocorrido¹⁷”. Isso significa, na situação em exame, admitir o recurso firmado pela parte, desde que a sua interposição tenha ocorrido antes da nova orientação jurisprudencial do Pleno do TST.

IV. Em conclusão: existindo conflito temporal de leis ou de orientações jurisprudenciais, deve ser negada retroatividade à nova lei e à nova orientação jurisprudencial, em respeito aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, desde que, quanto à mutação jurisprudencial, trate-se de alteração repentina da jurisprudência e de confiança objetivamente justificada.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio da obra *Modificações da jurisprudência no direito tributário*, de Misabel de Abreu Machado Derzi. São Paulo: Noeses, 2009.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os efeitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MEIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidade*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

¹⁷ *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, p. 41.

AS GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS E LABORAIS E AS DIMENSÕES DE SUA EFETIVIDADE: DIREITO AO TRABALHO E À NÃO DISCRIMINAÇÃO. MEDIDAS JUDICIAIS E PRETENSÕES CABÍVEIS

Cláudio Armando Couce de Menezes*

Glaucia Gomes Vergara Lopes**

Otavio Amaral Calvet***

Roberta Ferme Sivoiella****

1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS GARANTIDOS E EXIGÍVEIS

Os direitos sociais são interligados a outros direitos fundamentais, gozando de todos os meios e instrumentos que os tornam efetivos, inclusive a exigibilidade judicial.¹

Com efeito, todo o elenco dos direitos sociais é passível de ser demandado em juízo, podendo ter como objeto sanções, reparações ou providências que impeçam transgressões pelo Poder Público ou por particulares.² Por exemplo, a contaminação do meio ambiente, inclusive do trabalho, importa em violação do direito à saúde; a despedida injustificada viola os princípios básicos do Direito do Trabalho e a discriminação viola o direito à igualdade. Esses espectros do desrespeito aos direitos fundamentais sociais são *justiciables* assim como as omissões na sua observância e implementação por particulares e pelo Estado.³

Como ocorre com os direitos civis e políticos, que se caracterizam por um complexo de prestações negativas e positivas, na esfera dos direitos sociais também há “direitos prestacionais” (*derechos-prestación*), envolvendo obrigações de fazer e não fazer.⁴

Tais prestações compreendem entes estatais e privados (ex.: não intervenção em caso de exercício do direito de greve; não impedir ou dificultar a filiação a sindicato). Em algumas hipóteses podem dizer respeito aos Poderes Públicos: fixação do salário mínimo, garantias à atuação sindical. Em outras, dirigem-se aos particulares conforme se dá com os empregadores privados: igualdade de tratamento na empresa, respeito à jornada de trabalho e aos repousos, vedação de dispensas arbitrárias e discriminatórias, acatamento da ampla defesa e do contraditório e da presunção de inocência do obreiro em procedimentos disciplinares etc.⁵

* Desembargador Federal do Trabalho (17ª Região), mestre em Direito, autor de obras sobre Processo do Trabalho e professor.

** Juíza do Trabalho (1ª Região), professora e autora de obras jurídicas e mestre em Direito.

*** Juiz do Trabalho (1ª Região), professor, mestre em Direito e autor de obras jurídicas.

**** Juíza do Trabalho (1ª Região).

¹ PISARELLO, Geraldo. *Los Derechos Sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 111 e FERRAJOLI, Luigi. Prólogo à obra de Víctor Abramovich e Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 10/13.

² FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 10.

³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 10.

⁴ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 32/37.

⁵ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 32/37.

A garantia dos direitos sociais só se torna realmente efetiva quando assegurada a sua adequada *justiciabilidad*, entendida esta como a possibilidade de exigir em juízo o cumprimento das prestações que deles são resultantes.⁶

Portanto, o que qualificará a existência de um direito social como um direito plenamente garantido não é apenas o cumprimento pelo Estado e pelos particulares, mas a existência de um poder para fazer atuar o direito fundamental em caso de seu descumprimento.⁷

Também, no plano da efetividade por via judicial, cabe destacar a coletivização das demandas judiciais, os princípios da inversão da carga probatória e o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte mais débil.⁸

No campo material, algumas técnicas e princípios igualmente merecem registro, prestando auxílio relevante ao escopo da concretização dos direitos fundamentais, inclusive quando exigidos judicialmente: princípios de interpretação *favor operari* e *favor consumatori*; limitações à autonomia da vontade, teto mínimo de disponibilidade pelas partes, chegando à indisponibilidade absoluta em se tratando de valores tais como saúde, seguridade e dignidade da pessoa humana (ordem pública laboral) e nulidade de cláusulas convencionais abusivas e enganosas; adoção de responsabilidade civil objetiva, afastando, por conseguinte, fatores subjetivos; ampliação das funções estatais de fiscalização de tutela dos bens e direitos coletivos.⁹

Outro ponto importante na busca da satisfação plena dos direitos sociais fundamentais reside no reconhecimento dos tratados e convenções internacionais que deles se ocupam, com a primazia desses instrumentos de direito internacional sobre o direito interno, quando mais favoráveis.¹⁰

Nesse diapasão, emerge o princípio da não regressividade, relacionado à obrigação de progressividade, segundo o qual vedada é a proibição de adotar políticas e medidas que piores a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais já estabelecidos.¹¹ Constitui uma clara limitação que tratados e convenções e a própria Constituição estabelecem àqueles que podem regulamentar os direitos fundamentais.¹²

Logo, resulta evidente que a proibição de regressividade abrange todo o conjunto de direitos sociais, tanto de fonte interna quanto externa.

Por fim, além da garantia de tutela dos direitos fundamentais da não regressividade, corolário do princípio da progressividade, encontramos a proibição de discriminação oriunda do princípio maior da igualdade.¹³

⁶ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 37.

⁷ “No existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.” ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 47.

⁸ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 50/55.

⁹ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 56.

¹⁰ No plano dos direitos humanos, inúmeras são as Constituições que evidenciam a importância da aplicação das normas de direito internacional no direito interno: brasileira (art. 5º, § 2º), portuguesa (art. 16), chilena (art. 5, II), argentina (art. 75, inc. 22) e espanhola (art. 10.2).

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 94/95.

¹² ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. Ob. cit., p. 115.

¹³ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 118.

A proibição de discriminação não exclui as necessidades específicas de determinados grupos e segmentos da sociedade que demandam a introdução de garantias diferenciadas. Com efeito, a efetivação plena dos direitos fundamentais, incluídos os sociais, reclama, em certas áreas ou momentos, normas de interpretação ou proteção a favor de quem ocupa posição de sujeição ou dependência em relação a quem detém qualquer tipo de poder, seja público ou privado.¹⁴

São garantias diferenciadas dos hipossuficientes (*favor debiles*) as regras laborais que fazem frente ao poder dos empregadores, as que protegem mulheres, crianças, pessoas com deficiência, doentes graves e acidentados.¹⁵

Não raro essas garantias diferenciadas, que partem da desigualdade fática, para alcançar a desigualdade real, podem assumir a forma de medidas de ação positiva, tais como subsídios e cotas.¹⁶

Para ser, em todo caso, um instrumento de igualdade real, essas intervenções legislativas destinadas a resguardar o direito dos menos favorecidos devem vir acompanhadas de meios que assegurem deveres dos sujeitos mais fortes, começando por aqueles que ocupam maiores posições de poder dentro do mercado.¹⁷ Para realizar esse procedimento corretivo de desigualdades, impõe-se o incremento da fiscalização pública e o fortalecimento das entidades associativas e grupos de pressão, além da criação ou aperfeiçoamento de mecanismos judiciais e processuais.¹⁸

2 DIREITO AO TRABALHO E NÃO DISCRIMINAÇÃO

2.1 Evolução do Princípio da Igualdade

Não há como se tratar de não discriminação sem antes tecer alguns comentários sobre o princípio da igualdade e sua evolução histórica. Nas palavras de J. J. Calmon de Passos:

Em verdade, o princípio de não discriminação é insuscetível de ser construído a partir dele próprio ou de uma direta referência ao homem. É sempre um consectário ou reflexo do princípio da igualdade, como seja entendido e positivado, ao qual se prende umbilicalmente.¹⁹

¹⁴ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 118/119.

¹⁵ PISARELLO, Geraldo. Ob. cit., p. 119.

¹⁶ *Idem, idem.*

¹⁷ *Idem, idem.*

¹⁸ Não é todavia o que acontece nos dias de hoje quando o capital continua sendo reforçado pelo Estado, que desmantela vários mecanismos de proteção e correção de desigualdades e impõe freios à atuação de entidades civis, associativas e sindicais (sobre o tema BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo, a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15/16).

¹⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. O princípio de não discriminação. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.

E continua o citado autor:

Esse estreito nexa entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando o princípio da igualdade. Em verdade, neles só se logra defini-la mediante a determinações das discriminações desautorizadas. Isso porque a igualdade absoluta entre os homens encontra desmentidos inafastáveis quer em tudo quanto a ciência nos põe como saber, quer em tudo quanto a reflexão filosófica nos infunde como sabedoria.

Também se evidencia ele em termos de direito positivo constitucional. Podemos observar que em todas as Constituições disciplinam-se conjuntamente, numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade quanto o de não discriminação. Assim está no art. 13 da Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Japonesa de 1946 (art. 14), na Constituição Italiana de 1947 (art. 3), na Lei Fundamental da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 3), na Constituição Espanhola de 1978 (art. 14) para citar apenas estas.²⁰

Pode-se dizer que a constitucionalização do princípio da igualdade vem seguida ao surgimento do Estado Moderno, especialmente nos documentos publicados após as revoluções burguesas do final do século XVIII, que influenciaram as Constituições do século XIX, e chegaram até ao século XX.

É uma primeira feição do princípio da igualdade, nascida das experiências dos Estados Unidos e da França, que trata da igualdade de todos perante a lei em uma construção que se costuma denominar como jurídico-formal que visa, claramente, acabar com os privilégios oriundos de determinadas castas sociais.

A igualdade formal foi o sustentáculo do Estado Liberal burguês que imaginava que a simples colocação da expressão “todos são iguais perante a lei” na Constituição de um Estado seria suficiente para garantir liberdade aos cidadãos, para quem a única ameaça seria um Estado absoluto e prepotente.

Contudo, nas palavras de Guilherme Machado Dray:

O princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis.²¹

A prática, contudo, demonstrou que essa igualdade puramente formal não era capaz de coibir as injustiças e a discriminação. Comentando a questão, o precitado autor acrescenta que:

²⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Ob. cit., Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.

²¹ DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999, p. 332.

[...] a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.²²

Surge, dessa feita, a necessidade da materialização do conceito de igualdade fazendo com que as situações fossem analisadas concretamente como forma de se identificar qual tratamento deveria ser aplicado, evitando-se o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades geradas pela própria sociedade.

São noções consagradas pelo Estado Social de Direito a quebra do dogma da igualdade formal e a exigência de análise das hipóteses concretamente como forma de garantir a proteção e a defesa dos interesses daqueles que possam ser vítimas de discriminação e injustiças sociais, tentando promover a justiça social.²³

Com a evolução dos conceitos e das exigências da sociedade, surge a necessidade de uma igualdade real que visa à abolição das desigualdades pela adoção de políticas sociais positivas, e não apenas repressoras, que recebem o nome de ação afirmativa (terminologia do direito americano) ou discriminação positiva (direito europeu).

Nessas políticas, o Estado abandona a posição de não interferência defendida pelo liberalismo e passa a atuar positivamente na materialização da igualdade contida nos Textos Constitucionais.

Arion S. Romita entende tratar-se [...] “de conceber o princípio de igualdade como uma concretização da ideia de justiça social, como um ponto de chegada e não como um ponto de partida [...]” e acrescenta “Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória, podendo mesmo ser fator de igualdade. [...]”²⁴

Essa nova visão do princípio de igualdade ressalta a vedação geral do arbítrio, isto é, a proibição de medidas legislativas arbitrárias. Entende-se por arbitrária a lei que trate desigualmente situações objetivamente iguais, ou igualmente situações objetivamente desiguais, sem que haja uma razão que justifique a diferença ou a identidade de tratamento. Deve haver uma igualdade proporcional.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar as ações afirmativas, inicialmente para tentar resolver o abismo social entre brancos e negros e, posteriormente, para fazer justiça social a outras minorias marginalizadas (mulheres, índios, portadores de deficiência) dentro do denominado *Welfare State*.

²² DRAY, Guilherme Machado. Op. cit., p. 326.

²³ Sobre o tema: ZYGMUNT BAUMAN. Ob. cit., p. 177/9.

²⁴ ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano I, n. 3, disponível no site <www.estacio.br/direito/revista/revista.3/artigo5>. Acesso em 07.05.2003.

As ações afirmativas traduzem uma ideia de Estado promotora e atuante, mas sem conotação de autoritarismo. A interferência do Estado é justificada como forma de se conseguir a paz social e o próprio desenvolvimento econômico do país que são, inegavelmente, obstados quando a discriminação marginaliza um ou mais grupos do processo produtivo.

2.2 A proteção legal à não discriminação

Além da hipossuficiência inerente ao contrato de trabalho, muitos trabalhadores, por diversos motivos, ainda podem ser considerados em desvantagem perante outros no acesso e permanência no mercado de trabalho.

Incluem-se na ideia de trabalhadores em desvantagem, entre outros grupos, mulheres, pessoas com deficiência, trabalhadores com idade acima de 40 anos (em média), trabalhadores sem experiência, negros, trabalhadores com doenças graves (AIDS, hepatite, etc.).

A não discriminação de trabalhadores no emprego e na profissão foi preocupação da Organização Internacional do Trabalho que adotou em 25 de junho de 1958 a Convenção n. 111.²⁵

Essa Convenção tem base na Declaração de Filadélfia que afirma que “[...] todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais [...]” e nos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem que coíbe a discriminação.

Em seu art. 1º define discriminação como:

[...] a - toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b - qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Não são consideradas discriminação apenas “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego” (art. 1º) e as

[...] medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado, ou seja, a atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional. (art. 4º)

²⁵ Em 1965 adotou a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial e, em 1979, adotou a Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Igualmente são excluídas de caráter discriminatório as “[...] medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho [...]” e outras especiais definidas pelos Estados-membros, após consulta às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, desde que

[...] tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural. (art. 5º)

Nos termos dessa Convenção, os Estados-membros comprometeram-se a formular e aplicar uma política nacional com finalidade de promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria, consideradas as peculiaridades nacionais de cada país.

Entre as ações cabíveis, a Convenção sugere ao Estado-membro:

[...] a - esforçar-se para obter a colaboração das organizações de empregadores e trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação desta política;

b - promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;

c - revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política;

d - seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes de controle direto de uma autoridade nacional;

e - assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;

f - indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da Convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

Analisando os termos da referida Convenção, Maria Fernanda F. López destaca o avanço terminológico adotado pela mesma para definição de discriminação:

[...] B) *El punto de inflexión clave 10 constituye el Convenio 111 de la OIT, sobre prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo (1958), art. 1, por varios motivos:*

i. El primero, que se refiere a la discriminación con un concepto propio, en que no existe referencia a la igualdad en o ante la ley. Probablemente ello se deba a que se trata de elaborar una noción en el ámbito de una relación privada, predominantemente, como es la propia del empleo.

ii. El segundo, que elabora una noción descriptiva de la discriminación, sin darla por sabida: es toda “exclusión, distinción o preferencia”; que tenga un determinado efecto: “anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”; sin que se entienda incluida en la noción la toma en consideración de “distinciones,

exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado':

iii. El tercero, que la noción de discriminación se genera cuando los comportamientos descritos tengan como fundamento una serie de motivos enunciados en el Convenio ("raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social"), sea cual sea el propósito de quien la pone en práctica, incluso sin voluntad discriminatoria (se centra la definición en el resultado).²⁶

A Convenção n. 111 foi ratificada por mais de 150 países que se comprometeram a implementar todas as medidas para sua efetivação.

No âmbito do direito europeu podemos destacar alguns diplomas que tratam do tema: Convenção Europeia para defesa dos direitos humanos, a Carta Social Europeia, as Cartas Comunitárias de direitos dos cidadãos e de direitos sociais (hoje incorporadas à parte II do Projeto de Tratado que institui uma Constituição Europeia).²⁷

2.2.1 O princípio da igualdade em algumas normas constitucionais

Uma das medidas adotadas pelos Estados Democráticos é reforçar a gama de direitos sociais, criando políticas de inclusão e incentivando a permanência dos trabalhadores nos postos de trabalho.

Modernamente, o que se pode constatar é que Estado Democrático de Direito e proteção contra práticas discriminatórias são conceitos indissociáveis.

Nas Constituições dos principais Estados Democráticos está garantida igualdade de direitos declarada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 nestes termos:

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

O Artigo I congrega conceitos de moral e direito e atribui ao indivíduo também um dever de agir com "fraternidade" de forma a trabalhar em prol da igualdade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...].

²⁶ LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. *La prohibición de discriminación en el marco internacional y el derecho de la Unión Europea*. Albacete: 2007, Ediciones Bomarzo Latinoamericana in *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, p. 67/68.

²⁷ LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. Ob. cit., p. 66.

O Artigo II reafirma a noção de igualdade pautada na abolição de discriminação de qualquer natureza. Cita as formas mais comuns de discriminação sem, contudo, ser taxativo pela inclusão das expressões “ou de outra natureza” e “qualquer outra condição”.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O Artigo VII, além de conter conceito de igualdade formal, prevê o direito de que lhe seja garantida essa igualdade.

A igualdade também está prevista nos Textos Constitucionais de muitos países de expressão internacional que a trazem explicitamente, como se destaca:

Constituição da Espanha

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Comentando sobre a disposição da CE, Antonio Baylos Grau e Juan Terradillos destacam que, apesar de prevista no Texto Constitucional, tem maior tutela na legislação infraconstitucional:

El principio de igualdad jurídica, que el artículo 14 CE consagra, es criterio conformador del ordenamiento jurídico y valor superior del mismo, que se manifiesta, tomando como fundamento el propio modelo constitucional de Estado tendencialmente dirigido a la consecución de la igualdad sustancial (art. 9.2 CE), en la prohibición específica de discriminación y en la correspondiente intervención frente a conductas anti-igualitarias especialmente rechazables.

Esta prohibición de trato discriminatorio se hace acreedora de la mayor y mejor tutela en la legislación ordinaria. Así 10 exigen un buen número de compromisos internacionales suscritos por el Estado español [...].²⁸

²⁸ GRAU, Antonio Baylos e BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: 1997, Editorial Trotta, p. 127.

A CE prevê a proibição de discriminação em função de qualquer condição pessoal ou social e, em artigo que trata sobre trabalho, coloca o direito e dever dos espanhóis de trabalhar sem distinção salarial em função do sexo.

CONSTITUIÇÃO DA ALEMANHA (1949)

Artigo 3

[Igualdade perante a lei; igualdade de direitos entre homens e mulheres; proibição da discriminação]

Todos serão iguais perante a lei.

Homens e mulheres terão os mesmos direitos. O Estado deverá promover uma efetiva igualdade entre mulheres e homens, agindo no sentido de eliminar as desvantagens existentes.

Ninguém poderá ser prejudicado ou privilegiado em razão de sexo, ascendência, raça, língua, pátria e procedência, crença, convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado em razão de deficiência.²⁹

Esse Texto Constitucional privilegia, antes das demais modalidades, a igualdade entre homens e mulheres e trata expressamente da não discriminação das pessoas portadoras de deficiência.

CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL

Artigo 13. (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Repete o binômio - dignidade e igualdade - contido na Declaração da ONU além de citar algumas modalidades de distinção que são vedadas.

CONSTITUIÇÃO DA ARGENTINA

Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Em um mesmo artigo, a Constituição argentina prevê a igualdade como base para o acesso aos empregos e para o cálculo de impostos públicos.

²⁹ Tradução em Língua Portuguesa realizada por Maria Pontes de Salgado Campos Rodrigues e Marcia Lyra Nascimento Egg, em Brasília-DF, Brasil, por encomenda da Embaixada da República Federal da Alemanha em Brasília-DF, Brasil. Brasília, maio de 1999.

CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO

Titulo Primero

Capitulo I De Las Garantias Individuales

Articulo 1º. - En los Estados Unidos Mexicanos [...]

Queda prohibida toda discriminacion motivada por origen étnico o nacional, el gênero, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Essa Constituição proíbe expressamente a discriminação de indivíduos portadores de “capacidades diferentes”, além de outras minorias.

CONSTITUIÇÃO DO PARAGUAY (1992)

CAPÍTULO III - DE LA IGUALDAD

Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Nesse Texto, o Estado paraguaio, além de prever a não discriminação, compromete-se a uma atitude positiva de forma a remover os obstáculos e impedir os fatores que a propiciem.

2.2.2 A discriminação positiva

Aliado à previsão da igualdade como princípio constitucional, os Estados Democráticos criaram uma série de leis que visam evitar a discriminação.

As práticas discriminatórias são combatidas pela elaboração de normas que as coíbem, simplesmente punindo-as, quer civil quer criminalmente, no denominado modelo repressor, ou através das ações afirmativas que, além de proibir a prática discriminatória, vão proteger os indivíduos discriminados, a fim de tentar reduzir os efeitos da discriminação.

As ações afirmativas são consideradas por muitos estudiosos uma evolução do próprio modelo repressor eis que contêm um comando no sentido de proibir a discriminação e outro no sentido de minorar os efeitos gerados por essa discriminação.

Adverte, contudo, José Cláudio M. de Brito Filho que, “[...] do ponto de vista do comportamento do Estado e das pessoas obrigadas a ter determinadas condutas, a diferença entre os modelos é imensa. Do ponto de vista dos efeitos que se pretendem um e outro modelo também [...]”³⁰, ou seja, a adoção de uma postura ativa do Estado é o grande diferencial.

³⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 52/53.

As ações afirmativas criam inevitável discriminação das pessoas que não estejam incluídas nos grupos a que se pretende proteger e, por esse motivo, sofrem acirradas críticas, especialmente daqueles que sempre se beneficiaram com a existência de minorias sociais apartadas.

Pode-se citar, como exemplos de ações afirmativas no Brasil e no direito comparado:

- a) sistema de cotas para pessoas com deficiência no Brasil criado pelo art. 93 da Lei 8.213/91;
- b) Lei n. 22.431/81, art. 8º, da Argentina, pela qual as empresas devem contratar pelo menos 4% (quatro por cento) do total de seu pessoal de portadores de deficiência, ou os chamados “descapacitados”;
- c) Venezuela, onde lei datada de 1993 prevê a contratação cogente de pelo menos 2% (dois por cento) de empregados portadores de deficiência nas empresas que possuírem um quadro de empregados de mais de cinquenta empregados;
- d) na Itália, há a previsão expressa de que os empregadores com mais de 35 (trinta e cinco) empregados são obrigados a admitir pelo menos 15% (quinze por cento) de trabalhadores que portem algum tipo de deficiência;³¹
- e) pelo direito alemão, existe a obrigatoriedade de contratação de 6% (seis por cento) a 10% (dez por cento) de trabalhadores portadores de deficiência, quando, na empresa, houver mais de quinze empregados;³²
- f) em França as empresas com mais de (10) dez empregados têm de reservar 10% (dez por cento) dos postos de trabalho aos portadores de deficiência.³³

José Antonio Prieto Juárez³⁴ menciona que há quatro elementos básicos para justificar uma discriminação positiva que são: 1) objetividade; 2) racionalidade; 3) congruência; 4) proporcionalidade.

Para que cumpra o primeiro e quarto requisitos, a discriminação deve ser justificada com dados oficiais, por exemplo, as estatísticas mostram que os desempregados deficientes são em número maior que a média geral.

Além disso, a discriminação praticada deve ser coerente e feita proporcionalmente ao resultado que se quer obter.^{35 36}

³¹ “L.2 aprile 1968, n. 482 - Titolo Secondo- Soggetti Obbligati 1.1(Aziende private).I privati datori di lavoro, i quali abbiano complessivamente alle loro dipendente più di 35 lavoratori tra operai ed impiegati, [...]”.

³² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: LTr, 1998.

³³ ALVES, Rubens Valtecides. Op. cit.

³⁴ Dados coletados a partir da aula ministrada no Curso de Doutorado da Universidade Castilla de la Mancha com tema “*Participación en la empresa y principio de igualdad en el marco del Estado Social*” em 24 de setembro de 2008.

³⁵ José Antonio Prieto Juárez citou como fonte jurisprudencial a decisão 207/1996, de 16 de dezembro. Tribunal Constitucional estabelece três passos para analisar a coerência-proporcionalidade (a prova desses requisitos) no fundamento jurídico: 1) Aplicar um juízo de idoneidade, ou seja, se a medida que se propõe pode conseguir o objetivo; 2) Juízo de necessidade - consiste em determinar se a medida é necessária, se não há outras

Diante disso, os Estados podem optar por uma opção neoliberal marcada pela neutralidade, obrigando-se à mera introdução, nos respectivos textos legais de igualdade formal, ou agir ativamente para a mitigação das desigualdades sociais.

O fracasso da primeira fórmula vem sendo demonstrado, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos em posição de inferioridade, ao longo da evolução das sociedades, pela necessidade de se tentarem outros mecanismos, que impedissem o crescente *apartheid* social.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 demonstrou a clara opção do Estado brasileiro de adotar medidas que efetivamente implementassem a igualdade substancial. Carmen Lúcia Antunes Rocha bem notou que:

medidas, mais moderadas, que realizem o mesmo fim; 3) Proporcionalidade em sentido estrito é analisar se a medida é ponderada ou equilibrada, se da medida extraem-se mais vantagens e benefícios que inconvenientes para o interesse geral.

³⁶ Trecho do texto original da decisão citada SSTC 207/1996, de 16 de dezembro de 1996, F. J. 4º-E.

En relación con el Principio de proporcionalidad afirma: "Principio de proporcionalidad. Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.). Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes".

Disponível no site <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/articulo/view/29129/28685>> acesso em 25.06.2009.

A Constituição brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: [...] O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilasstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). [...]

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa - construir, erradicar, reduzir, promover - são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo.³⁷

A proteção do labor de diversos grupos de trabalhadores, evidentemente, denota o intuito de grande parte dos países de criarem fórmulas de incentivo de acesso ao mercado de emprego e condições de permanência nos mesmos.

Entretanto, matéria pouco discutida, a nosso ver, mas com perfeito amparo legal e que pode garantir a efetividade dos direitos fundamentais é o direito à integração forçada do trabalhador que discutiremos no capítulo seguinte.

2.3 Direito ao Trabalho

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição, sendo que a aplicação concreta dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana e, para a área trabalhista, também o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de assegurar uma existência digna.

Os direitos fundamentais expressam valores superiores, onde se encontram inseridos os direitos sociais, classificados como de segunda dimensão segundo sua afirmação histórica cronológica, tendo surgido pela percepção da sociedade que não bastaria ao Poder Público respeitar direitos mínimos dos cidadãos como a liberdade, a segurança e a propriedade (direitos fundamentais de primeira dimensão), mas também promover certos valores para que os seres humanos pudessem efetivamente gozar de um mínimo existencial, sendo patente que, por exemplo, quem passa fome não consegue usufruir do direito à liberdade em sua plenitude.

Os direitos fundamentais possuem eficácia imediata de acordo com sua densidade normativa, gozando todos de presunção dessa eficácia. Assim, quanto maior a densidade pela qual foi enunciado um direito fundamental sua aplicação em concreto se torna mais palpável, como ocorre com o direito das pessoas se associarem livremente. Por outro lado, direitos enunciados com baixa normatividade, como o direito ao trabalho, trazem grandes dificuldades aos intérpretes, já que seu conteúdo não se demonstra de plano, surgindo a necessidade de busca a conceitos sociológicos e de outras áreas para que se apreenda a conduta a ser observada em consonância com o referido valor.

³⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, p. 85, São Paulo: Malheiros, 1996.

Todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Aquela determina a reinterpretção do ordenamento jurđico, atua no controle de constitucionalidade, atribui a eficácia revogatória de normas anteriores infraconstitucionais e pauta a conduta do Estado e de entes privados com uma eficácia irradiante também nas relações privadas, que reconhecem uma posição jurđica subjetiva negativa (impedindo lesões) e outra positiva, quanto à promoção desses direitos, observada a “reserva do possível”.

Interessa para o presente estudo a análise da eficácia do direito ao trabalho que, por ser normalmente construído com baixa normatividade, constitui verdadeira dificuldade ao intérprete, como se vê do art. 6º da Constituição brasileira e do art. 35.1 da Constituição da Espanha, *verbis*:

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Pode-se indicar que, na dimensão objetiva, o direito ao trabalho já possui a eficácia imediata de determinar uma interpretação do ordenamento jurđico segundo esse valor, o que fatalmente contribuirá para a fixação do “direito à integração” em caso de recusa na admissão por ato discriminatório, já que, por se constituir um valor que garante a dignidade da pessoa humana, não se pode - por princípio - permitir a conduta de um particular que, abusando do direito de seleção de candidatos, impede a obtenção da relação de trabalho a um ser humano.

No que concerne à dimensão subjetiva, não se pode negar ao titular desse direito fundamental a busca de uma tutela estatal preventiva ou reparatória para o caso de o particular adotar conduta contrária a esse valor, o que permitirá a conclusão desse artigo acerca do direito à integração na relação de trabalho por força de decisão judicial.

Finalmente, apenas por cautela, embora possa soar excessivo, há que se defender que o presente direito fundamental ao trabalho encontra aplicação a todos os cidadãos em qualquer tipo de relação de trabalho em que se lancem, e não apenas nas relações de emprego, pois não podem existir dúvidas de que os direitos sociais preconizados no art. 6º da Constituição da República do Brasil têm por destinatários todos os cidadãos, o que determina uma interpretação do vocábulo “trabalho” de forma a não se restringir ao tradicional conceito de emprego, constituindo, portanto, o direito ao trabalho em verdadeiro direito humano.

Vale lembrar que também no caso espanhol o direito ao trabalho indica a configuração de verdadeiro direito humano, tanto que a norma supracitada possui por destinatário os cidadãos em geral e abrange tanto uma dimensão coletiva como uma individual, como constatado por Manuel Carlos Palomeque e Manuel Alvarez de la Rosa:

[...] el derecho al trabajo debe ser entendido, em el seno de la relación institucional mencionada y sin desconocer naturalmente otros aspectos positivos del tipo constitucional, como soporte técnico individual e instrumento cualificado al servicio de la política de empleo. Y el pleno empleo, por su parte, no deja de ser de igual

*modo el horizonte de referencia de la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho al trabajo.*³⁸

Dessa forma, pode-se afirmar que as conclusões do presente artigo possuem aplicação não apenas nas relações de emprego, mas em toda e qualquer relação de trabalho onde o ser humano trabalhador não tenha obtido sua ocupação por ato discriminatório do tomador dos serviços.

3 REPARAÇÃO INTEGRAL DO ATO DISCRIMINATÓRIO NA ADMISSÃO: DIREITO À INTEGRAÇÃO

A legislação brasileira, conforme se observa do Código Civil de 2002 em seu art. 402, preconiza que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Também no Código Civil percebe-se no art. 944 que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Em outras palavras, estabeleceu-se no ordenamento jurídico brasileiro que a responsabilidade decorrente de atos ilícitos gera uma obrigação secundária de indenização que deve corresponder à reparação integral, a fim de que o dano injusto causado seja efetivamente compensado.

Dessa forma, pode-se observar que a lesão de cunho material e a de contorno moral constituem modalidades de danos que exigem a devida reparação, não mais havendo dúvidas quanto à possibilidade de indenização de cunho imaterial ante a previsão do inciso V do art. 5º da Constituição da República e, expressamente, a do art. 186 do Código Civil que taxa também como ato ilícito aquele que provoca apenas dano moral, objeto de compensação como se nota do art. 953 e parágrafo único do mesmo Diploma Legal com fixação por arbitramento do juiz.

A reparação integral, portanto, deve abranger o dano emergente e os lucros cessantes. Aquele se configura como a redução imediata do patrimônio da vítima, ou seja, “[...] aquilo que efetivamente perdeu”³⁹, enquanto este traduz

[...] o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano.⁴⁰

Assentada a doutrina da reparação integral, cabe investigar qual a modalidade de reparação é preferível para a vítima, a concessão do mesmo bem que foi suprimido pelo ato ilícito ou apenas a indenização equivalente.

Do próprio significado do vocábulo pode-se extrair a ideia central do presente instituto, pois indenizar quer dizer tornar indene o prejuízo, ou seja, tornar íntegro, sem dano. A justiça ideal, portanto, repousa em se reparar o dano para que a exata

³⁸ ROSA, Manuel Alvarez de la e LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo*. 16. ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 30.

⁴⁰ *Idem*, p. 30.

situação anterior, antes do fato lesivo, seja restabelecida. Pretende-se que a vítima tenha aquilo que lhe foi subtraído, ou, no caso em que analisamos, exatamente o que lhe foi recusado.

Pode-se observar tal preocupação do direito material - a exata reparação integral - nos diplomas adjetivos, citando-se como exemplo o art. 461 do CPC que, nas obrigações de fazer e não fazer, atribui ao juiz poderes amplos para a concessão da tutela específica da obrigação ou para que determine as “[...] providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento [...]”, deixando a conversão da tutela *in natura* para as perdas e danos apenas se o “[...] autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente [...]”, conforme o parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Assim, não se pode afastar que cabe ao Poder Judiciário, sempre que instado, adotar posição firme para assegurar a efetividade de sua tutela que, preferencialmente, será a específica, ou seja, aquela que mais se aproxima do ideal de justiça acima mencionado, onde a vítima consegue extirpar o dano sofrido através do recebimento exatamente daquilo que deixou de auferir em razão do ato ilícito praticado pelo agressor.

Seguindo-se o raciocínio até aqui esposado, a defesa do “Direito à Integração” passa a ser quase que mera decorrência lógica da lesão concernente à perda do trabalho por ato discriminatório, pois constitui a reparação específica contra esse ato ilícito.

Em primeiro lugar, há que se assentar ser a discriminação “[...] a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada.”⁴¹ No caso analisado, nega-se ao trabalhador a relação de trabalho por algum tipo de fator desqualificante.

Logo, toda e qualquer conduta que se apresente discriminatória, por qualquer fator injustamente desqualificante, é tida por ilícita e, causando dano, estará sujeita à devida reparação integral.

A segunda constatação importante para justificar o direito à integração repousa no fato de que a não obtenção de trabalho por ato discriminatório gera danos materiais e imateriais, não sendo possível que eventual ausência de previsão específica em lei impossibilitaria a reparação pela conduta ilícita da discriminação, pois a omissão do legislador em seara trabalhista facilmente é resolvida pelo uso de fontes supletivas, como autorizado caso brasileiro pelo art. 8º e parágrafo único da CLT, que permite a busca de outras fontes do direito para suprir a lacuna legal, o que viabiliza o uso das regras gerais de responsabilidade civil preconizadas no Código Civil, tudo à luz dos princípios constitucionais que, na verdade, precedem com força normativa a aplicação da legislação ordinária.

E como antes mencionado, a legislação civil determina que seja efetivada a reparação integral pelo dano sofrido, o que alcança não apenas a compensação por dano moral (imaterial), mas também a reparação do dano material compreendendo o dano emergente e os lucros cessantes.

No que concerne ao dano moral, configurada a prática discriminatória pelo propenso tomador dos serviços, não há dúvida de que valores inerentes à

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr, p. 774.

personalidade humana foram afetados, pois a própria circunstância de se recusar a alguém as possibilidades da vida por fator injusto macula, se não elimina, a essência da alma humana.

A não obtenção do trabalho por ato preconceituoso atinge a honra e a imagem do trabalhador e, pior, representa uma espiral de exclusão que viola a evolução da sociedade que se pretende justa e solidária.

Caracterizado o dano moral pelo próprio fato da discriminação, não há necessidade de prova específica desse dano - o que de qualquer sorte seria impossível -; impõe-se a reparação integral na fixação de indenização compensatória.

Ao lado do dano moral, entretanto, ocorre o dano material não apenas pela não obtenção do trabalho, mas também quanto a todos os gastos efetuados pelo trabalhador injustamente desqualificado na seleção, o que revela a necessidade de fixação de indenização pelos danos emergentes e dos lucros cessantes.

A reparação do dano emergente ideal para a discriminação na admissão de trabalhador revela ser, por óbvio, a concessão exatamente daquilo que deixou de ser auferido pela atitude discriminatória: a relação de trabalho. A expressão da tutela específica para o caso em análise, portanto, fixa-se na declaração de existência do contrato e em uma obrigação de fazer concernente à concessão do trabalho de forma impositiva pelo Poder Judiciário, como forma de pacificação social e para que seja assegurado o interesse público de se extirpar referido tipo de conduta de nossa sociedade.

De resto, muito embora possa parecer que a não obtenção do trabalho possua contorno apenas individual, pois é o ser humano afetado pela discriminação que sofre diretamente as suas consequências, a reparação desse dano individual tem verdadeiro escopo pedagógico para toda a sociedade, transformando a realidade do mercado de trabalho quando os primeiros discriminados corajosos levantarem a bandeira da revolta, não mais aceitando esse tipo de prática.

Logo, a tutela específica da discriminação na admissão pela concessão da relação de trabalho revela ser medida eficaz para a transformação social, também uma função do poder jurisdicional, pois a mera reparação econômica pode permanecer apenas na esfera do prejuízo financeiro que, dependendo do valor fixado, sequer alcança seu escopo e, mais, impede a convivência daqueles que agiram de forma discriminatória com a vítima, único modo de se reverterem posições pessoais preconceituosas: o relacionamento humano tolerante.

Em reforço à argumentação supra, não se pode esquecer de que a não obtenção do trabalho por ato discriminatório constitui verdadeira lesão ao direito fundamental ao trabalho. Este, como visto acima, adquire eficácia imediata nas relações privadas, vinculando o tomador dos serviços à sua efetivação, o que acarreta a impossibilidade de se impedir a obtenção dessa relação jurídica por fator injustamente desqualificante de um ser humano.

E também como já analisado, a dimensão subjetiva do direito ao trabalho previsto no art. 6º da Carta Magna, mesmo diante da baixa normatividade em que redigido, possibilita o reconhecimento de uma posição jurídica subjetiva do ofendido para buscar a tutela do Poder Judiciário a fim de obter a reparação pela lesão a esse direito. E nada mais justo do que permitir que a vítima obtenha exatamente aquilo que lhe foi suprimido por ato odioso de discriminação, no caso, o trabalho.

A obtenção da relação de trabalho, portanto, constitui o “Direito à Integração” defendido neste estudo, podendo ser definido como o direito que todo cidadão possui de obter trabalho, somente sendo viável ao tomador dos serviços recusar a realização dessa relação jurídica por motivo justificável.

Pode-se argumentar, contudo, que o contrato de trabalho é consensual, formando-se apenas pela livre manifestação de vontade das partes, o que inviabilizaria seu reconhecimento forçado pelo Estado.

Muito bem, nesse ponto não se pode deixar de lembrar os inúmeros casos de reintegração amplamente difundidos e praticados no Direito do Trabalho brasileiro, assim como a previsão contida na Convenção n. 158 da OIT, ratificada por diversos países, onde há uma manutenção forçada da relação de emprego contra a vontade do empregador, revelando que pode existir uma sobreposição da vontade do Estado que extirpa o ato nulo praticado pelo tomador dos serviços, justamente porque a extinção da relação de emprego se demonstrou abusiva.

Se ainda é reconhecida como direito do empregador a dispensa imotivada de seus empregados, já não existem dúvidas de que tal direito deve ser exercido dentro de seus limites, sendo o ato abusivo da dispensa considerado ato ilícito nos termos do art. 186 do Código Civil. E o referido ato ilícito enseja, prioritariamente, a reparação específica do retorno ao emprego com o pagamento de todo o tempo de inatividade, conhecida pela nomenclatura de “reintegração”.

Há de se perguntar, dessa forma, em que a “integração” seria diferente da “reintegração”. Na recusa discriminatória da admissão o tomador dos serviços age em flagrante abuso de direito, pois, se é certo que possui ele a discricionariedade de eleger os colaboradores que possuam melhor perfil para trabalharem em seu empreendimento, não se pode permitir que entre os critérios adotados estejam estabelecidos atos discriminatórios, pois, como visto, a dignidade da pessoa humana repele prontamente qualquer ilação nesse sentido.

Constatada a discriminação na admissão, cabe ao Poder Judiciário, quando chamado a intervir, extirpar o ato ilícito constante na discriminação e restabelecer a manifestação de vontade válida subjacente através da declaração de existência do vínculo jurídico de trabalho desde a data em que deveria a relação ter sido pactuada.

Pode-se observar, portanto, que não há determinação de criação de uma relação jurídica contra a vontade de uma das partes, mas apenas a declaração de que o óbice criado pelo tomador não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e, portanto, não poderia ter inviabilizado o início da prestação de serviços pelo trabalhador, declarando o Judiciário, finalmente, que, desde a ocorrência da discriminação, considera-se como existente a relação de trabalho maculada por tal atitude.

Na sequência da reparação dos danos emergentes, cabe ao trabalhador-vítima a concessão de todos os pagamentos que deixou de receber até sua efetiva integração, ou seja, da data que seria do início da relação de trabalho ao efetivo labor após extirpado o ato discriminatório, quando então é restabelecida a relação de trato sucessivo onde o tomador obtém a energia de trabalho mediante contraprestação pecuniária.

Embora possa parecer excessiva a medida em questão, o deferimento dos pagamentos referentes ao período de inatividade representa apenas a exata expressão material dos prejuízos sofridos pelo trabalhador discriminado, que provavelmente foi mantido em desemprego de forma injusta. Obviamente menciona-se tal reparação como regra geral, o que deve ser sopesado no caso

concreto a fim de não se transformar a reparação em enriquecimento sem causa do trabalhador, o que aliás deve estar sempre na mente do intérprete.

Como segunda objeção poder-se-ia imaginar a impossibilidade da integração porque já ocupada a vaga de trabalho por outra pessoa, pois a dinâmica de uma empresa muitas vezes determina a contratação imediata para repor eventual perda de trabalhadores, mormente num mercado que utiliza a rotatividade de mão-de-obra como prática usual.

Mais uma vez, o problema apresentado não impede o reconhecimento do direito à integração, seja porque igualmente nos casos de reintegração o fato também pode acontecer, não havendo na doutrina objeção do retorno de um empregado ainda que já tenha sido contratado outro para seu lugar, seja porque o nosso ordenamento jurídico oferece solução para os casos de efetiva impossibilidade de deferimento da tutela específica: a conversão em perdas e danos.

O que não se pode aceitar, e o intérprete deverá estar atento a essa situação, é que a contratação de outro trabalhador sirva de escudo protetor ao direito à integração, pois referida prática pode ser, novamente, um artifício do tomador discriminatório para evitar a inserção no trabalho da vítima.

Há de se ponderar, no caso concreto, que a integração do discriminado - a critério da vítima - serve não apenas para a reparação do dano pessoal, mas também como medida pedagógica para toda a sociedade. Dessa forma, a preponderância de interesse público existente neste caso revela ser possível que, mesmo já existindo outro trabalhador na vaga que estava destinada à vítima, ocorra a integração forçada com aumento de custo para a empresa, como forma de se impedir eventual artifício fraudulento que, em última análise, constitui novamente abuso de direito do tomador dos serviços.

Importante salientar que, ocorrendo a discriminação no momento da admissão, deve ser reconhecida ao trabalhador a faculdade de optar entre a integração forçada e a indenização equivalente, o que pode ser facilmente explicado.

A integração forçada constitui verdadeira bandeira contra atos discriminatórios que somente poucos trabalhadores conseguirão erguer, pois o contato direto e diário com quem discrimina pode levar a uma série de transtornos que apenas os mais corajosos e vocacionados sentem ser possível suportar, motivo pelo qual, ao contrário das estabilidades no emprego onde cabe ao Juiz a conversão de ofício da reintegração em indenização, nos casos de discriminação, essa faculdade somente pode ser reconhecida à vítima.

Assim, em caso de discriminação na admissão, cabe, a critério da vítima, o direito à integração, com percepção dos pagamentos do período de inatividade forçada até o efetivo início do labor, ou indenização por perdas e danos. Haverá apenas a indenização, ainda, quando o caso concreto revelar a impossibilidade da concessão da tutela específica.

Em caso de indenização por perdas e danos, uma vez afastada a integração, devem-se englobar no valor a ser fixado não apenas os danos emergentes, já acima analisados, como também os lucros cessantes.

A perda da relação de trabalho por discriminação importa, sem qualquer dúvida, um prejuízo direto (danos emergentes) e um indireto (lucros cessantes), já que o trabalhador deixa de auferir o pagamento que seria devido em caso da obtenção do posto de trabalho, o que somente não aconteceu pelo ato ilícito do tomador dos serviços.

A doutrina da reparação integral determina, portanto, que, dentro do valor indenizatório, haja a inclusão dos lucros cessantes referentes aos pagamentos do período de inatividade.

Logo, não pode haver dúvidas de que a indenização dos lucros cessantes igualmente encontra amparo na perda do trabalho por ato discriminatório, restando apenas a fixação do período de inatividade decorrente desse fato.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, acreditamos ter demonstrado que o combate à discriminação nas relações de trabalho somente pode ser efetivo com a adoção de uma atitude enérgica que busque meios para dificultar condutas arraigadas na sociedade, partindo-se da premissa de que constitui lesão à dignidade da pessoa humana a perda de oportunidades por motivos injustamente desqualificantes.

Detectada, portanto, a recusa do trabalho por motivo discriminatório, caberá em princípio o direito à integração, como tutela específica, com base nos seguintes fundamentos:

- a) os direitos sociais fundamentais possuem eficácia imediata nas relações de trabalho;
- b) a não discriminação constitui preceito de índole universal, assegurado como direito humano decorrente do princípio da igualdade, sendo combatida por meio de normas imperativas e por ações afirmativas;
- c) o direito ao trabalho constitui direito fundamental, com eficácia segundo sua densidade normativa e nas dimensões objetiva e subjetiva;
- d) na dimensão objetiva o direito ao trabalho determina a vinculação da conduta do tomador dos serviços e a interpretação do ordenamento jurídico segundo o referido valor;
- e) na dimensão subjetiva o direito ao trabalho reconhece uma posição jurídica subjetiva ao titular do direito para busca de tutela judicial preventiva e reparatória em caso de ameaça ou efetiva lesão;
- f) o direito ao trabalho é direito de todos os cidadãos, aplicável, portanto, em todas as relações de trabalho, e não apenas na relação de emprego;
- g) constitui a discriminação a recusa de um direito por motivo injustamente desqualificante;
- h) a discriminação na admissão em qualquer relação de trabalho lesiona o direito fundamental ao trabalho, maculando a dignidade da pessoa humana, causando dano moral e material;
- i) a reparação dos danos segue o princípio da reparação integral, bem como a preferência pela tutela específica como ideal de justiça, somente admitindo-se a conversão em perdas e danos a requerimento da vítima ou em caso de impossibilidade;
- j) a vítima de discriminação na admissão possui como tutela específica o “direito à integração”, declarando-se a realização do contrato desde o momento em que deveria ter acontecido, condenando-se o tomador ao pagamento do período de inatividade e, ainda, com a obrigação de fazer de se efetivar o labor forçado do trabalhador, integrando-o na empresa, além das indenizações necessárias, inclusive por dano moral;

- k) em caso de impossibilidade ou de preferência da vítima, caberá a indenização equivalente, além da indenização por outros danos emergentes, lucros cessantes e compensação por dano moral.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALVES, Rubens Valtecídes. *Deficiente físico - novas dimensões de proteção ao trabalho*. 1. ed., São Paulo: LTr.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Discriminação na admissão: direito à integração*. Disponível no sítio <http://www.calvet.pro.br/artigos/Calvet_Direito%20_alintegracao.pdf>. Acesso em 10.03.2009.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed., São Paulo: LTr.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Prólogo à obra de Víctor Abramovich e Christian Courtis *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- GRAU, Antonio Baylos e BASOCO, Juan Terradillos. *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- LOPES, Glaucia Gomes Vergara. *A inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho: a efetividade das leis brasileiras*. São Paulo: LTr, 2005.
- LOPEZ, Maria Fernanda Fernández. *La prohibición de discriminación en el marco internacional y el derecho de la Unión Europea*. Albacete: 2007, Ediciones Bomarzo Latinoamericana in *Revista de Derecho Social Latinoamerica*.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: LTr, 1998.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *O princípio de não discriminação*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrinal/texto.asp?id=2990>>. Acesso em 18 jun. 2009.
- PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa - o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, p. 85. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ROMITA, Arion Sayão. Trabalho do deficiente. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano I, n. 3, disponível no site <www.estacio.br/direito/revista/revista.3/artigo5>. Acesso em 07.05.2003.
- ROSA, Manuel Alvarez de la Rosa e LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derecho del trabajo*. 16. ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003.

**COMPETÊNCIA PENAL TRABALHISTA:
EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO**

***WORK PENAL COMPETENCY:
IN SEARCH OF THE WORK MATERIAL LAW EFFECTIVENESS***

Camila Almeida Peixoto Batista de Oliveira*

RESUMO

Trata o presente artigo de uma análise da competência penal da Justiça trabalhista como instrumento de efetividade do Direito material do Trabalho. O desrespeito às normas laborais tem inviabilizado para diversos trabalhadores a fruição de créditos alimentares imprescindíveis à manutenção de uma vida digna. Nesse contexto, o incremento da marginalidade urbana e da exclusão social se faz cada vez mais presente, sendo necessária a busca por mecanismos que invertam tal lógica perversa. A existência de ilícitos penais-trabalhistas tutelares desses direitos já denota um repúdio sociojurídico ao seu desrespeito. Entretanto, não basta a sua existência, pois somente a real punição de seus infratores é capaz de eliminar a impunidade tão difundida nos últimos tempos. Assim, a partir de um exame dos possíveis impactos sociais da coerção criminal na seara laboral, buscou-se erigir a atribuição penal da Justiça do Trabalho como arma contra o contumaz descumprimento das normas trabalhistas, visto que, ao punir os seus transgressores, promove a sua observância tanto judicial quanto espontânea.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência penal trabalhista. Coerção penal. Ilícitos penais laborais.

1 INTRODUÇÃO

A competência penal da Justiça do Trabalho vai ao encontro de duas das maiores aspirações da sociedade contemporânea: a efetividade do direito material laboral e a celeridade da prestação jurisdicional. O seu reconhecimento não intui a mera ampliação de atribuições, nem, muito menos, a aplicação indiscriminada de penas. Pelo contrário, o que se busca é a observância espontânea da norma trabalhista como forma de evitar tais sanções. E é nesse sentido que se mostra a coerção penal, por sua maior intensidade, um importante instrumento à observância espontânea e judicial do ordenamento jurídico laboral.

2 SANÇÃO E COERÇÃO: A AUTOTUTELA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O modelo kelseniano (KELSEN, 2003, p. 43) de norma é de grande valor para a própria tutela do Direito pátrio. A conjugação de um pressuposto representado pela violação normativa, e de uma consequência materializada pela sanção,

* Advogada. Mestranda em Direito pela UFMG.

possibilita ao Estado o exercício da coação¹, e viabiliza à própria norma o exercício da coerção² sobre os jurisdicionados. Ou seja, num primeiro momento, a aplicação da sanção frente a uma violação é importante em si mesma, por representar a eficácia compulsória da norma; mas, depois, a certeza da sua imposição assume uma função pedagógica, estimulando a observância do Direito.

O agente coercitivo, como um fator reflexo da própria ordem jurídica, empreende uma virtual coação psíquica no indivíduo, incitando-o a evitar possíveis danos em sede judicial. (MATTA MACHADO, 1999, p. 35) Dessa forma, por se efetivar antes mesmo de uma potencial infração normativa, a coerção previne as infringências e garante à norma a sua eficácia social. Aduz Matta Machado derivar a sua indispensabilidade da própria natureza humana, que incapacita o mandamento legal puro e simples de impor o dever-ser.³ Claramente, mostra-se imprescindível ao Direito tal temor à sanção, pois o ideal é que a vontade antijurídica seja constringida antes mesmo de se realizar no mundo dos fatos. Nesse sentido, afirma Norberto Bobbio que a observância espontânea da norma pela conduta social pode ser vista como resultante do receio da punição⁴, o que denota a essencialidade da coerção no plano do exercício do Direito. (MATTA MACHADO, 1999, p. 243)

Conforme Antônio Álvares da Silva:

[...] a possibilidade da sanção, tal como a espada de Dâmocles, tem que constar do ordenamento jurídico, mesmo que não seja usada.

[...] Não se deseja apenas a punição do criminoso, mas que da punição nasça um exemplo de confiança da sociedade no ordenamento jurídico, para que haja o cumprimento espontâneo das normas sem a ameaça da sanção.

É esta a reversão que se tem em mira com a competência penal trabalhista. (SILVA, 2006, p. 20)

¹ A coação é a aplicação forçada da sanção normativa pelo Estado frente a condutas indesejadas pelo Direito. Ela efetiva-se posteriormente à violação legal, com a imposição dos respectivos ditames e com a aplicação da sanção correspondente, garantindo à norma sua eficácia compulsória. (REALE, 1996, p. 71/72)

Trata-se da "realização de um fim por meio da ação constringedora de uma vontade estranha." (MATTA MACHADO, 1995, p. 124)

² A coerção do ordenamento jurídico consiste na potencialidade da coação:

[...] na possibilidade do emprego da força física para fazê-lo ser observado, ou melhor, na possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para fazê-lo ser respeitado quando violado ou ameaçado. (GUSMÃO, 2002, p. 50)

³ Uma vez ser o homem propenso tanto ao bem quanto ao mal. (MATTA MACHADO, 1999, p. 207)

⁴ A coerção é necessária por a observância espontânea do direito não ser uma regra geral. Nesse sentido, no caso do seu respeito espontâneo, funcionaria uma coerção psicológica ao invés de uma coação física. (BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1970. In: GUSMÃO, 2002, p. 51)

Bobbio reconhece que "[...] a presença de normas não sancionadas em um ordenamento jurídico é um fato incontestável.", representando "[...] aquele mínimo de consenso sem o qual nenhum Estado poderia sobreviver". Entretanto, enfatiza a importância da sanção, considerando o principal efeito de sua institucionalização "[...] a maior eficácia das normas relativas [...]". (BOBBIO, 2001, p. 161,166 e 176)

Entretanto, a mera previsão legal das sanções não basta à manutenção da paz social, sendo imprescindível a sua aplicação efetiva pelos Órgãos Judiciais. Conforme Michel Foucault, a punição é eficaz não por sua intensidade, mas sim por sua fatalidade, cabendo à certeza do castigo desviar o homem do crime. (FOUCAULT, 2003, p. 13) Nesse sentido, representa a penalização dos infratores um eficaz mecanismo de intimidação à própria prática da infração. (SILVA, 1993, p. 31)

3 O BEM JURÍDICO TRABALHO E SEU RESGUARDO LEGAL: A PRÁTICA AQUÉM DOS DITAMES NORMATIVOS

O labor humano, imprescindível à dinâmica socioeconômica do atual sistema capitalista de produção, representa a mola propulsora da era em que vivemos, sendo ampla a sua valorização constitucional.⁵ Conforme Gabriela Neves Delgado:

[...] o trabalho prestado em condições de dignidade é um valor indispensável para o processo de constituição da identidade social do homem, o que possibilita a sua identificação como ser humano consciente e capaz de participar da dinâmica da vida em sociedade. (DELGADO, 2006, p. 20)

Assim sendo, foi alvo de cuidadoso resguardo pela legislação, definindo a CLT um grande rol de direitos conexos, sua reposição patrimonial, e diversas multas aos violadores de tais disposições. E para os casos de infrações mais graves, ilícitos penais, devidamente sancionados, foram previstos em diversos diplomas legais, completando um ciclo protetivo do fenômeno trabalhista em todos os seus âmbitos de manifestação.⁶

Visando à tutela dos indivíduos economicamente frágeis, desprovidos dos meios de produção e que barganham seu esforço de trabalho por créditos alimentares, surgiu a Justiça do Trabalho, primeiramente, como um feixe de órgãos administrativos atrelados ao Poder Executivo. Pela Constituição Republicana de 1946, foi devidamente incorporada ao Poder Judiciário Federal, especializando-se em conflitos decorrentes das relações de emprego. E como resposta às novas exigências sociais, impostas frente à ideologia neoliberal flexibilizatória daquelas relações, perpetrou a Emenda Constitucional n. 45/04 a ampliação de sua competência processual, estendendo-a às lides oriundas de todas as relações de trabalho.

Mas, apesar de relevante função social e inclusiva, a Justiça do Trabalho, de posse de uma competência essencialmente patrimonial restitutiva, não vem fazendo jus à sua denominação. A coerção, como elementar a qualquer norma jurídica, obviamente, também se faz presente nas disposições ressarcitórias laborais.

⁵ A CR/88, em seu art. 1º, inciso IV, erige o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República; no art. 170, *caput*, dispõe ser a ordem econômica “[...] fundada na valorização do trabalho humano [...]”; e, no art. 193, coloca o primado do trabalho como base da ordem social.

⁶ É visível que as relações de trabalho não possuem apenas o aspecto pecuniário. São pluriangulares, existindo ainda outros pontos a serem analisados, como o aspecto penal e também o administrativo. E todos eles, sem dúvida alguma, provêm da relação de trabalho.

Entretanto, a sua intensidade em sanções dessa natureza não tem sido suficiente, mostrando-se o Direito do Trabalho como suave perante seus sujeitos e suscetível à elisão.⁷ Transformou-se a seara justralhista em um templo de transações vantajosas ao empregador, onde as concessões recíprocas, que as deveriam compor, cedem cada vez mais lugar às concessões unilaterais. O processo trabalhista não se afigura a ele como um ônus a ser evitado: as sanções penais laborais, e também as multas administrativas, não têm sido judicialmente aplicadas perante seus fatos geradores; a impunidade se alastra, e com a baixíssima taxa de juros cobrados na execução, bem inferior aos juros de mercado, o pagamento determinado na sentença é ofuscado por uma cultura protelatória, mostrando-se a recorribilidade como opção à obediência sentencial.⁸ O resultado dessa lógica é perverso ao trabalhador hipossuficiente, acarretando a sua exclusão social e a corrosão de seu crédito alimentar pelo tempo e pela inflação.

O Direito do Trabalho não é suave, mas tem sido visto como tal pela inaplicabilidade judicial de sanções penais. Conforme Michel Foucault, como o crime é perpetrado por mostrar-se vantajoso ao seu agente, se a ele fosse vinculada a ideia de uma desvantagem um pouco maior (previsão de penas adequadas e efetiva punição do infrator), ele deixaria de ser desejável.⁹

Nesse sentido, ressalta Guilherme Guimarães Feliciano ter a Justiça do Trabalho o papel fundamental de reafirmar a positividade das normas estatais em vigor e a validade social dos valores éticos do trabalho livre e digno, “[...] demovendo o agente agressor do seu pendor para a violência e arrefecendo a lógica fria da competição social”. (FELICIANO, 2004, p. 109, 110) Observa, ainda, que a punição contumaz do ilícito, sinalizando a eficácia do arcabouço normativo, inibiria criminosos potenciais e reprimiria a criminalidade mais grave¹⁰, sendo imperativa tal atuação da Magistratura do Trabalho no íterim da tutela dos direitos fundamentais laborais.

⁷ “O aumento colossal das ações trabalhistas, nos dias atuais, é prova evidente e irretorquível de que os preceitos trabalhistas da relação de emprego não estão sendo cumpridos”. (SILVA, 1993, p. 26)

Tal observação perpetrada por Antônio Álvares da Silva, há 15 anos, permanece extremamente atual, comprovando essa assertiva as estatísticas do TST referentes à movimentação processual na Justiça do Trabalho no ano de 2008 (disponível em: <www.tst.jus.br>).

⁸ O infrator

[...] emprega o dinheiro do pagamento em atividades econômicas e comerciais (ou no próprio mercado de capitais) e paga vários anos depois o débito corrigido em valor sempre menor aos juros reais ou ao lucro auferido pela inadimplência garantida pela duração da ação trabalhista. (SILVA, 1993, p. 32)

⁹ “Se o motivo de um crime é a vantagem que se representa com ele, a eficácia da pena está na desvantagem que se espera dela.” (FOUCAULT, 2003, p. 79)

¹⁰ “[...] Se as sanções ali previstas não ganham concreção, a norma penal perde seu sentido fundamentador, e sua capacidade de dissuadir o crime e de impelir à atitude jurídica.” (FELICIANO, 2004, p. 92)

4 JUDICIÁRIO TRABALHISTA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E EXPERIÊNCIA PENAL: ADEQUAÇÃO E RECONHECIMENTO DE SUAS ATRIBUIÇÕES

A experiência criminal já foi vivida por algumas Varas do Trabalho que, após a nova redação do inciso I do artigo 114 da CR/88¹¹ conferida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, abraçaram tal competência e começaram a implementá-la. Em algumas localidades¹² (como nos Estados de Santa Catarina e São Paulo), representantes do Ministério Público do Trabalho (MPT) efetivamente passaram a instaurar ações penais por crimes perpetrados no âmbito das relações laborais. E muitas dessas ações desaguaram em transações penais bem sucedidas, que se encontram em execução judicial ou já foram completamente executadas.¹³

¹¹ Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho [...].

¹² A *experiência catarinense*. Disponível em: <http://www.mg.trt.jus.br/acs/documentos/experiencia_caterinense.doc>. Acesso em: mar. 2007.

¹³ À guisa de exemplo, é possível citar os seguintes precedentes na Justiça do Trabalho:

- Termos Circunstanciados n. 001-A-2005/SR/DPF/Itajaí, 001-B-2005/SR/DPF/SC e 0016/2005-SR/DPF/SC, lavrados pela Polícia Federal e encaminhados, respectivamente, às Varas do Trabalho de Indaial (ADV n. 01028-2005), Joaçaba (ADV n. 00645-2005) e Curitiba (ADV n. 00681-2005), todos com transações penais propostas pelo MPT, aceitas pelos indiciados e homologadas pelo Juízo trabalhista, em cumprimento;

- Notícias-Crime n. 01592-2005 e 01631-2005, da Vara do Trabalho de Indaial, e 01437-2005, da 2ª Vara do Trabalho de Rio Grande do Sul, todas com transações penais em cumprimento.

- Denúncia-Crime n. 06578-2005-026-12-00-0, em processamento na 3ª Vara do Trabalho de Florianópolis, com *sursis* processual concedido aos denunciados;

- Denúncias-Crime 00905-2005 (Vara do Trabalho de Caçador), 04104-2005 (1ª Vara do Trabalho de Blumenau), 00893-2005-042-12-00-2 (Vara do Trabalho de Curitiba), 00890-2005 e 00891-2005 (estas últimas da competência originária do TRT da 12ª Região, considerando a prerrogativa de foro dos prefeitos), em andamento.

E existe pelo menos uma transação penal integralmente cumprida, que é a dos autos n. 01028-2005, da Vara do Trabalho de Indaial, com extinção da punibilidade do agente decretada pelo Juiz do Trabalho.

[...] a transação penal trabalhista tem agregado um elemento pedagógico importantíssimo na jurisdição laboral, na medida em que se tem fixado ao indiciado a obrigação de comparecimento mensal no juízo trabalhista com a inclusão de aspectos próprios laborais, como a exibição do livro de registro de empregados, das guias de recolhimentos previdenciários e do FGTS, PPRA, PCMSO, comprovantes de entregas de EPIs - quando se tratar de empregador, e da CTPS, quando se tratar de empregado (v.g. no estelionato por fraude ao seguro-desemprego), bem assim de frequência a cursos obrigatórios de direitos trabalhistas, prevenção e acidentes do trabalho, segurança, medicina e higiene do trabalho. No vazio legislativo da Lei 9.099/95, os Juizes do Trabalho, diferentemente da Justiça Comum, e consoante a *praxis* judiciária trabalhista, têm realizado audiências nos comparecimentos mensais, valorizando o ato e realçando o caráter pedagógico da pena restritiva de direitos aplicada. D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. *Competência Criminal da Justiça do Trabalho e Legitimidade do Ministério Público do Trabalho em Matéria Penal*: Elementos para reflexão. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141&p=2>>. Acesso em: mar. 2007.

Sendo o órgão ministerial um “defensor da sociedade”, configura a seara laboral um campo fértil à sua atuação. Salienta Antônio Álvares da Silva:

O Direito do Trabalho tem como conteúdo o trabalho humano, em sua forma mais abrangente. [...] Constitui-se em grande parte de direitos sociais e públicos (no campo do Direito Público e Coletivo) e individuais indisponíveis (nos domínios do Direito Individual do Trabalho).

Portanto, é o ramo mais propício à atuação do Ministério Público, com cuja competência coincide em sua totalidade. (SILVA, 2006, p. 47)

A Justiça Especializada Laboral mostra-se receptiva e adequável à nova competência. Os recursos financeiros nela empregados alimentam uma grande burocracia a serviço, basicamente, de questões meramente patrimoniais. Assim, por que não aproveitar a logística mantida pelo Poder Público para o debate de outras questões? Logicamente, a competência penal deve ser harmonizada com o Judiciário trabalhista, sendo necessária a sua reestruturação, bem como a do próprio processo do trabalho e o preparo de seus juízes. Mas tal necessária adequação de sua macroestrutura à nova competência, apesar de ainda não ter sido realizada, não impediu seu sucesso em sua inicial atuação na seara penal.

Pesquisas demonstram que, com o advento da EC n. 45, o MPT de Santa Catarina atuou criminalmente no Estado, acarretando benefícios sociais. Transações penais foram perpetradas, nelas constando a exigência de realização de cursos de legislação, segurança e medicina do trabalho no período probatório dos réus. Desde a primeira transação, realizada em junho de 2005 na cidade de Indaial, as empresas locais procuraram se adequar à nova competência da Justiça do Trabalho, orientando seus departamentos de pessoal a respeito do arcabouço normativo vigente.¹⁴

Para Reinaldo Branco de Morais, Juiz Titular da referida VT catarinense, “[...] a plena efetividade dos direitos da classe obreira possui como norte único o reconhecimento da competência penal trabalhista”.¹⁵ Isso por ser um inegável efeito da nova competência a adimplência e regularização espontânea dos direitos

¹⁴ No início do ano de 2007, segundo o Procurador do Trabalho de Santa Catarina, Marcelo José Ferlin D'Ambroso, eram mais de 30 denúncias-crime em andamento no Estado, sem contar as ações penais oriundas de Termos Circunstanciados da Polícia Federal e transações penais lavradas em notícias-crime, que quase igualam esse número. Entre as principais denúncias à Justiça do Trabalho estão as rescisões fraudulentas para saque do FGTS e percepção irregular do seguro-desemprego, pagamento de verbas trabalhistas com cheque sem fundos, falso cooperativismo, simulações de estágio, ações trabalhistas simuladas, pagamento de parcelas salariais “por fora”, falsas anotações de CTPS e cartões-ponto, coleta de assinatura dos trabalhadores em documentos em branco, acidentes do trabalho com culpa do empregador, retenção dolosa de salários, não repasse de contribuições sindicais e FGTS, retenção de CTPS, tráfico de trabalhadores e, principalmente, trabalho informal, sem registro na Carteira de Trabalho. *A experiência catarinense*. Disponível em: <http://www.mg.trt.jus.br/acs/documentos/experiencia_catarinense.doc>. Acesso em: março 2007.

¹⁵ MORAIS, Reinaldo Branco de. *Resultados práticos da competência penal trabalhista*. Disponível em: <http://www.acat.org.br/artigo_2006.pdf>. Acesso em: novembro/2008, p. 6.

trabalhistas, mesmo antes de eventual ação judicial.¹⁶

Percebe-se, portanto, que a proposta apresentada, além de viável, já teve aplicação com positiva repercussão social, o que confirma a instrumentalidade da coerção penal tanto em relação à observância espontânea dos direitos obreiros quanto à sua efetivação judicial. Ou seja, o exercício da jurisdição criminal trabalhista, de fato, estimula a solução amigável das lides e contribui para a erradicação de comportamentos nocivos ao trabalhador e à própria sociedade, diminuindo, por conseguinte, a litigiosidade nas relações entre capital x trabalho.¹⁷ Mas, infelizmente, seu exercício foi vedado a partir da decisão liminar concedida pelo STF no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3684/04¹⁸, que negou ao inciso I do art. 114 da CR/88 qualquer interpretação favorável à competência penal laboral. Sem adentrar ao mérito da questão, retornou a sociedade ao gozo de um processo que não mais lhe atende, por desconsiderar a premência, urgência e necessidade de direitos garantidores de sua própria sobrevivência.

5 A VIGENTE DINÂMICA PROCESSUAL: PULVERIZAÇÃO E CONTRAPRODUCÊNCIA

Atualmente, a eficácia das decisões emanadas pela Justiça do Trabalho encontra-se seriamente ameaçada por um procedimento inadequado. A análise pela Justiça Comum¹⁹ do aspecto penal das lides obreiras apenas dificulta a efetivação judicial dos direitos laborais. Nessas jurisdições, os atos processuais trabalhistas

¹⁶ No período de sua efetiva prática criminal, descreve a sua frequente procura por parte de:
- advogados de empregadores, relatando estar orientando seus clientes acerca da competência penal trabalhista e os incentivando ao cumprimento da lei para evitar problemas, principalmente de ordem criminal;

- advogados de empregados, comentando o aumento do número de acertos nas homologações das rescisões contratuais e a regularização pelos empregadores de situações outora só reparadas via ação judicial, como efeito da competência penal trabalhista;
- empregadores reclamados, pedindo sugestões quanto à regularização de problemas que resultaram ou poderiam resultar em atuação penal.

MORAIS, Reinaldo Branco de. *Resultados práticos da competência penal trabalhista*. Disponível em: <http://www.acat.org.br/artigo_2006.pdf>. Acesso em: novembro/2008, p. 6.

¹⁷ CESÁRIO, João Humberto; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin; MATTOS, Viviann Rodríguez. *Comentários à ADI 3684: em defesa da competência criminal da Justiça do Trabalho*, p. 53/54. Disponível em: <http://www.esmat13.com.br/art_normal.php?id.noticia=367>. Acesso em: mar. 2007.

¹⁸ Por meio da ADI n. 3.684/04, a interpretação favorável à competência penal trabalhista foi negada ao inciso I do art. 114 da CR/88 e também aos seus incisos IV e IX, quais sejam: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho [...];

[...]

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

[...]

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

¹⁹ Cabendo à Justiça Federal a análise dos crimes contra a organização do trabalho, e à Estadual, a dos demais ilícitos penais trabalhistas.

raramente são reaproveitados e a demora da solução do dissídio só se intensifica. A ausência de conhecimento laboral especializado leva muitas vezes à improcedência da ação, minando ao final o próprio direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário.²⁰ De fato, conforme Antônio Álvares da Silva, “Nada pior para o Estado do que desproteger aquele que, como contribuinte, sustenta suas instituições e, como parte, lhe pede justiça” (SILVA, 2007, p. 17), ainda mais quando se está em jogo o seu crédito alimentar.

Urge, na atual conjuntura laboral, aceitar-se que a eficácia de uma norma está intimamente ligada aos efeitos advindos do seu descumprimento, impondo-se ao Estado a busca de meios que garantam o seu respeito, tanto forçado quanto espontâneo.²¹ Deve-se dotar o processo laboral de instrumentos úteis e eficientes, que permitam soluções rápidas, seguras, justas, e evitem o demandismo. E o caminho a ser seguido deve ser o da especialização exaustiva da Justiça Laboral quanto ao bem jurídico “trabalho”, que abarque todos os seus desdobramentos em uma relação jurídica. Pois, conforme José Eduardo de Resende Chaves Júnior, a Justiça trabalhista deve ter *vis attractiva protectionis*, ou seja, um poder de atração protetiva em relação ao trabalho, potencializando tanto a sua proteção judiciária quanto a processual.²² Isso sim faria jus à própria dicção do inciso I do artigo 114 da CR/88, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/04, pelo qual compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho.

²⁰ Art. 5º da CR:

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ E um exemplo dessa busca por meios de efetivação do Direito é a atual discussão em torno do art. 149 do Código Penal, que arrola o crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo. A sua sanção mais grave, que é a reclusão do infrator de 2 a 8 anos, não tem sido implementada pelo Poder Judiciário. Segundo Frei Jean Marie Xavier Plassat, coordenador da Campanha contra o Trabalho Escravo da Comissão Pastoral da Terra (CPT), uma ínfima parcela das ações penais referentes a flagrantes escravistas prosperaram até uma eventual condenação, existindo apenas duas condenações à prisão até hoje. E como as outras sanções que se aplicam a esse delito (como a multa e a inserção do nome do infrator em uma lista suja) não acarretam tão graves ônus ao empregador (sob a sua ótica de custo-benefício), casos e mais casos de trabalho escravo surgem a cada dia. Mas a busca por algo que intimide tal prática já está sendo feita, surgindo a PEC n. 438 que determina a expropriação das terras onde for constatado esse crime. Nesse contexto, ao invés de a reclusão ser aplicada com mais frequência (o que, na minha visão, já intimidaria os infratores), optou-se por trazer uma nova sanção que não é penal, o que não nega o caráter intimidatório das penalidades criminais em geral. A sanção penal correspondente existe e é intensa; mas, como não é efetivada neste caso, ela perde esse caráter intimidativo, pedagógico e garantidor da ordem, e a norma é burlada facilmente. E isso serve como exemplo porque o intuito da fixação dessa nova sanção é o mesmo intuito do reconhecimento da competência penal: a promoção do direito material por via da coerção. O fim maior não é a desapropriação de terras e nem a prisão dos infratores: é a observância espontânea do arcabouço jurídico como forma de evitar tal gravame. *Trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1486&eid=165>>. Acesso em: setembro de 2008.

²² CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *A Justiça do Trabalho enquanto Vis Attractiva Protectionis: o Trabalho “Biopolítico” na Perspectiva de uma Especialização Democrática dos Ramos Judiciários*. Disponível em: <<http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=875>>. Acesso em: agosto de 2008, p.10.

Não se pode olvidar de que a própria história da humanidade demonstra o maior caráter intimidatório da sanção penal. (WACQUANT, 2008, p. 95) E, até os dias atuais, seus ônus ao infrator são bem maiores, sendo sempre reconhecida por tal natureza a punição mais grave a ser aplicada. De fato, a própria ação penal, por si só, já intimida, implicando uma condenação desse tipo graves consequências.²³ No íterim justralhista, além da pena privativa de liberdade a ser reservada aos casos mais graves, teriam as penas restritivas de direito²⁴ um local de destaque, pela sua lógica social benéfica. A prestação pecuniária e a prestação de serviços à comunidade, por exemplo, têm notável capacidade de converter as infrações normativas em uma ação favorável à sociedade, ao mesmo tempo em que cumprem seu escopo punitivo. E, por sua vez, a interdição de direitos possui um elevado caráter coercitivo, pois, ao impor, dentre outros gravames, uma paralisação temporária da produção, acarretaria ao empregador altíssimos (mas suportáveis) prejuízos econômicos, passando ele a agir legalmente como forma de evitá-los. Poder-se-ia contra-argumentar que tais medidas já podem ser adotadas pelo juiz laboral no bojo da competência já existente. Mas, se tivessem uma natureza criminal teriam um peso maior no histórico do infrator, representando o seu antecedente criminal uma marca intensamente reprovada pela sociedade.

6 VIOLAÇÕES JURÍDICO-TRABALHISTAS: AS REPERCUSSÕES SOCIAIS DE SUA IMPUNIDADE

Imperativa a referência aos impactos sociológicos da inefetividade dos direitos laborais no bojo das últimas transformações do sistema capitalista de produção. O processo flexibilizatório empreendido pelas elites e pelo Estado, subsidiado pela ideologia neoliberal de submissão ao livre mercado, tem retraído o viés tutelar das políticas públicas e mitigado os direitos sociotrabalhistas. Acirraram-se as desigualdades, o desemprego e o trabalho assalariado precário, diminuindo e até mesmo retirando dos trabalhadores a sua renda mensal. E tal conjuntura tem contribuído para o incremento da marginalidade urbana, que passou a ser a única opção para muitos desempregados, subempregados e sem-teto, pela sua difícil inserção no mercado de trabalho com a correlata percepção de um dinheiro honesto.

A partir de estudos perpetrados em países que suprimiram o Estado social²⁵

²³ A começar pelo antecedente criminal, de múltiplas implicações na vida de um indivíduo.

²⁴ Art. 43 do CP: As penas restritivas de direito são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - (revogado);

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

²⁵ No Brasil, realmente, não houve um Estado Social típico, tal como o paradigma europeu e americano. Mas houve sim uma forte política social na primeira metade do século XX. Leis esparsas foram surgindo, até que em 1930 começasse o período da oficialização do Direito do Trabalho. Foi na Era Vargas, que durou até 1945, que várias leis foram editadas, que o Direito do Trabalho foi elevado ao *status* constitucional (apesar de sua valorização exclusivamente individual), e que a CLT foi criada como uma consolidação de leis

pelo ideário neoliberal, constatou Loïc Wacquant que o Estado, ao invés de implementar políticas públicas que melhorassem as condições e opções de vida e de trabalho, vem empreendendo um “[...] processo de penalização da pobreza, elaborada para administrar os efeitos das políticas neoliberais nos escalões mais baixos da estrutura social [...]”. (WACQUANT, 2008, p. 93) O sociólogo francês relaciona o aumento das populações carcerárias ao crescente uso do sistema penal como instrumento de gestão da insegurança social, representando essa postura uma forma de disciplinar os rejeitados: a eles se oferece como alternativas o trabalho precário ou a marginalidade que leva ao cárcere, implicando o enfraquecimento do Direito do Trabalho em um enaltecimento do penal e penitenciário.²⁶

Mas a penalização da pobreza e o encarceramento acabam agravando os problemas que deveriam resolver, sendo uma implacável máquina de empobrecimento. (WACQUANT, 2001, p. 11 e 12) Além do elevado custo financeiro da reclusão penal para o Estado, há também um agudo custo humano e social. Suas nefastas consequências afetam não só os detentos, mas também os seus familiares. E de longe propicia a redenção do indivíduo, acirrando ainda mais a sua revolta com o sistema produtivo vigente. Frente às patentes causas sociais do aumento da delinquência, a lógica deveria ser outra: a violação da legislação trabalhista é que deveria ser punida, para evitar o incremento de excluídos e marginais, e incluir os indivíduos na sociedade através da percepção de seus direitos laborais. Priorizar-se-ia, desse modo, uma valorização do Direito do Trabalho como um instrumento de justiça social. (SOUTO MAIOR, 2002, p. 1308)

Mister esclarecer que a competência penal em defesa não é paradoxal quanto a tais observações. Poder-se-ia entender que, em ambos os casos, o aparato penal é mobilizado. Entretanto, a sua mobilização seria diversa. Enquanto o Estado se mantiver na análise dos crescentes ilícitos estimulados pela excludente flexibilização trabalhista, a sua atuação restringir-se-á às consequências do problema social. Mas é em uma de suas raízes que ele deve agir, penalizando os ilícitos que geram a exclusão, quais sejam, as infrações penais trabalhistas que dificultam a percepção pelo trabalhador de seus créditos alimentares.

O enrijecimento do tratamento penal não condiz com um autêntico Estado Democrático de Direito. Esse tipo de ação é um meio paliativo e imediato de atacar o problema. E o Estado deveria agir em suas raízes, sendo uma delas a mitigação e o desrespeito dos direitos laborais. (WACQUANT, 2001, p. 7) É imperativo o

preexistentes. Em 1946, a nova CR ampliou os direitos individuais e coletivos, seguindo a tendência mundial de protecionismo ao trabalhador. E assim foi até 1964, sendo prioridade a partir de então o crescimento da economia. Portanto, não se pode negar a existência de uma política social forte nessa época, que protegia o emprego e ampliava direitos. E foi essa conjuntura que foi quebrada pelo neoliberalismo, sendo perfeitamente adequadas ao Brasil as observações de Loïc Wacquant. (GONÇALVES, 2007)

²⁶ WACQUANT, 2008, p. 96 e 97. Importante frisar que tal enaltecimento não é no sentido de criação de novas normas penais, ou seja, de tipificação de novas condutas que abarcassem mais miseráveis. Mas, sim, no sentido de que pelo aumento da violência e da criminalidade houve o incremento da subsunção de fatos e comportamentos às normas de direito penal já existentes. As condutas tipificadas passaram a ser mais frequentes, o que implicou uma maior mobilização da jurisdição penal e o maior encarceramento de indivíduos.

fortalecimento dos direitos sociotrabalhistas frente aos interesses de mercado e, sobretudo, é imprescindível a garantia estatal de sua implementação compulsória. Daí a importância para a Justiça do Trabalho do instrumento punitivo aqui tratado.

O trabalho não é uma mera prestação de atividade em benefício de outrem, pressupondo uma contrapartida econômica e uma série de direitos que o configuram como um trabalho digno. E para proporcionar tal dignidade à massa trabalhadora, deve o Estado agir em duas frentes, que se relacionam como duas faces da mesma moeda: a previsão legal de direitos fundamentais e a garantia de que esses direitos serão observados, nem que seja compulsoriamente. Ademais, não se pretende reduzir a um só fator um problema social tão complexo e estrutural como o da insegurança pública, mas sim elucidar uma de suas causas, focalizando uma das diversas políticas que devem ser empreendidas pelo Estado no sentido de minorar o problema. Nesse talante, demonstra-se o caráter instrumental da competência penal quanto à efetivação (judicial e espontânea) dos direitos alimentares e à inclusão social do trabalhador.

7 CONCLUSÃO

Assim como a validade formal de uma norma, sua eficácia social é de grande importância. Esta, não sendo configurada espontaneamente pela conduta social, deve ser alcançada pela “força do aparato estatal” e pelo temor causado frente à sua competência de aplicar sanções. Se pudesse a Justiça do Trabalho aplicar as sanções penais, estaria a legislação trabalhista muito mais resguardada e valorizada. A atribuição para aplicá-las representaria um importante instrumento a serviço da justiça, proporcionando uma maior efetividade das normas que tutelam o labor humano: a maior coerção exercida pelas sanções criminais inibiria, de forma mais eficiente, a burlação legal trabalhista, que passaria a ser evitada como um meio de afastar as consequências judiciais sancionatórias.

Inegável é o caráter educativo e preventivo possuído pelas sanções jurídicas. Entretanto, tais atributos só funcionam a partir do momento em que são realmente implementados. Sua eficácia estimula uma conduta que visa o seu afastamento, evitando até mesmo o início de um processo judicial. E, nessa esteira, a plena capacidade do Judiciário trabalhista em aplicar as sanções pertinentes ao caso concreto efetivaria, agilizaria e aceleraria a validação do direito nas relações obreiras.

A celeuma quanto à competência ou não para a apreciação dos crimes relacionados ao fenômeno trabalho não deveria perder de vista alguns aspectos fundamentais para o próprio Direito positivo: as leis existem para serem cumpridas, o Poder Judiciário foi instituído para garantir tal efetividade, os direitos subjetivos devem ser respeitados, e a sua tutela eficaz deve ser implementada da maneira mais célere possível.

A necessária adequação da Justiça Especializada Laboral frente à competência penal não mitiga a sua instrumentalidade à eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas. Não se pode esquecer de que, ao lidar diariamente com as mais diversas questões obreiras, são os magistrados laborais detentores de um conhecimento específico acerca dos meandros das relações em apreço. Isso os torna os mais aptos para a análise, julgamento e cominação de quaisquer tipos de sanções frente à afronta aos dispositivos correlatos, imprimindo maior eficiência e rapidez à resolução dos conflitos.

Cumpra também ressaltar ser tal atribuição plenamente compatível com o Ministério Público do Trabalho, o qual já demonstrou inegável aptidão para a área. Nas palavras de Antônio Álvares da Silva:

[...] competência penal seria a mais eficiente ferramenta de afirmação da Justiça do Trabalho e a mais potente arma para combater as violações à lei trabalhista. [...] Enquanto não se combater a violação da norma trabalhista com meios adequados e eficientes, que vão desde a reposição patrimonial, passando pelas multas administrativas até atingir a sanção criminal, não teremos o valor “trabalho” considerado na forma que a Constituição desejou.²⁷

Por todo o exposto, a competência penal da Justiça do Trabalho é instrumental ao Direito material trabalhista, por visar à sua efetividade e à promoção de seu basilar Princípio da Proteção. Tal atribuição é plenamente adequada à atual conjuntura socioeconômica do país, que clama por um ativo Estado Democrático de Direito, garantidor do gozo de direitos fundamentais e promotor da dignidade humana. Assim, insere-se na inexorável evolução histórica do Direito e de seu processo, sempre a par da evolução social e de seus anseios essenciais.

ABSTRACT

WORK PENAL COMPETENCY: IN SEARCH OF THE WORK MATERIAL LAW EFFECTIVENESS

This article is an analysis of the Justice's Law penal competency as an instrument of the work material law effectiveness. The disrespect of the work norms had made unviable to many workers the usufruct of essential food credits in order to have dignity in life. In this context, the increase in urban criminality and social exclusion is more present day by day, being necessary the search for mechanisms that can invert this evil logic. The existance of illicit work penal tutelar of these rights shows us a socio juridical rejection to its disrespect. However, its existance is not enough, because just the real punishment will be able to eliminate such broadcasted impunity in the last times. So, starting from an exam of the possible social impacts on the criminal coercion in the work area, it has been search to erect the penal attribution of the Law Justice as a weapon against the frequent unexecuting of the work norms, considering that when its lawbreakers are punished it promotes law and spontaneous observance.

Keywords: *Work law. Justice of work. Work penal competency. Penal coercion. Work penal illicit.*

²⁷ O bem jurídico “trabalho” foi alvo de ampla valorização constitucional: a CR/88, em seu art. 1º, inciso IV, erige o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República; no art. 170, *caput*, dispõe ser a ordem econômica “[...] fundada na valorização do trabalho humano [...]”; e, no art. 193, coloca o primado do trabalho como base da ordem social. E, para a efetivação de tais ditames, imprescindível se mostra a competência penal trabalhista. (SILVA, 2006, p. 38-39)

REFERÊNCIAS

- *A experiência catarinense*. Disponível em: <http://www.mg.trt.jus.br/acs/documentos/experiencia_catarinense.doc>. Acesso em: março 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1970. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.
- CESÁRIO, João Humberto; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende; D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin; MATTOS, Vivian Rodríguez. Comentários à ADI 3684: em defesa da competência criminal da Justiça do Trabalho, p. 53/54. Disponível em: <http://www.esmat13.com.br/art_normal.php?id.noticia=367> Acesso em: mar. 2007.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *A Justiça do Trabalho enquanto Vis Attractiva Protectionis: o Trabalho "Biopolítico" na Perspectiva de uma Especialização Democrática dos Ramos Judiciários*. Disponível em: <<http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=875>>. Acesso em: agosto de 2008, p.10.
- D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. *Competência Criminal da Justiça do Trabalho e Legitimidade do Ministério Público do Trabalho em Matéria Penal: Elementos para reflexão*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141&p=2>>. Acesso em: mar. 2007.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Criminalidade e exercício da jurisdição. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, Forense, v. X, abr./maio/jun. 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MATTA MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos da teoria geral do direito: para os cursos de introdução ao estudo do direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- _____. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.
- MORAIS, Reinaldo Branco de. *Resultados práticos da competência penal trabalhista*. Disponível em: <http://www.acat.org.br/artigo_2006.pdf>. Acesso em: novembro/2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva 1996.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Competência penal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 66, n. 11, novembro de 2002.
- *Trabalho Escravo no Brasil*. Disponível em: <<http://www.cptnac.com.br/?system=news&action=read&id=1486&eid=165>>. Acesso em: setembro de 2008.

- WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____ . *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

DO SINCRÉTICO AO ÉTICO NOVOS RUMOS PARA A JURISDIÇÃO NO BRASIL

FROM SYNCRETIC TO ETHIC A NEW DIRECTION FOR THE BRAZILIAN JURISDICTION

Bruno Alves Rodrigues*

RESUMO

A relação entre os Poderes constituídos passa por uma nova fase de consolidação na República Nova. Uma crise institucional bate às portas do Judiciário, cada vez mais instrumentalizado de força cogente para ditar normas que pautem o convívio social. Repete-se o equívoco de se considerar prescindível a atividade política, a única capaz de garantir a autodeterminação dos povos, em contínua, propositiva e democrática construção cultural. O ambiente de descrença com o Legislativo deve ser resolvido com uma reforma deste - o que se processa não por reformas de técnica, mas com a educação moral dos integrantes da comunidade, enfrentando-se o problema, primariamente, enquanto questão social, e não institucional. Esta reforma será a única capaz de garantir a paz social, sem o inchaço exponencial do Judiciário. O processo deve ser assimilado como oportunidade madura que as partes têm para representar a conduta que defendem ser jurídica. Essa oportunidade deve servir, também, como momento de autocritica das condutas colocadas *sub judice*. A nota ética do processo está no contraditório. A função executiva deve estar sempre associada à função cognitiva, já que apenas a partir da eficácia do dado educativo-reflexivo da jurisdição é que se pode esperar a autoridade impositiva do provimento jurisdicional, a prevalecer mais pela razão e menos pela força. O Judiciário, quando aplica o direito, procura corrigir distorções resultantes do excesso (*hybris*) do indivíduo, quando o movimento do desejo, no mesmo, não foi regido pelo *métron* da virtude. É à Política, contudo, que se reserva a tarefa da correção dos excessos (*hybris*), no seio da comunidade (violência).

Palavras-chave: Ética. Política. Democracia. Educação. Processo. Jurisdição. Coerção. Jurisprudência.

INTRODUÇÃO - DEMOCRACIA E EFETIVIDADE DO JUDICIÁRIO

O processo político, numa sociedade de tradição democrática, garante a legitimidade da realização do direito, na interatividade entre norma e fato. A política parte da experiência coletiva (fato) para objetivação de seu regramento, segundo vontade coletiva (norma), de forma a prevalecer padrão de conduta representativa do bem (que agora, positivado, deixa de ser só moral, para também ser jurídico). O que o direito faz é garantir a efetividade deste bem. Daí, a interatividade sistêmica entre a autodeterminação normativa dos povos (política) e a efetividade das instituições (direito).

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG.

A democracia está na autodeterminação da vontade pela sociedade civil organizada, segundo valores de liberdade e igualdade. A maturidade de uma sociedade estará, primeiramente, em sua efetiva condição de autodeterminação política. Só assim, a norma objetivada pelo processo político não se distanciará da tradição cultural do povo. E, nesse mesmo sentido, a sua observância pela própria sociedade representará uma constante natural, cujos desvios esparsos merecerão ser corrigidos através dos instrumentos que também a própria sociedade instituiu. Nesse ponto, constatamos o segundo termômetro de maturidade social - a eficácia das instituições constituídas pelo próprio povo, para garantia de efetividade do bem.

A autodeterminação política expressa-se em representações simbólicas. O texto da lei é um símbolo que objetiva a moral coletiva em determinado contexto cultural. *Lex* vem de *legere*, que significa reunir e indica o caráter abrangente da lei, a compreender todos os fatos da vida social. O fato só se mostra relevante frente à norma e a norma inexistente em sentido se se desprender de sua vocação regente do universal concreto.

O símbolo (texto legal) exerce um papel de comunicação entre os produtores e os destinatários das normas (que, num regime democrático, se confundem). São duas tarefas dos mesmos sujeitos, e o dado ético de uma comunidade é que as aproxima, despertando, na eficácia reflexiva da norma, o reconhecimento entre o produtor (ocupado com o significante) e destinatário (ocupado com o significado).

É o reconhecimento, por parte do sujeito de direito, de sua condição de responsável pela construção da norma em abstrato, que legitima o processo de aplicação das leis (normas) aos casos concretos (fatos).

Assim garante-se contínua e propositiva construção cultural, capaz de sedimentar tradição pautada nos valores de igualdade e liberdade, e não sob aquilo que lhe deve sempre ser conferido, apenas, como instrumento de técnica, a força (coerção). Exemplos não faltam, no curso da história, bastando observar o fim levado pelos governos despóticos e pelos regimes ditatoriais, modelos de distanciamento entre poder e povo, retirando-se a legitimidade daquele - o que leva, por conseguinte, ao enfraquecimento das instituições, que não conseguem garantir, por muito tempo, regras que se distanciam da cultura popular.

Sob essa ótica, podemos dizer que, contraditoriamente, quanto mais as instituições precisam do instrumento força, para afirmação no seio social, mais fracas, portanto, as mesmas se apresentam para a mesma comunidade. Ou seja, as instituições tanto mais precisarão do instrumento coerção (força) quanto mais houver um distanciamento entre aquilo que as mesmas garantem e aquilo que efetivamente representa a autodeterminação (liberdade) dessa mesma sociedade. Por isso, mostra-se impossível a coexistência de instituições (aqui, compreendida a norma e os instrumentos de sua garantia - Judiciário, Ministério Público, Advocacia, etc.) eficazes, com um processo político frágil.

Apresenta-se, como consequência natural da conjuntura política fraca de um país, a tentativa de reforço das instituições, no que tange à estruturação e instrumentalização do potencial coercitivo. Quanto mais se tenta reforçar as instituições apenas pela força, e não pela aproximação das mesmas, em relação à sociedade, maior afinamento haverá com uma concepção puramente autoritária - e, por conseguinte, segundo exemplos do curso do processo histórico, do colapso do próprio sistema.

Vivencia-se, no Brasil, ambiente de descrença com o dado político. Pesquisa recente do Datafolha dá conta de que a taxa de reprovação do Congresso é de 40% do eleitorado.¹ Nesse contexto, fica fácil a ocupação interinstitucional do vácuo deixado pelo Congresso Nacional, papel inicialmente assumido pelo Executivo, com a edição abusiva de Medidas Provisórias, e que agora passa a ser absorvida pelo Judiciário.

A República Nova completa um quarto de século, com toda uma geração formada em ambiente redemocratizado. E o que se constata é que se paga, na urna, o preço do reflexo da atuação alienada de uma massa com sério problema de deficit educacional.

Assim é que a materialização do ideal republicano foi marcada, já de início, pela renúncia do primeiro presidente eleito através do voto direto, no curso de um processo de *Impeachment* que resultou na cassação dos direitos políticos, por oito anos, do então presidente Fernando Collor de Mello, que hoje integra a mesma Casa que o condenou, no exercício do cargo de Senador da República, desde 2007.² O seu processo de *Impeachment* foi conduzido pelo então Presidente da Câmara dos Deputados e hoje Deputado Federal Ibsen Pinheiro que, em 1994, teve seu mandato e direitos políticos cassados, acusado de participar do escândalo dos anões do orçamento.³ O mesmo evento político culminou na cassação de mandato de outros seis deputados, bem como na renúncia de quatro parlamentares.

A Câmara Alta do Congresso Nacional também experimentou sucessivos escândalos. Destaca-se, inicialmente, a renúncia dos Senadores Antônio Carlos Magalhães e José Roberto Arruda, em 2001, para evitar-se cassação e inelegibilidade decorrente de investigação por quebra de decoro parlamentar, referente à fraude em painel eletrônico e acesso à lista de votação no processo que implicou a cassação de mandato do Senador Luiz Estevão, também, por quebra de decoro parlamentar, em investigação de denúncia de corrupção.⁴ Antônio Carlos Magalhães foi reeleito Senador e empossado no cargo já em 2003, enquanto que Arruda foi eleito o Deputado Federal mais votado do Distrito Federal, em 2002⁵, passando a Governador do Distrito Federal sufragado, em primeiro turno, no ano de 2006, cargo exercido até 2010, quando teve sua prisão preventiva decretada pelo STJ (Inquérito n. 650) e mantida pelo STF (HC 102.732), na sucessão de ocorrências decorrente de relação espúria entre o Executivo e a Câmara dos Deputados, arquitetada em esquema de compra de votos já conhecido no Brasil, desde 2005, através do neologismo “mensalão”.

A recente história legislativa do Brasil foi marcada por outros episódios graves. A já desgastada representação do Distrito Federal no Senado foi marcada pela renúncia de Joaquim Roriz em 2007, ex-governador distrital envolvido em escândalo de corrupção.⁶ Verificou-se, ainda, a renúncia aos cargos de Presidente

¹ Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=935> (17.02.2010)

² Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Collor_de_Mello> (16.02.2010)

³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ibsen_Pinheiro> (16.02.2010)

⁴ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ant%C3%B4nio_Carlos_Magalh%C3%A3es> (16.02.2010)

⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Roberto_Arruda> (16.02.2010)

⁶ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Joaquim_Roriz> (16.02.2010)

do Senado e de Senador, por Jader Barbalho, em 2001, no intuito de se impedir que o processo de quebra de decoro parlamentar, no bojo de denúncias de corrupção, pudesse inabilitá-lo para o exercício das funções públicas, em caso de cassação. Em 2002, foi eleito Deputado Federal mais votado pelo Pará, cargo para o qual foi reeleito em 2006.⁷ O cargo de Presidente do Senado também foi objeto de renúncia por Renan Calheiros, em 2007, após várias denúncias de corrupção.⁸ A instabilidade do mesmo cargo perpetuou-se na gestão do ex-presidente José Sarney, marcado pelo escândalo dos atos secretos, em 2009.⁹

Os episódios narrados destacam-se dentre outras dezenas de escândalos¹⁰ que descredenciam a vida política, no Brasil, e evidenciam os “valores” de representativa parte dos pares que elegeram e continuam a eleger os mesmos mandatários, ignorando o fato de cerca de 40% (quarenta por cento) destes contarem com registro de ocorrências perante o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas.¹¹

As fragilidades do nosso sistema político, assim, nunca ficaram tão evidentes, e a corrupção legislativa tem um efeito pernicioso muito maior do que aquele hodiernamente focado (desvio de verbas públicas). A corrupção bloqueia o processo político, em seu sentido ético, ou seja, o de viabilizar a autodeterminação da sociedade. Se o político se distancia da busca da tradição cultural da sociedade, segundo princípios programáticos em razão dos quais foi (ou deveria ser) eleito, para buscar objetivar em lei aquilo para o que foi comprado, o resultado da atividade legislativa aproximar-se-á de interesses (poiéticos) de grupo, e se distanciará da vontade social livremente determinada (ético).

Indivíduos conscientes, dotados de uma educação reflexiva, conseguem distinguir valores regentes de uma vida virtuosa, e que não se distanciam, em última instância, da moral, na acepção coletiva. Enxergam, assim, a importância de legitimar a sua representatividade, pelo exercício do voto, na busca de partidários de sua crença política, e não na busca de interesses pessoais. Em civilizações desenvolvidas, de exercício consciente da democracia, valoriza-se o voto por afinidade principiológica. Nas outras, se o voto não é consciente, mas sim alienado (no sentido econômico e da consciência), efetiva-se o fisiologismo na busca de interesses utilitaristas, numa visão clientelista de Estado - ou seja, numa visão em que o sujeito não integra o Estado, compartilhando direitos e obrigações, na voz de representante sufragado, mas sim se enxerga o Estado como ente autônomo, integrado por pessoas para as quais se transfere o poder, através do voto, em contrapartida a interesses pessoais.

Se a quem se outorgou o poder de objetivar em lei o que, a um só tempo, derivaria da tradição cultural, e facilitaria norteamo de padrão de conduta dos

⁷ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jader_Barbalho> (16.02.2010)

⁸ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Renan_Calheiros> (16.02.2010)

⁹ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_dos_atos_secretos> (16.02.2010)

¹⁰ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_esc%C3%A2ndalos_pol%C3%ADticos_no_Brasil> (16.02.2010)

¹¹ Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/excelencias.pdf>> (16.02.2009)

indivíduos, não representa, efetivamente, a sociedade - mas sim conseguiu alcançar tal poder, a partir da alienação desta -, temos afetada a legitimidade das instituições produzidas por tal poder, que não são enxergadas pelo povo como algo dele derivado, dificultando o respeito espontâneo às mesmas e estimulando a tentativa de imposição coercitiva, por parte de tais instituições.

Não por outro motivo, quase todas as recentes reformas legislativas do Judiciário verteram-se no sentido de estruturá-lo como instrumento de força, e não de aproximação da sociedade.

O processo judicial será tanto mais próximo da sociedade quanto mais o mesmo conseguir obter a pacificação social pelo seu potencial cognitivo; e torna-se cada vez mais distante, na medida em que se impõe pelo seu potencial executivo.

Em uma comunidade ética, a partir da condução imparcial do processo, por parte do Estado-juiz, conhecedor da lei objetivada pela sociedade, oportuniza-se o encontro de dois sujeitos litigantes, integrantes desta mesma sociedade, viabilizando-se o diálogo (*dia-logos* - encontro de duas razões) em igualdade de condições (contraditório), de forma a ensejar reflexão acerca das condutas vertidas como antijurídicas (fato), frente àquilo que os próprios litigantes definiram como certo por meio do processo político (norma). Tal fase, denominada cognitiva, seria suficiente para se alcançar aquilo que se denomina educação ética, pela reflexão, tornando-se, *per se*, eficaz na pacificação do conflito, seja pelo consenso alcançado neste diálogo processual, seja na aceitação do provimento judicial, como correto. Daí, o jargão em civilizações mais desenvolvidas no sentido de que decisão judicial não se discute; cumpre-se.

Por outro lado, contudo, se o Judiciário promove imposição de lei alheia aos litigantes, que não reconhecem a mesma pela alienação política, dificultada está a instigação do processo reflexivo dos litigantes, que, ao não reconhecerem a lei como termo simbólico em que figuram não apenas como destinatários, mas também como produtores, deixam de admitir a base de legitimidade do provimento judicial fundado em tal lei, perdendo eficácia a fase cognitiva e fazendo-se necessária a fase executória.

Tal conclusão torna-se mais evidente a partir da exposição do mecanismo de funcionamento de um processo ético.

A atuação jurisdicional tem como resultado a educação para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios¹², e como decorrência desse norte (e não paralelamente ao mesmo) encontra-se a pacificação das relações sociais, a estabilidade das instituições políticas, o exercício da cidadania e a preservação do valor liberdade. Uma reflexão acerca da natureza jurídica do processo, bem como da sua essência, revelam a primariedade deste escopo educacional-reflexivo.

¹² (DINAMARCO, Cândido, 2002). A respeito da tarefa educadora do direito, SALGADO adverte que a

[...] educação só é possível na sociedade, uma vez que é formação recebida do outro. O direito é uma forma que torna possível que o homem alcance sua maioridade, a fim de que seja livre. O direito desempenha também essa tarefa educadora para a liberdade, que coexiste com o aspecto taliônico da sanção penal. (SALGADO, p. 279)

II - O PROCESSO JUDICIAL ÉTICO - A ESSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO

A sociedade política busca consenso, fundado numa razão universal, que convirja de postura democrática, pois só assim se poderá imaginar uma supressão efetiva das relações de dominação e a instauração da sociedade política na sua essência consensual como reino da liberdade realizada.¹³ A Justiça apresenta-se nesta instância harmônica de convívio social, com a concreção dos valores igualdade e liberdade. Não é com a atuação do Estado-juiz, portanto, que se concebe a justiça. Esta já existe e vigora, como regra, numa comunidade ética, atuando o Judiciário, apenas, quando provocado, para corrigir distorções - não competindo ao mesmo passar à condição de preceptor do conceito de justiça.

O excesso de conflituosidade em determinada comunidade resolve-se, em primeiro lugar, com a educação moral de seus integrantes, enfrentando-se o problema, primariamente, enquanto questão social, e não institucional. A morosidade do Judiciário somente será superada, de forma efetiva, quando as pessoas tornarem-se mais virtuosas, irredutíveis ao precário e contingente arranjo dos objetos do sentido e ao "mau infinito" do desejo¹⁴, pois, agindo segundo a reta razão, conforme a ordem paradigmática ou nomotética, atuarão como verdadeiros indivíduos universais, não havendo necessidade de se recorrer à instância jurisdicional para correção de distorções de conduta.

O Estado deve sempre procurar investir na educação do povo, viabilizando a reflexão dos indivíduos para a busca da consciência-de-si, medida que não representaria mero paliativo, como as apresentadas nas simples reformas da técnica (como as reformas procedimentais).

A efetiva atuação do direito deve ser incentivada para ocorrer, de forma espontânea, na sociedade, e não de forma remediada, no Judiciário, na medida em que, como afirma SALGADO, as mudanças políticas e sociais têm de vir em primeiro lugar, enquanto movimento imanente da liberdade ou do Espírito, em que se insere a ordem jurídica.¹⁵

A atuação do Judiciário deve ser tendente à elevação ética da consciência-de-si dos jurisdicionados, viabilizando uma reconciliação do indivíduo com a lei e a restauração do direito objetivo.¹⁶ Como adverte LIMA VAZ,

[...] a consciência primeiro emerge e se forma na relação não-recíproca com o mundo. Ela avança, em seguida, para a relação recíproca com outra consciência pelo reconhecimento. É então que se constitui como consciência-de-si (Eu) que, como consciência propriamente histórica, é igualmente consciência de um Nós.¹⁷

A atuação jurisdicional busca, exatamente, corrigir distorções do indivíduo que não agiu espontaneamente de forma virtuosa, ou seja, não expressou a consciência-de-

¹³ (LIMA VAZ, 2002, p. 185).

¹⁴ (LIMA VAZ, 2002, p. 240).

¹⁵ (SALGADO, 1996, p. 327).

¹⁶ Como adverte SALGADO, "[...] do ponto de vista subjetivo, a jurisdição é a reconciliação do indivíduo com a lei que é a sua própria proteção. Do ponto de vista do direito objetivo, é a restauração de sua validade." (SALGADO, 1996, p. 353)

¹⁷ (LIMA VAZ, 2002, p. 243).

si, no reconhecimento do outro. As distorções existentes, nas relações sociais, ocorrem na medida em que, não obstante as comunidades humanas sejam, por natureza, comunidades éticas - tendo no *ethos* uma dimensão constitutiva de sua estrutura -

[...] nas condições variáveis e extremamente complexas em que essas comunidades se realizam penosamente na história, sua face ética aparece quase sempre deformada ou velada pelos fatores poderosos que impelem os indivíduos e os grupos na direção das necessidades e dos interesses, em que o encontro com o outro é medido pelas categorias da utilidade, da dominação ou das satisfações subjetivas.¹⁸

Reside aí a razão da existência do Estado-juiz, essencial para a reafirmação do *ethos*, enquanto instância gerida pela razão prática e distanciada das razões poéticas, que serviram como força para desviar os indivíduos do *ethos*. O Estado-juiz (imparcial e regido pelo princípio do juiz natural) deve distanciar-se das razões de ordem utilitarista motrizes das ações das partes, buscando, essencialmente, a reafirmação do *ethos*, estimulando, no caso concreto, a

[...] possibilidade do encontro com o outro como encontro de natureza ética ou moral, que é forma mais alta da relação intersubjetiva. Formas inferiores do encontro que se desenrolam na esfera do útil só podem adquirir uma dimensão ética se sobrelevadas ao nível de universalidade da razão prática em que a gratuidade do bem se sobrepõe ao interesse do útil.¹⁹

Como visto no capítulo anterior, a lei é a forma encontrada, pela sociedade política, de expressão simbólica do horizonte comum de universalidade, atribuindo-se ao Judiciário o monopólio de declaração da expressão dessa universalidade, nos casos concretos, na medida em que as outras formas de solução dos conflitos (autocomposição, autodefesa ou autotutela²⁰), dada a indissociabilidade entre as razões poéticas e a própria técnica de solução do conflito, não conseguiriam obter o melhor termo de justiça.

Dentro da proposta de compromisso da jurisdição com o resgate da consciência-de-si dos sujeitos, sobreleva-se a importância da jurisdição voltada para a consecução de uma educação ética que viabilize o exercício dos próprios direitos e de respeito aos direitos alheios. Como adverte LIMA VAZ, reconhecer a aparição do outro no horizonte universal do Bem e consentir em encontrá-lo em sua natureza de outro Eu, eis o primeiro passo para a explicitação conceptual da estrutura intersubjetiva do agir ético.²¹ Observado, apenas, sob essa ótica - de

¹⁸ (LIMA VAZ, 2002, p. 245).

¹⁹ (LIMA VAZ, 2002, p. 245).

²⁰ "A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo." (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1998, p. 20)

²¹ (LIMA VAZ, 2002, p. 246).

estímulo à relação do reconhecimento -, que o processo cumpre sua função ética, ou seja, que o procedimento realmente atinge seu fim, enquanto que o escopo principal do processo - que levará aos demais - é o escopo educacional.

A sociedade política erradicou a violência através da lei, e só através da efetiva observância da mesma erradicar-se-á o conflito nos casos concretos. Não se atinge a paz, sem o efetivo compromisso com a ética, que tem como parâmetro jurídico seguro a lei.

Se o meio alternativo de solução de conflito não consegue afastar-se das razões poiéticas dos sujeitos, com efetivo resgate do *ethos*, definitivamente, não se atingirá o escopo de pacificação das relações sociais. Precisamente por isso, os meios alternativos são relegados, regra geral, àquelas esferas de menor irresignação social quanto ao descumprimento do preceito de justiça, a observar-se no âmbito dos chamados direitos disponíveis.²² Vale ainda fazer remissão ao fracasso da instituição do chamado meio alternativo na esfera dos direitos indisponíveis, como os direitos trabalhistas. A adoção das chamadas Comissões de Conciliação Prévia tem encontrado grande resistência, justamente, em razão das injustiças perpetradas nesta seara.²³

²² O art. 1º da Lei n. 9.307/96 dispõe que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (grifamos)

²³ A respeito, pondera Viana que:

É claro que - até certo ponto - as comissões poderão descongestionar as pautas e apressar o julgamento das causas não conciliadas. Mas o combustível extra que estará acelerando a judiciária será a perda de direitos por parte de um número bem maior de trabalhadores - aqueles que “transacionaram” os seus créditos. Outro perigo é o de que as comissões venham a ser colonizadas pela lógica do mercado, transformando-se num novo nicho de especulação comercial. Nesse caso, é fácil prever que as distorções se acentuariam. Toda ênfase seria dada à quantidade, em detrimento da qualidade dos acordos.

Complementa o autor, adiante:

Perguntaria o Leitor: mas haveria alguma diferença entre o acordo feito nas comissões e o que é realizado na Justiça do Trabalho? Até certo ponto, sim. Na Justiça do Trabalho, a simples presença do juiz e (especialmente) a ameaça de uma sentença desfavorável podem às vezes inibir o empregador. Assim, é provável que os acordos - mesmo baixos - tendam a ser menos prejudiciais aos trabalhadores. Por outro lado, um processo judicial sempre desgasta a imagem da empresa, e por isso causa um certo *stress*. Já as comissões legitimam perfeitamente os acordos, mesmo irrisórios, sem aquele desgaste ou *stress*. Com isso, descumprir a lei pode se tornar um negócio ainda melhor do que sempre foi: tudo pode ser resolvido mais tarde, a preços módicos, sem riscos e constrangimentos, num ambiente bem mais *light* que o fórum. E com um grau bem menor de visibilidade. (VIANA, 2002, p. 1447)

Os problemas acerca da concessão de direitos indisponíveis levou à edição da Portaria n. 329 do Ministério do Trabalho que dispõe, em seu art. 11, que “A conciliação deverá cingir-se a conciliar direitos ou parcelas controversas, excluídos de eventual transação direitos ou parcelas líquidas e certas, a exemplo de saldo de salário e férias vencidas.” A respeito, vale transcrever a seguinte passagem de LIMA VAZ:

É nesse sentido que se deve considerar a função instrumental do processo, enquanto instância de verdadeira atuação do direito material. Não se pode subverter essa vinculação e compromisso do direito processual, com o direito material, de forma a fazer com que aquele passe a ser produtor deste. GONÇALVES adverte que:

O direito material, enquanto cânone de conduta e de organização social, será fator de transformação, se assim for construído pelos seus destinatários, que são também os seus criadores. O processo, como instrumento disciplinado pela lei para permitir a manifestação do Poder Jurisdicional, chamado a resolver os conflitos, onde as autocomposições falharem, é instrumento pelo qual o Estado fala, mas é, também, instrumento pelo qual o Estado se submete ao próprio Direito que a nação instituiu. E esse Direito é o único poder capaz de limitar a atuação do Poder.²⁴

O processo tem uma finalidade, e o procedimento, para alcance dessa finalidade, faz parte do conceito do processo, dada a sua necessária funcionalidade para consecução daquele fim. Em outras palavras, toda alteração procedimental deve estar presa ao escopo do processo de realização da justiça, não devendo nunca se enxergar como mera manifestação exterior do processo.²⁵

[...] o grande desafio que se apresenta à comunidade ética como lugar concreto de efetivação do reconhecimento e do consenso é preservar, em meio às ambiguidades das situações, o espaço de uma autêntica reciprocidade no agir ético de seus membros. Seria arriscado e mesmo ineficaz, como atesta a experiência repetida de cada um, confiar aos indivíduos, envolvidos nas particularidades das situações infinitamente diversas, a preservação do espaço social da reciprocidade, ou seja, a permanência no tempo da natureza ética da comunidade. Daqui a invenção, historicamente decisiva, da norma e da instituição que, surgindo ao termo do movimento dialético do consenso ao nível da universalidade do agir ético, comprovam no nível da particularidade das situações históricas, da comunidade sua função estabilizadora e mantenedora do consenso em sua essencial reciprocidade. (LIMA VAZ, 2002, p. 254)

²⁴ (GONÇALVES, 1992, p. 12).

²⁵ Como muito bem observou GONÇALVES, a doutrina pátria, em sua expressão mais jovem e brilhante, aprofundou o conceito de procedimento como “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, “meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”, até reduzi-lo a manifestação exterior do processo, “sua realidade fenomenológica perceptível”. Em contraposição, ao processo é atribuída natureza teleológica, “nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder”, como “instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)”. A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões, um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada. (GONÇALVES, 1992, p. 66)

A ocorrência de um litígio revela, necessariamente, que os indivíduos envolvidos na relação - ou, pelo menos, um deles -, agiu em regressão a um *bourgeois*, no sentido hegeliano²⁶, e não como um verdadeiro cidadão. Cabe ao Estado, pela sua função jurisdicional, estimular a conscientização da substância ética que resgate aquele indivíduo como cidadão - o que se fará através do contraditório no processo, verdadeira dialética pautada no “reconhecimento” (do outro como outro eu), em consonância com o autodesígnio da comunidade ética, como um todo, disposto na lei.

A nota ética do processo está no contraditório. O processo deve ser assimilado como oportunidade madura que as partes têm para representar a conduta que defendem ser jurídica. Essa oportunidade deve servir, também, como momento de autocritica das condutas colocadas *sub judice*, pois, quanto mais a representação em juízo revela vínculos poéticos e carregados de interesses individuais da conduta, em distanciamento do *ethos*, mais a parte poderá esperar um provimento jurisdicional desfavorável. Daí, o escopo educacional do processo, que se revela em todo o procedimento, e não apenas no provimento final.

No processo, o Estado-juiz garantirá igual oportunidade de representação das condutas postas, *sub judice*, pelas partes, ou seja, garantirá o contraditório. Só através do contraditório é que se viabiliza, no processo, a interlocução entre duas razões (*dia-logos*).²⁷ Segundo LIMA VAZ, “o diálogo é fundamentalmente um evento de natureza ética e é por ele que a estrutura intersubjetiva do agir ético primeiramente se realiza.”²⁸ O contraditório constitui, assim, o veio de estímulo à relação de reconhecimento (educação ética), a ser alcançado de uma forma reflexiva pelos litigantes.²⁹

O contraditório, enquanto garantia de igual oportunidade de representação da realidade no processo, constitui ponto nodal para a justiça do processo, compreendida esta como a eficácia endoprocessual do procedimento de viabilizar às partes o encontro da consciência-de-si que deve vigorar - norte que se cumpre, de forma mais eficaz, se for encontrado, autonomamente, pelas partes, no curso do procedimento (conciliação, quando esta é resultante de consenso). Se, no curso

²⁶ “*Bourgeois* é o indivíduo que na sociedade cuida dos seus interesses particulares, sem qualquer consideração da ordem política como um bem comum. Seu interesse é sempre oposto ao da comunidade e só aproveita à comunidade porque sua atividade está inserida num sistema de interdependência, pelo qual o que ele produz é socializado, ou seja, aproveita indiretamente à sociedade. Esse conceito opõe-se não só ao conceito de cidadão no sentido clássico, mas também dialeticamente ao de cidadão na própria concepção hegeliana”. (SALGADO, 1996, p. 365)

²⁷ (LIMA VAZ, 2002, p. 248).

²⁸ (LIMA VAZ, 2002, p. 249).

²⁹ A respeito, LIMA VAZ observa que tanto o reconhecimento quanto o consenso podem assumir historicamente uma forma espontânea e uma forma reflexiva. A forma espontânea vigora no seio de uma comunidade ética onde o saber ético é suficiente para assegurar a coesão do *ethos* ali reinante e no qual os indivíduos se sentem espontaneamente integrados. A forma reflexiva é fruto de uma educação ética na qual as razões do *ethos* devem ser explicitadas e demonstradas, o que ocorre geralmente por meio de uma disciplina intelectual ou de uma Ética. (LIMA VAZ, 2002, p. 250)

do processo, as partes encontram esse termo de verdadeiro consenso, o procedimento chegou à sua finalidade imanente, sem a necessidade da substituição judicial. A assimilação, pela reflexão, assim, pode ser de tal forma eficiente, que as partes cheguem ao consenso (livre expressão da consciência-de-si no reconhecimento do outro). Caso não se chegue ao consenso, a reflexão não perde importância, pois ela viabilizará melhor aceitação da expressão, por parte do Estado-juiz, daquilo que significaria a singularidade na conduta colocada *sub iudice*, ou seja, aquilo que seria obra própria da razão prática (e não razão técnica), no particular, e que equivaleria à consciência moral social.

Se as partes não apresentarem maturidade suficiente para alcançar o consenso a partir da reflexão instigada no contraditório, o equivalente³⁰ deve ser imposto pelo Estado-juiz, mas sempre a partir de dois pressupostos: a) da representação da realidade levada pelas partes - pois, é abstraído as razões poéticas dessa realidade representada que o Estado-juiz encontrará o termo de justiça que deveria ter regido a relação colocada *sub iudice*; b) do horizonte universal do bem, objetivado na lei, pois ele será o parâmetro para o juiz separar as razões éticas das razões poéticas, determinantes da conduta colocada *sub iudice*.

Com essa reflexão torna-se claro que, efetivamente, a natureza jurídica do processo está no contraditório. O traço distintivo do processo, como espécie de procedimento, estaria na participação na atividade de preparação do provimento, dos "interessados", juntamente com o autor do próprio provimento³¹, e as reformas técnicas que suprimem essa nota devem ser sopesadas, já que alcançam a própria essência do processo.

Em termos, se efetivamente precisamos buscar reformas que visem uma maior celeridade do processo, temos que ter cuidado com o diagnóstico do problema - já que, como visto anteriormente, a morosidade do Judiciário está muito mais associada a um problema ético-político da sociedade, do que propriamente a um problema técnico-processual.

A par dessa reflexão, contudo, instituiu-se no Brasil aquilo que resolveram denominar "Processo Sincretico" e implantou-se um modelo Judiciário híbrido (com adoção de instituto próprio à *common law*, a súmula vinculante).

III - O "PROCESSO SINCRÉTICO"

A palavra "Sincretismo" faz referência a um sistema de conciliação de doutrinas distintas. Etimologicamente, a palavra provém do grego antigo *sinkretismós*, coalizão de dois adversários contra um terceiro.³²

³⁰ "[...] quando se trata do mesmo ato que estamos analisando em sua face intersubjetiva, também no reconhecimento e no consenso inteligência e vontade interagem de modo a formar um único espaço intencional de acolhimento do Outro, em sua individualidade singular e única, em sua dignidade de fim e em sua aceitação como participante racional livre da universalidade do bem". (LIMA VAZ, 2002, p. 247)

³¹ (GONÇALVES, 1992. p. 113).

³² Disponível em: <<http://es.wikipedia.org/wiki/sincretismo>> (16.02.2009)

Dentro da tradição brasileira, a palavra sincretismo esteve quase sempre associada ao chamado hibridismo religioso, cuja ocorrência teve ênfase na Bahia, tratando da mistura de religiões tradicionais africanas com rituais da Igreja Católica.³³

FERRETI, estudioso do sincretismo religioso no Brasil, aduz que, na antiguidade, conforme seu sentido etimológico, significava “junção de forças opostas face ao inimigo comum”. A partir do século XVIII, tomou caráter negativo, passando a referir-se à reconciliação ilegítima de pontos de vista teológicos opostos, ou heresia contra a verdadeira religião.³⁴

A expressão sincrético, portanto, representa um signo de comunicação carregado de conotação própria, segundo desígnio histórico. Foi utilizada pelo mundo jurídico por diversos processualistas³⁵ que a consideraram apropriada para designar o novo modelo processual, no qual se fundiram processos de conhecimento e execução.

Impertinente, contudo, associar o novo modelo processual ao conceito da expressão “sincretismo”.

Isso porque não podemos sugerir que o processo seja concebido como resultado da união de elementos de duas doutrinas distintas, como “junção de forças opostas”.

A alteração legislativa que unificou processos de conhecimento e execução, realmente, apresenta-se como divisor de águas na disciplina processual, mas isso não desnatura a essência e, portanto, o conceito de processo, que continua a representar, simplesmente, um procedimento em contraditório, na forma defendida por GONÇALVES.³⁶

Numa concepção de processo ético, a função executiva deve estar sempre associada à função cognitiva, já que apenas a partir da eficácia do dado educativo-reflexivo da jurisdição que podemos esperar a autoridade impositiva do provimento jurisdicional, a prevalecer mais pela razão e menos pela força.

Se se pretende compreender sincretismo processual como representativo da junção de elementos de duas doutrinas antagônicas (fase cognitiva X fase executiva), na falsa impressão de que o caminho para se alcançar a efetividade do processo perpassaria por um enxugamento da fase cognitiva, com redução de momentos de exercício do contraditório (verdadeira natureza do processo), segundo visão distorcida de que estes representariam pontos de estrangulamento, frente ao grande redentor da eficiência processual, a fase executiva, fatalmente a única mudança que poderemos esperar com as recentes alterações legislativas será uma piora do sistema jurisdicional como um todo.

Não estamos aqui defendendo que as “ondas reformistas” do Código de Processo Civil, procedidas a partir da década de 90 (principalmente, após a adoção do instituto da antecipação de tutela, com a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de

³³ O sincretismo entre religiões de origem africana e a religião católica, segundo José Beniste, “[...] valeu como poderosa arma para os negros manterem suas tradições. Sem ele, provavelmente, nem mesmo teriam podido manter os traços religiosos que ainda hoje se conservam”. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/sincretismo>>

³⁴ (FERRETI, 2001, p. 13/26).

³⁵ (BEBBER, 2006).

³⁶ (GONÇALVES, 1992).

1994), e que culminaram nesse novo modelo de processo, tenham sido ruins. Apenas, sustentamos que o reforço ao instrumento coercitivo (função executiva) não pode representar desprezo à importância da eficácia pelo convencimento (função cognitiva).

O enjugamento da fase de conhecimento se apresenta como uma tendência clara. A última reforma do CPC, em dezembro de 2009, dentre outras diversas que a antecederam, revela essa circunstância.³⁷ A Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, determinou a mudança de paradigma, complementando reforma do sistema de execução iniciada com a Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002. Evoluiu-se da autonomia de processos para fases de processo uno.

Revela-se, assim, uma tendência de se buscar efetividade do direito material, desvinculada de uma visão processual segmentada de forma estanque. Ampliou-se a discricionariedade do magistrado para interferir de forma direta e imediata no mundo dos fatos. Alterou-se a cultura processual de ônus do tempo do processo, que pode passar a recair, cada vez com maior facilidade, sobre o réu, ao invés do autor, com base em uma avaliação preliminar da ocorrência de verossimilhança e *periculum in mora*. Aumentaram-se as hipóteses de reversão patrimonial na execução provisória (art. 475-O do CPC, incluído pela Lei n. 11.232, de 2005).

Experimentamos, assim, estágio de sedimentação de nova cultura processual, que apenas se mostrará propositiva, caso as reformas de técnica procedimental sejam utilizadas em estrito compromisso com a essência ética do processo.

A hermenêutica processual mostra-se cada vez mais complexa. O pedido de antecipação de tutela ou de concretização antecipada de provimento judicial, que se mostrava praticamente impossível, até uma década e meia, e exceptuativa até os últimos cinco anos, hoje se revela praticamente como regra.

Não se pode perder de vista, contudo, que, se tutela tardia nunca representa uma tutela justa, a tutela rápida, pela simples celeridade, não atende ao preceito de justiça. A medida antecipatória deve merecer, sempre, fundamentação que atenda ao escopo de pacificação social pela via educacional-reflexiva, pelo que não pode ser sinônimo de “decisão precária”. De qualquer forma, a sua prolação nunca pode significar resposta duradoura do Estado. Ou seja, a existência de uma decisão antecipatória não pode representar escusa para justificar retardamento da prestação jurisdicional exauriente.

Importa ao processo que este conte não só com uma decisão rápida, mas principalmente justa, ou seja, que esta reflita a aplicação do direito, interpretado pelos cânones hermenêuticos, frente à retratação fática democraticamente retratada pelos litigantes.

Aquí, o debate acerca das reformas remete-nos a outra alteração de instrumento da técnica processual que atende à tendência antecipatória e pragmática, e que também afeta diretamente o potencial de justiça das decisões. Tal reforma transcende a possibilidade dos litigantes sofrerem materialmente os efeitos da jurisdição, antes de se esgotar, ou até mesmo de se oportunizar a prática de atos que, no processo, apresentam-se como faculdade de participação na construção do provimento. Trata-se da possibilidade de restringir ou eliminar a construção de um julgamento pela simples adoção de um “pré-julgado”.

³⁷ Lei n. 12.122, de 15 de dezembro de 2009, que incluiu como sujeitas ao procedimento sumaríssimo as causas relativas à revogação de doação.

IV - DA SÚMULA VINCULANTE

A jurisprudência reflete a reiterada aplicação do direito pelos Tribunais. A reflexão acerca de sua natureza conduz à reafirmação da tarefa interpretativa do direito, procedida pelos Tribunais, que só atuam, eticamente, se não quebrarem o movimento dialético do direito, de constante busca do *ethos*, desde sua forma mais universal, respeitando o movimento de *práxis* do ético, sem adotar a impossível pretensão de fixar a sua retratação cultural no curso histórico (jurisprudência “consolidada” significativa de jurisprudência imutável).

Como sustentado neste trabalho, estamos vivenciando um momento de conflito ético no direito, instaurado pela desvalorização das instâncias reflexivas, viabilizadas pelos institutos designadores da razão reta, na comunidade ética, movimento que leva a um rompimento entre a real instância legitimadora da lei (a de representar a forma de ação justa, na correlação entre a gênese histórica da lei e do direito e a essência moral do ser humano), em prol do reforço daquilo que não deveria passar de uma mera propriedade dos institutos, qual seja, o caráter coercitivo dos mesmos.

O poder deve legitimar-se na virtude da justiça por ele praticada, e não na força que deve ser assumida como mera instrumentalização para prática da justiça e de instigação e estímulo à conduta ética (educação ética). Deve-se respeitar a necessária vinculação existente entre os institutos e os valores ou Bem Comum, priorizando o estímulo à educação ética, como forma de atuação dos institutos, e não tomar a força como instância de preservação dos mesmos. O Direito sucedeu à força, com o regramento da conduta social, norteador por poder conduzido segundo os ditames da razão, e não consegue sustentar-se com o retorno ao uso da força, como o próprio instrumento de condução do poder.

Dentro das instituições do direito, a reforma do Judiciário, com a adoção da jurisprudência vinculante³⁸, e o constante reforço do incidente de uniformização de jurisprudência, como veículo jurisdicional (instância de prática de justiça *inter partes*), rompe com o próprio compromisso de preservação institucional (Instituição maior - Constituição) afeto à função jurisdicional.

O conflito dá-se na medida em que se tenta fragilizar e negar o próprio papel do *ethos* no processo dialético, sobrepondo o peso da técnica (coerção, ou dado vinculante dotado à súmula), como se fosse ela própria o fim da atuação do direito.

A ética, como define BITTAR, “[...] é um saber que se verte e se direciona para o comportamento”.³⁹ Comportamento aí entendido o humano, enquanto que apenas este exerce, conscientemente, a liberdade - e, como afirma ALVES, “[...] sem liberdade não há ética [...]”, enquanto que “[...] a liberdade supõe alternativas [...]” e se concretiza com a escolha, decisão procedida pela valoração de coisas e ações, do que decorre que “[...] não há liberdade sem valoração”.⁴⁰

Importa à Ética a atuação livre do homem, pois a mesma reflete a própria manifestação do *ethos* determinante de uma conduta virtuosa no indivíduo, ou

³⁸ Art. 103-A da CF/88 acrescentado pela EC n. 45/04, regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

³⁹ (BITTAR, 2004, p. 3).

⁴⁰ (ALVES, *in* BITTAR, 2004).

justa na sociedade. O *ethos* é “inseparavelmente, social e individual”.⁴¹

O problema conceitual da jurisprudência não pode isolar-se da ética, numa premissa de que a jurisprudência

[...] reporta-se a uma realidade axiologicamente neutra de *per se*, se considerarmos que uma coleção ordenada de acórdãos reiterados e consoantes de um Tribunal ou de uma Justiça, sobre um mesmo tema, não comporta valoração como boa ou má.⁴²

A circunstância de a jurisprudência ser vista como simples técnica é que tem conduzido à sua utilização e conformação de modo equivocado, pois sempre que a técnica jurídica se afasta do necessário dado axiológico do direito, este foge de sua base de legitimação.

A experiência jurídica referente à jurisprudência revela, num estudo etiológico⁴³ da palavra, a sua origem romana⁴⁴, advindo de *juris + prudentia*, expressando o poder dos jurisconsultos (*prudentes*) de dizer o direito. Assim é que, desde o período romano, à palavra jurisprudência emprestam-se diferentes significados⁴⁵, todos eles, contudo, presos à questão da gênese e dicção do

⁴¹ (LIMA VAZ, 2002, p. 38).

⁴² (MANCUSO, 2001, p. 30).

⁴³ Etiologia como “ciência” da origem das coisas.

⁴⁴ Em Roma, como observa CRUZ E TUCCI, nasce a “[...] jurisdição como atividade de *ius dicere* exclusiva dos pontífices, vocacionada ao regramento de fórmulas negociais e a disciplinar a autotutela dos litigantes”. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 33)

⁴⁵ LIMONGI FRANÇA esclarece que a palavra jurisprudência pode ser utilizada em cinco acepções:

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados. Teria como correspondente, no passado, a noção apresentada por ULPIANO, de *divinarum, atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia* (*Digesto*, I, 1, 10, 2, repetida por JUSTINIANO (*Institutas*, I, 1, 1), noção esta posteriormente impugnada por HEINÉCIO, que aí viu uma definição ampla demais, capaz de abranger a própria ciência da Filosofia (v. *Recitationes in Elementa Juris civilis*, par. 24 e 25, ed. Coimbra, 1817). O segundo, ligado à etimologia do vocábulo que vem de *juris+prudentia*, consistiria no conjunto da manifestação dos jurisconsultos (*prudentes*), ante questões jurídicas concretamente a ele apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados “pareceres”, quer emanados de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico. Isto posto, cumpre fique esclarecido desde logo que, ao versarmos o tema desta dissertação, teremos em mente apenas os dois últimos conceitos de jurisprudência, devendo ser feita, a respeito de um como de outro, a seu tempo e lugar, a devida especificação, sempre que tal se faça mister. (LIMONGI FRANÇA, 1974, p. 145)

direito.⁴⁶ Quanto ao período anterior a Roma, contudo, MANCUSO, citando Paulo Dourado de Gusmão, observa que:

[...] não se pode falar em jurisprudência, pois na Grécia, onde as ideias políticas e filosóficas se desenvolveram, a jurisprudência se confundia com ética, com investigações sobre a República perfeita, a lei justa, a justiça considerada como virtude.⁴⁷

A nosso ver, o grande problema da jurisprudência, ao longo dos tempos que sucederam ao período grego, foi exatamente o de afastar-se de seu compromisso com a lei justa, dentro da noção de justiça idealizada a partir da *polis*, no período clássico, distanciando-se de uma concepção ética do direito para se aproximar cada vez mais de uma concepção simplesmente tecnicista⁴⁸, hoje vigorante, no sentido de que, para constituir-se jurisprudência, basta que a realidade expressada por esta palavra represente a tradução do resultado da atividade jurisdicional dos Tribunais, numa ocorrência harmonicamente reiterada. Assim é que, modernamente, o significado de jurisprudência, “no sentido técnico-jurídico” (grifamos), seria de uma “coleção harmônica e sistemática de acórdãos reiterados sobre uma dada matéria”.⁴⁹

O conceito técnico de jurisprudência indica, assim, a existência de dois pressupostos, cuja verificação é necessária à sua conformação, quais sejam: a) a existência de questões de fato similares, ensejadoras de reiteradas provocações do Judiciário; b) decisão, pelos Tribunais, da aludida questão, em linha uníssona.

A jurisprudência, mais do que simples amontoado de acórdãos, apresenta-se como verdadeira expressão cultural da comunidade jurídica; e, certamente, tal expressão fica tão mais expressiva e menos suscetível às episódicas contingências

⁴⁶ Como adverte MAXIMILIANO, a jurisprudência

Na antiga Roma teve atuação mais larga do que hoje se lhe atribui: assim acontecia, porque aos pretores cabia o *ius edicendi*: por meio de editos declaravam como seria a justiça administrada no ano futuro, e deste modo completavam e corrigiam o Direito vigente. Dá-se atualmente o contrário: decide o magistrado só em espécie, embora em alguns casos preventiva e prospectivamente, como em *habeas corpus* e certos interditos. Entretanto, o faz de modo indireto, implícito; porque os indivíduos sujeitos à sua jurisdição e os respectivos consultores se orientam pela jurisprudência, que é seguida pelos tribunais inferiores. (MAXIMILIANO, 1980, p. 176)

⁴⁷ (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2001, p. 09/10).

⁴⁸ Em outro trecho, MANCUSO observa que

[...] na idade moderna, a jurisprudência foi acompanhando o envolver do Direito, à medida em que este foi sendo reconhecido como uma disciplina autônoma e distinta de outros ramos de conhecimento, que antes o tangenciavam ou com ele se mesclavam. Nesse sentido, é possível formular esta pontuação: a) Destacou-se o direito da moral, valendo observar que, embora esta e aquele integrem o grande gênero da Ética, diferenciam-se, porém, nisso em que as regras morais não gozam de coercibilidade ou exigibilidade. (MANCUSO, 2001, p. 09/10)

⁴⁹ (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2001, p. 15).

da realidade histórica quanto mais ganha um cunho de abstração e universalidade, distanciando-se das particularidades dos fatos.

Na atividade jurisdicional, o juiz mais preso ao fato, dada a principiologia processual, é o juiz de primeiro grau, circunstância que se atenua no segundo grau de jurisdição - que, não obstante figure, normalmente, como instância ordinária, encontra-se presa aos limites fáticos retratados na 1ª instância, só se justificando, num compromisso de busca da justiça, a substituição (ou, como alguns preferem, a reforma) da decisão de primeiro grau, na presunção de retratação, em segundo grau, de um melhor sentido da razão reta, disposta na lei, diante dos fatos valorados.

O juiz de primeiro grau encontra-se tão preso ao fato que é ele o revestido de poderes instrutórios, dirigindo a representação da realidade, no processo, segundo o princípio da imediatidade da prova. É ele o responsável pela conciliação, no processo, fruto do estímulo à atividade reflexiva das partes, diante do ditame da razão reta, disposta na norma enunciada de forma isenta por agente desinteressado. Para alcançar esse objetivo, o juiz da causa deve conhecer os usos e costumes a generalizarem a autodeterminação da vontade por aquela comunidade, com maior facilidade de apreensão das normas locais, assumindo compromisso de resguardo, não só das normas mais universais, mas, também, daqueles institutos, esfera de conhecimento que se imiscui nos graus superiores de jurisdição, ocupados cada vez mais com as normas de cunho mais universal, até o extremo do Supremo Tribunal Federal, ocupado com a preservação da Instituição de maior universalização, a Constituição.

Nos Tribunais, os limites do princípio da persuasão racional estreitam-se em relação à primeira instância, enquanto que a imediatidade da prova, nesta instância, permite uma série de delineamentos e esclarecimentos acerca dos fatos - impossível na segunda instância, que se atém à realidade tal qual retratada no primeiro grau.

Os Tribunais Superiores, por sua vez, distanciam-se ainda mais do fato - a eles não compete, em regra, a reapreciação de tal matéria-, diminuindo, ainda mais, em relação aos mesmos, a amplitude da persuasão racional em relação ao caso concreto.

A origem de tais Tribunais não está ligada, assim, à realização da justiça *inter partes*, em cada caso concreto, mas sim ao resguardo do sentido de universalidade do direito - o que se verifica, de forma mais nítida, na atividade do Supremo Tribunal Federal, enquanto instância de zelo da Constituição, sentido único da existência de todos os Poderes e institucionalização maior da expressão ético-política da sociedade.

Assim, a jurisprudência encontra tanto mais espaço de institucionalização quanto mais se distancia das particularidades do fato, e aproxima-se do caráter de universalidade da norma - o que viabiliza sua melhor expressão nas instâncias superiores. A jurisprudência, enquanto dado cultural, representará a reafirmação do *ethos* objetivado na norma, purificado a partir do distanciamento das razões poéticas desvirtuadoras da razão reta, em cada caso concreto.

A jurisprudência, assim, apesar de tecnicamente poder ser conceituada como resultado da atividade jurisdicional dos Tribunais, numa ocorrência harmonicamente reiterada, teria o seu real significado preso à concepção emprestada à atividade jurisdicional - ligado a uma tarefa conceptiva do direito, para a teoria unitária, e à tarefa interpretativa de direito preexistente, de acordo com a teoria dualista.

A reiteração de situações similares a demandar tal interferência do Judiciário, nesses moldes, acaba por ensejar a construção da jurisprudência enquanto resultado histórico positivo e atuante da permanente reconstrução do *ethos*.

Não pode a jurisprudência, contudo, enquanto técnica de atuação do *ethos* objetivado, primariamente, no universal concreto da lei, pretender assumir a própria posição da lei ou fonte - o que engessaria o sistema.

A jurisprudência, portanto, é um espelhamento da leitura, pelos Tribunais, do que seria uma repetição cotidiana de uma atuação ética do direito. Tal leitura procedida pelos Tribunais, contudo, nunca vai mediatizar, conceitualmente, o *ethos*, da mesma forma que a lei, de forma a fazer que essa se torne prescindível no processo de reconstrução permanente do Direito.⁵⁰

O conteúdo político do símbolo, assim, será determinante para apresentar a dimensão objetiva do mundo ético, pelo que mister se faz precisar a carga política existente no símbolo de linguagem expressado na lei e na jurisprudência.

A jurisprudência, enquanto resultante da reiteração da aplicação de um preceito do dever-ser a casos concretos, encontra-se intrinsecamente maculada com o dado contingente e exposta à motivação empírica - o que, dentro de uma concepção Kantiana⁵¹, seria suficiente para afastá-la da vontade pura (boa vontade), única passível de ser assumida como imperativo (*sollen*), enquanto que o dever dá-se no sujeito dentro de um princípio de autonomia - correlação, entre vontade pura e lei universal, na qual a vontade se autodetermina pela lei, sendo, portanto, autolegislatora.

Como adverte LIMA VAZ,

⁵⁰ Nesse sentido, tem-se que

[...] na estrutura subjetiva da vida ética, tem-se que a práxis e a *hexis* recebem do *ethos* seu conteúdo essencial expresso em normas e valores orientados ao Bem - o que torna práxis e *hexis* virtuosas; o *ethos*, por sua vez, recebe da práxis e da *hexis* seu existir concreto, em um constante processo de crescimento ético e formação da personalidade moral do sujeito, sempre mais virtuoso na medida em que se realiza como pessoa em meio à particularidade das condições intrínsecas e extrínsecas, favoráveis e adversas. O existir concreto da práxis e da *hexis* é situado no mundo e na História, devendo ser aquelas condições que compõem as circunstâncias em que se efetivam o agir e o hábito suprassumidas no horizonte do Bem universal, de modo que o ato singular praticado seja virtuoso ou "ato da vida no Bem"- toda prática ética se traduz, na sua continuidade, como exercício de uma virtude. (Cláudia Toledo e Luiz Moreira, *in* LIMA VAZ, 2002, p. 26/27)

⁵¹ A respeito da vinculação da vontade pura com o imperativo, e seu distanciamento da contingência do real, cumpre transcrever a seguinte passagem de SALGADO:

O dever-ser decorre da liberdade, ou: o homem deve, porque é livre. A diferença essencial entre ética clássica e ética kantiana está no conceito de liberdade como autonomia; para Kant, o bem que obriga não é algo que está fora da vontade, mas é a própria vontade que é boa em si mesma. A autonomia da vontade, na medida em que ela ganha universalidade pela racionalidade, é o que caracteriza a ética kantiana; o universal está na própria liberdade; nem o universal (como bem) se concebe como algo estranho a determinar a vontade, nem a liberdade é algo contingente e isolado do ato de escolha do "aqui e agora". (SALGADO, p. 242)

[...] a vontade autônoma é a boa vontade simplesmente tal cuja lei é o imperativo categórico, enunciado logicamente como juízo sintético *a priori* da Razão pura prática. Com efeito, nele o predicado da boa vontade participante de uma legislação universal não pode ser analiticamente deduzido de uma vontade afetada por motivações empíricas.⁵²

Dentro de um regime democrático, apenas na lei seria admissível a existência da vontade regida pelo princípio da autonomia. A autodeterminação constitui nota essencial da democracia. A democracia é um conceito político que figura como a forma mais adequada de expressão da dignidade humana.⁵³

A preservação da democracia, no Judiciário, num sistema de *civil law*, não está na questão da representatividade, mas na própria vinculação dessa função de poder à expressão mais democrática de autorregulamentação popular, através da representatividade: a lei. Através da lei, o Judiciário recebe, de forma democrática, o caráter institucional de preservação da própria lei.⁵⁴

O Judiciário não exerce o poder que lhe fora conferido pela lei, enquanto não provocado, em razão de demanda do mundo dos fatos - pelo que o resultado da atuação jurisdicional sempre estará preso ao mundo empírico, e a análise dos diversos provimentos jurisdicionais análogos, observada a determinante da experimentação prática, nunca terá o condão de ato de vontade autônoma, legítima postura do dever-ser num processo dialético de liberdade.⁵⁵ Ao contrário: a atuação do Estado, pelo Judiciário, constitui atuação heterônoma, que só assume legitimidade por estar prevista na lei (ou seja, na autonormatividade). O Estado-juiz impõe aos litigantes uma solução para o litígio, solução que não deverá representar a vontade de qualquer das partes - enquanto que a vontade dos sujeitos, na hipótese *sub judice* - ou, de pelo menos um dos sujeitos -, não representa autônoma representação da lei - mas, ao contrário, deverá expressar a melhor explicitação da lei, enquanto que única expressão de cunho universal autônomo, livre expressão de dever-ser. A partir do momento em que temos a atuação do Estado-juiz, o resultado não mais retratará comando do dever-ser livre, tal qual a lei - pelo que, ao procurar-se no consenso analógico de julgados, no mesmo sentido, uma força normativa, está-se violentando a própria premissa de liberdade do dever-ser.

O juiz, portanto, não cria a norma a vigorar naquele caso concreto. Admitir-se o contrário equivaleria a aceitar que o sujeito não teria tido a oportunidade, quando da ocorrência do fato, de atuar conforme a norma, ou seja, de atuar livremente, como autodeterminado, de atuar eticamente.

⁵² (LIMA VAZ, 2002, p. 84).

⁵³ (LIMA VAZ, 2002, p. 353).

⁵⁴ “[...] ao se focar a dimensão nitidamente institucional da Justiça (o Poder Judiciário), apreende-se seu caráter específico e a particularidade de sua inserção na sociedade e Estado democráticos”. (DELGADO, 1993, p. 13)

⁵⁵ Nesse sentido, adverte LIMA VAZ que a crítica kelseniana refere-se ao uso prático da razão pura -

[...] mediante o exame crítico dos usos da razão prática, de mostrar que a razão, na medida em que é empiricamente condicionada ou, em geral, condicionada *a posteriori*, é incapaz de fornecer à vontade um fundamento para seu agir sob a lei moral incondicionada. (LIMA VAZ, 2002, p. 84)

A única analogia⁵⁶ possível, entre o Legislativo e o Judiciário, prende-se à condição de figurarem como funções de poder instituídas, não havendo, contudo, possibilidade de se proceder à comparação de suas atividades.

O Direito sempre estará ligado à atividade mediatizadora do Bem, empreendida pela lei. O Direito nada mais é do que a medida de justiça.⁵⁷ A ligação do Direito a essa atividade, contudo, não se esgota na objetivação primeira da universalidade do Bem (ou seja, na determinação do conteúdo da norma, que passará à condição de fonte do direito⁵⁸ pela atividade do legislador) - enquanto que, além das normas, o direito cuida, também, das instituições que garantam sua observância. A norma, enquanto tal, não se apresenta como instância suficiente para garantir a relação de reciprocidade na comunidade, legitimando, assim, a existência de instituições eficientes de estabilidade e permanência do corpo social. A lei constitui a forma prioritária dessas instituições. Daí a precedência do Legislativo (ainda que na forma de poder constituinte⁵⁹ - poder essencialmente político, como observa BONAVIDES⁶⁰), enquanto instância legitimadora das demais funções de poder (Executivo e Judiciário), como instituições ligadas à consecução desse escopo da lei ("assegurar ao reconhecimento e ao consenso um quadro estável de exercício"⁶¹).

⁵⁶ Analogia aqui utilizada como comparação, enquanto que a busca etimológica da palavra comparação revela que a mesma advém do latim *comparatio* ("compar, aris, adj. Igual; compar, aris, m. f., companheiro, companheira; comparatio, onis f., comparação, confronto; analogia; comparativus, a, um, adj., que compara, que serve para comparar, comparativo, relativo a comparação; in-comparabilis, is, e, adj., incomparável; compar, posto a-par de, pertence ao grupo de par, paris, igual, atestado desde Ênio [...] *Comparatio* significa analogia em Cic. *Tim.*, 13. Cf. par (MAGNE, 1961, p. 190/191), que tem seu significado ligado à analogia.

⁵⁷ "A justiça apresenta-se, portanto, como a categoria ética fundamental que nos permite pensar no nível da universalidade lógica e do princípio do movimento dialético de sua constituição inteligível a vida ética segundo a estrutura intersubjetiva na qual ela é concretamente vivida. Se o conceito de virtude em geral é a categoria que exprime a mesma universalidade em sua extensão intersubjetiva: vivida comunitariamente, a vida ética como vida virtuosa é, primeiramente, uma vida na justiça." (LIMA VAZ, 2002, p. 285)

⁵⁸ Fonte do direito aqui compreendida no seu sentido formal, ou seja, "[...] mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram-se e cristalizam-se na ordem jurídica". (DELGADO, 2003, p. 140)

⁵⁹ Respeitando os limites do presente trabalho, restringimo-nos a apresentar a concepção com a qual concordamos de necessária vinculação entre o poder constituinte e a função mediatizadora do *ethos* que se dá institucionalmente no nível de encontro (com o outro) societário. Não se estenderá o presente estudo, assim, à justificação de tal concepção frente a outras correntes que tratam do poder constituinte a partir de teorias distintas, como as que fundam o poder constituinte em "sistema de crenças" - a respeito pondera LUZIA MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO que,

[...] perante a contingência histórica da categoria ética da legitimidade, e perante o dado irrefutável da permanência desta crença em toda a ordem de domínio "legítima", pode aduzir-se, como o fazem, por exemplo, Duverger e Jouvenel, que a legitimidade não vai além de um sistema de crenças, não havendo poderes legítimos em si, mas apenas poderes que se julgam legítimos. (PINTO, 1994, p. 22)

⁶⁰ (BONAVIDES, 2001, p. 125).

⁶¹ (LIMA VAZ, 2002, p. 251).

A atividade legislativa, para ser eficaz, em seu escopo, deve preceder à conduta. Nessa premissa reside o princípio da irretroatividade da lei, com a garantia do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, bem como a utilidade da *vacatio legis*.⁶²

A atividade jurisdicional, diversamente, exerce a função constitucionalmente instituída, apenas, quando se noticia fato que revela inexistência de espontânea atuação de pessoa jurídica, em conformidade com a razão reta instituída (seja de forma mais evidente e grave, lesando o próprio instituto constitucional, seja em violação à reta razão infraconstitucionalmente instituída). A reflexão que se instiga, na função jurisdicional, é necessariamente secundária, enquanto que se deve presumir que as partes envolvidas no litígio possuíam parâmetro normativo para agir segundo a *recta ratio*.

A jurisprudência integra o universo do direito, enquanto abstração, viabilizada por meio de reiteração do resultado dessa instigação reflexiva secundária que se promove na função jurisdicional do poder instituído. Enquanto resultado de uma instigação reflexiva secundária, a mesma não pode pretender assumir o posto da instigação reflexiva primária, sob pena de se romper todo o sistema acima exposto. A publicização da súmula de jurisprudência, como parâmetro primário de conduta, segundo a razão reta (o que se faz conferindo-se à mesma caráter vinculante, ou de fonte formal do direito), choca-se com o próprio pressuposto de existência de uma comunidade ética, pois a súmula apresentar-se-ia como o signo de inexistência precedente de parâmetro normativo, objetivado para orientar conduta segundo a razão reta (ou conduta ética), pois, caso o mesmo existisse, despidiendia seria a própria jurisprudência vinculante.

A jurisprudência vinculante, enquanto expressão de dever-ser, desvinculada de pressuposição de existência de parâmetro do bem comum, objetivado legalmente, reflete a tendência de acumulação de poder em distanciamento da sociedade civil⁶³, que só se “justifica”, sob a ótica individualista de reforço do poder, no momento em que o mesmo seria alvo de crítica, pela sua morosidade e ineficiência.

Transparente se torna, assim, a violência processada com a adoção do remédio paliativo dos pré-julgados - que, como o próprio nome indica, negam a aplicação do direito, nos casos concretos, na medida em que o momento de síntese

⁶² Lei de Introdução do Código Civil brasileiro - Decreto-lei n. 4.657/42 - “Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.” “Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

⁶³ As alterações processadas no Judiciário, com a adoção da súmula vinculante, refletem, numa ótica histórica, a crise da modernidade, evidenciada na dificuldade de processamento da dialética da eticidade, dadas as dificuldades existentes, numa sociedade individualista, de se proceder à mediação entre indivíduo-família, família-sociedade civil e sociedade civil-Estado. LIMA VAZ adverte que

[...] os tempos pós-hegelianos assistiram à hipertrofia da estrutura binária indivíduo-sociedade, seja na forma de uma exacerbação do individualismo, seja na cisão cada vez mais profunda entre sociedade civil e Estado, este arrastado pela dialética da acumulação do poder, aquela pela dialética da satisfação cumulativa de necessidades sempre novas. (LIMA VAZ, 2002, p. 175)

(julgado) é dado, antes mesmo (pré) de iniciar a subsunção das premissas maior e menor.

O Judiciário, quando aplica o direito, procura corrigir distorções resultantes do excesso (*hybris*) do indivíduo, quando o movimento do desejo, no mesmo, não foi regido pelo *métron* da virtude. A tanto procede porque constituindo para isso na lei como função de poder.⁶⁴

É à Política, contudo, que se reserva a tarefa da correção dos excessos (*hybris*), no seio da comunidade (violência), o que procederá, tanto melhor, quanto mais eficazes forem seus instrumentos (verificados no direito) para instigarem a referida tarefa.⁶⁵ Como adverte LIMA VAZ, assim como, no indivíduo, o movimento do desejo tende ao excesso e deve ser regido pelo *métron* da virtude, assim a dinâmica do poder é habitada internamente pela desmesura ou a *hybris* da violência e deve ser regulada internamente pelos logos presente na lei.

A jurisprudência, decorrendo única e exclusivamente da reiteração de julgados, num mesmo sentido, identificará a postura assumida por diferentes julgadores, diante de casos concretos similares. Não está na origem da jurisprudência, assim, a correção de excessos na coletividade, mas no indivíduo, sempre com fundamento do expressado, como justo, na coletividade - do que se extrai seu distanciamento da política, quanto à sua função.

Por certo que esse distanciamento é limitado, pois a lei justa refletirá, sempre, no âmbito da comunidade, ação análoga à da virtude, no indivíduo. Poder-se-ia argumentar, assim, que, ao se declarar a ação virtuosa do indivíduo, o que se declara, também, é a própria razão do *ethos*, que é a mesma razão do que deve ser assumida como justo na coletividade (e, portanto, na lei, pela política). O que não se pode esquecer, contudo, é de que essa ação não deve ser assumida como virtuosa e justa, porque o Judiciário assim a declarou, mas, ao contrário, o Judiciário

⁶⁴ “A associação do poder com a força é, por sua vez, um fato universal e natural, e a força se exprime primeiramente como violência. A sociedade política se apresenta exatamente com o intento de se desvincular a necessidade natural da associação e a utilidade comum dela resultante do exercício do poder como força ou como violência, e assumi-las na esfera legitimadora da lei e do Direito. Esse intento virá a concretizar-se historicamente na invenção da *polis* como Estado onde o poder é deferido à lei ou à constituição (politeia).” (LIMA VAZ, 2002, p. 206)

⁶⁵ A respeito da retratação, no direito, do efeito normativo produzido pela política, e da continuidade da atividade política após fixação da ordem constitucional, assevera DELGADO que

[...] é equívoco se aferir uma dissintonia inconciliável entre norma jurídica e conduta política. A primeira é resultado da segunda, consumação de uma ação política bem sucedida, que passa a estabelecer um parâmetro para as condutas políticas subsequentes. Modernamente, a política, portanto, desenvolve-se, em geral (a não ser situações revolucionárias e de crise política aguda), em um contexto normativo preestabelecido, que traduz o quadro político até então predominante, na medida em que o Direito é a afirmação de um processo político anterior. Desse modo, a política se desenvolve no estuário de uma determinada normatividade, embora seja o conduto hábil a alterar esse mesmo estuário, invalidando-o, inclusive. (DELGADO, 1993, p. 58)

só pode afirmá-la, como virtuosa, enquanto correspondente ao que previamente a política definiu como justo.⁶⁶

O Judiciário, sem a lei, com efeito, perde o parâmetro de definição da conduta virtuosa. A reiteração de afirmação de condutas virtuosas, em casos individuais, não passa de reiteração de afirmação do que já está contido na lei justa, do que decorre a desnecessidade e impossibilidade de se emprestar força normativa a essa reiteração de julgados.

CONCLUSÃO

O problema da política moderna deve ser assumido e resolvido, enquanto tal. Impossível ao Judiciário resolver o problema da ausência de legitimidade normativa material, através do seu instrumento de técnica, a coerção. Lado outro, não pode o Judiciário - que encontra sua legitimidade na própria política - arrogar-se a corrigi-la, através da entronização da jurisprudência, como instância normativa, substitutiva da própria lei. O aprimoramento da nota de promoção da estabilização institucional da política, pelo direito, não pode ocorrer no desapego entre o estabilizante (direito) e o estabilizado (universal, politicamente determinado). Não se podem centralizar esforços na ideia de segurança jurídica, preterindo a ideia de justiça, entendida esta como consciência moral social fixada no seio da comunidade ética pela política.

Não é a fixação do estável que leva ao justo, mas sim a assimilação do justo que leva à estabilidade.

O direito não pode desvincular-se do seu necessário intercâmbio com a atividade política, para que ambos consigam atingir a paz, no convívio social.

A coerção deve ser utilizada no direito, sempre, em compromisso com o instituto politicamente designado, fazendo-se uso da força para estabilizar aquilo que a sociedade política institucionalizou, como dado a ser preservado, apresentando-se como tautológica a utilização da coerção compromissada, apenas, com a manutenção da estabilidade, como se esta fosse um fim em si mesma.

O jurídico só viabiliza a paz social, instaurando a justiça, se configurar expressão mais bem acabada da instituição política, dotada, por essa razão, da força coercitiva.

ABSTRACT

The relationship between the Brazilian's State constituted Powers is going through a new phase of consolidation. One institutional crisis reflects on the Judiciary,

⁶⁶ “A dialética particular-universal-singular desdobra-se no campo da existência individual como circularidade dialética do ético e no campo da existência social como circularidade dialética do político. Mas é preciso convir que nem todas as concepções do homem logram articular corretamente essa dialética, e é permitido supor que a inadequação de algumas dessas concepções às exigências conceptuais que se manifestam na analogia entre o ético e o político seja um dos problemas fundamentais do pensamento político contemporâneo.” (LIMA VAZ, 2002, p. 210)

progressively empowered with means to dictate rules for social engagement. Again, the mistake of considering the political activity merely accessorial is made; yet, politics is still the best guaranty of people's self-determination, in a steady and democratic edification of their culture. The current disbelief on Brazilian's Legislative must be solved by its reform, which is not possible by mere technical alterations in positive law, but with the moral education of the members of the community, by comprehending that the question is social, not institutional. That reform is the only way for achieving social peace, without the increasingly swelling of the Judiciary. The process must be taken as a mature opportunity for the defendants to justify the lawfully of their bearings, shaping what would be a justiciable controversy - and also self-criticise their own behaviours, which are brought before the Court. The ethical note of the process lies on the reciprocity of the right of defence. As a result of this cognizance, by the defendants, the authority of the judgment will lie more on its reason, than on its coactive power. The Judiciary, when applying the positive law, makes an effort to correct distortions caused by the excess (hybris) on one's behaviour, when acting by his desires, without the limits of virtue's métron. But the incumbency of correcting the excesses (hybris), in a whole community, belongs to Politics.

Keywords: *Éthics. Politics. Democracy. Education. Process. Jurisdiction. Coaction. Jurisprudence.*

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé. In BITTAR, Eduardo C.B. (2004). *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva.
- BEBBER, Júlio Cesar. (2006). Reforma do CPC: processo sincrético e repercussões no processo do trabalho. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/reforma_juliocesarbebber.html>
- BITTAR, Eduardo C.B. (2004). *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva.
- BONAVIDES, Paulo. (2001). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. (1998). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. (2004). *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- DELGADO, Mauricio Godinho. (2003). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr.
- _____. (1993). *Democracia e justiça: sistema judicial e construção democrática no Brasil*. São Paulo: LTr.
- _____. *Política: introdução à conceituação*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Vol. 76. Imprensa Universitária, p. 58, janeiro de 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. (2002). *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores.
- FERRETTI, Sérgio. Notas sobre o sincretismo religioso no Brasil: modelos, limitações, possibilidades. *Revista Tempo*, n. 11, julho 2001. Dep. de História da UFF, Niterói: Ed. 7Letras.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. (1992). *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. (2002). *Ética de direito*. São Paulo: Edições Loyola.
- _____. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. 2ª edição, São Paulo: Edições Loyola.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. (1974). *O Direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- MAGNE, Augusto. (1961). *Dicionário etimológico da língua latina: famílias de palavras e derivações vernáculas*. Vol. IV, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. (2001). *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MAXIMILIANO, Carlos. (1980). *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- SALGADO, Joaquim Carlos. (1996). *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola.
- _____. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- VIANA, Márcio Túlio. A onda precarizante: as comissões de conciliação e a nova portaria do Ministério do Trabalho. *Revista LTr* 66-12/1447, dezembro de 2002.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. (1994). *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

EFFECTIVENESS OF LABOR RIGHTS IN BIDDING PROCESS

Mila Batista Leite Corrêa da Costa*

RESUMO

O artigo busca demonstrar a obrigatoriedade do Estado em resguardar os direitos trabalhistas no procedimento licitatório estabelecido pela Constituição de 1988 e pela Lei n. 8.666/93, tendo como fundamento, especialmente, o Princípio da Proteção, da Dignidade Humana e a doutrina trabalhista. É o direito ao trabalho valor social constitucionalmente tutelado, sendo esse o contraponto da doutrina trabalhista à postura omissiva do Estado no procedimento licitatório. Os instrumentos metodológicos envolvem recursos qualitativos, com enfoque para o estudo da proteção jurídica dada ao trabalho na doutrina, legislação e jurisprudência trabalhista, buscando dar ênfase à efetividade dos direitos como valor social constitucionalmente tutelado. O objeto de análise é o procedimento licitatório sob o ponto de vista da tutela trabalhista, apresentando-se referenciais normativos e doutrinários brasileiros acerca do tema. A investigação proposta é, portanto, jurídico-descritiva, abrangendo diversos ramos do direito, em especial o Direito Constitucional, Administrativo e do Trabalho. A vertente utilizada é a jurídico-dogmática por focar os elementos internos ao ordenamento jurídico, buscando compreender as relações normativas no campo jurídico analisado. Trata-se de um estudo inter e transdisciplinar, um diálogo entre ramos jurídicos importantes, e uma possibilidade de revisão de fórmulas tradicionais de interpretação em prol da efetividade de direitos.

Palavras-chave: Licitação. Lei n. 8.666/93. Habilitação. Direitos trabalhistas.

1 INTRODUÇÃO

Se o homem moderno ousasse exprimir qual o seu conceito de céu, descreveria uma visão semelhante a uma gigantesca loja, a maior do mundo, na qual ele próprio se encontrasse, dispo de dinheiro suficiente para comprar tudo. Deslumbrado, ele perambularia feliz, de boca aberta por aquele paraíso de supérfluos e outras novidades, contanto que houvesse sempre mais e mais coisas novas para comprar e, talvez, que seus vizinhos fossem um pouco menos privilegiados que ele. (FROMM *apud* HUNT e SHERMAN, 1977, p. 214)

* Advogada. Especialista em Direito Público. Bacharel e Mestranda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

O sistema de produção industrial estruturado ao longo da história do capitalismo apresenta estágios de organização da produção e mecanismos de relação entre capital e trabalho que, articulados a uma lógica de desenvolvimento, permite uma compreensão do processo de organização do trabalho iniciado no sistema doméstico e substituído pelo sistema de fábrica que orienta a dinâmica produtiva moderna.

Essa evolução histórica caracteriza-se como cerne do entendimento do Direito moderno (seus pressupostos, transformações e elementos constitutivos), possibilitando abordagens interpretativas que auxiliam na construção de uma nova dogmática jurídica.

O atual contexto de transformação do sistema apresentou um forte impacto no mundo do trabalho, marcado, nas últimas três décadas, por uma ruptura com a concepção de Estado Keynesiano e pelo renascimento de uma ideia minimalista de atuação estatal, subsidiária à iniciativa privada.

Embora a Carta Constitucional de 1988 tenha representado uma preocupação do constituinte com o estabelecimento de um rol de direitos a serem tutelados, dentre eles a proteção ao trabalho, a flexibilidade e a integração tornaram-se as palavras de ordem do sistema em construção; a primeira designando a rapidez de adaptação dos meios de produção aos imperativos do mercado; a segunda referindo-se à otimização da produção aliada a uma agilidade no intercâmbio de informações. É o contraponto feito por Salgado (1998) entre o Estado Ético, garantidor dos direitos fundamentais, e o Estado Poiético, aquele que subordina os igualitarismos próprios da Democracia à lógica da maximização econômica.

Nesse sentido, os conceitos de Estado mínimo, de abstencionismo e de livre negociação tornaram-se pilares do paradigma neoliberal em meados dos anos 70 e, por consequência, o próprio Direito, até mesmo o Direito do Trabalho, instrumento de sopesamento do sistema capitalista, sofreu influências da dinâmica neoliberal. Como cita Silva (2005), está o Direito do Trabalho em permanente transformação por caminhar ao lado da expansão do capital.

É nesse contexto que se deve analisar a dinâmica do procedimento licitatório estabelecido pela Lei n. 8.666 de 1993 (Lei de Licitações), cuja edição remonta à década de 90, período da história brasileira marcado pela desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive pelo próprio Estado.

O tema da licitação e contratos administrativos trazido pela Lei em análise é notadamente desenvolvido na seara do Direito Administrativo, tendo sido menos discutido pela doutrina trabalhista, notadamente em seu aspecto formal. Dessa forma, o instituto da licitação deve ser considerado tendo como pano de fundo indispensável a evolução do sistema capitalista e o processo histórico de regulamentação das relações de trabalho, bem como a fundamentação teleológica trazida pela doutrina trabalhista, considerando que, como conceitua Reis (2007), é o trabalho condição de sociabilidade e valorização filosófica do próprio homem.

O objeto de análise situa-se especificamente em uma das fases do procedimento licitatório, denominada habilitação, quando a Administração deve verificar quais licitantes estão aptos a participar da disputa, analisando a documentação apresentada por cada proponente. Verifica-se a adequação de cada interessado aos requisitos objetivamente estabelecidos pelo edital e, especialmente, pela Lei n. 8.666/93, em seu artigo 27:

Da Habilitação

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei n. 9.854, de 1999)

O art. 27 da Lei n. 8.666/93 indica que a documentação deve referir-se apenas à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República (CR). Esta última exigência foi imposta pela Lei n. 9.854 de 1999 e visa impedir que participem de licitações empresas que descumpram a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

O propósito maior da análise, dessa forma, é avaliar a ausência de requisitos na Lei de Licitações que imponham aos licitantes a obrigatoriedade de cumprimento dos direitos trabalhistas como pressuposto para participação do processo de licitação pública. O legislador, ao eximir-se de estabelecer tal requisito, representa a própria omissão estatal em sua função precípua de protetor dos direitos trabalhistas e, por conseguinte, dos cidadãos. Como cita Sena (2007), na perspectiva da sociedade, o que é realmente relevante é a efetividade e justiça do Direito como instrumento de tutela.

Deve-se pensar, portanto, sobre o impacto do tema no mundo do trabalho e a possibilidade de inserção de um novo requisito relativo à comprovação de cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação da licitação, seja por meio da alteração formal da Lei n. 8.666/93, como já propõe o Projeto de Lei n. 7.077 de 2002 em tramitação no Congresso Nacional; seja por meio de uma reeleitura constitucionalizante dos requisitos preexistentes já elencados no art. 27, tendo como pano de fundo a alegação de excesso de burocratização sustentado pela doutrina administrativista em contraposição ao fundamento de tutela e proteção do trabalho desenvolvido pela doutrina trabalhista.

2 LICITAÇÃO: FUNDAMENTOS

Máquinas, multidões, cidades: o persistente trinômio do progresso, do fascínio e do medo. O estranhamento do ser em meio ao mundo em que vive, a sensação de ter a sua vida organizada em obediência a um imperativo exterior e transcendente a ele mesmo, embora por ele mesmo produzido. (HUBERMAN, 1986, p. 186)

Ao contrário dos particulares que têm ampla liberdade de contratação, a Administração Pública é cerceada pela adoção de um procedimento determinado por lei. Nesse viés, a licitação é o “[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato

de seu interesse”. (MEIRELLES, 1999, p. 23) Segundo Bandeira de Mello (2006), é imposta pela própria Constituição no art. 37, XXI¹, e estriba-se na ideia de competição isonômica entre os interessados que preencham os requisitos legais.

Segundo Di Pietro (2009), licitação (do latim *licitatione*, acusativo do substantivo *licitatio*, que significa venda por lances) é um procedimento administrativo² por meio do qual um ente público, no exercício da função administrativa³, possibilita a todos os interessados que se submetam às condições fixadas no instrumento convocatório⁴, a formulação de propostas dentre as quais será selecionada a mais vantajosa para a celebração do contrato.⁵

A licitação objetiva possibilitar, segundo Bandeira de Mello (2009): à Administração a escolha do melhor particular apto à realização do negócio; a proteção do interesse público e dos recursos governamentais; o respeito aos Princípios da Isonomia, Impessoalidade e Probidade (arts. 5º, 37, *caput*, e 85, V, CR).

A Constituição da República de 1988 colocou fim à controvérsia preexistente ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre

[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Isso significa que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação (art. 24, § 2º e inciso II do art. 30 da CR):

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

² É concebida como procedimento administrativo por constituir-se de um conjunto de fatos e atos da Administração e do licitante objetivando a formação da vontade contratual.

³ Na expressão “ente público no exercício da função administrativa” é possível conceber entidades privadas, com personalidade de direito privado, no exercício da função pública.

⁴ No instrumento convocatório (que será o edital ou carta-convite conforme a modalidade de licitação em análise), estão contidas todas as condições básicas para a participação na licitação e para a formalização do contrato após concluído o procedimento licitatório. Daí a expressão usual criada por Hely Lopes Meirelles “O edital é a lei da licitação”.

⁵ No direito privado, vigora o Princípio da Autonomia da Vontade. No Direito Administrativo, por seu turno, “[...] a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital [...]”. (DI PIETRO, 2009, p. 351)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Art. 30. Compete aos Municípios: [...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Para Figueiredo (2000), há ainda o parágrafo único do art. 22 que permite à lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo, dentre elas a licitação.

Nesse sentido, foi editada a Lei n. 8.666 de 1993⁶ (originalmente, Projeto de Lei n. 1.491/1991), que revogou o antigo Decreto-lei n. 2.300/86, regulamentou o inciso XXI do art. 37 da CR e instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

No entanto, em que pese a Lei n. 8.666/93 tenha sido gerada como norma geral, em seu art. 1º, esgota as possibilidades de suplementação por parte dos demais entes da federação, não permitindo que os Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Segundo Cretella Júnior (1993), as normas gerais são parâmetros e as normas especiais as minudenciam conforme as peculiaridades do direito local, estadual ou distrital. Só serão as normas gerais constitucionais na medida em que não invadam a autonomia dos entes federados. Portanto, o art. 1º da Lei de Licitações, segundo Di Pietro (2009), é notadamente inconstitucional e intensifica uma tendência legislativa centralizadora da União, invadindo área de competência suplementar sobre licitações e contratos administrativos.

É nessa seara de discussão que se supõe que os Estados e Municípios podem instituir um novo requisito na fase de habilitação visando à promoção e tutela dos direitos trabalhistas. Segundo entendimento de Figueiredo (2000), Estados e Municípios, respeitadas as normas gerais, poderão dispor sobre questões referentes ao procedimento administrativo da licitação. A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 117, parágrafo único⁷, exige implicitamente prova de

⁶ A Lei n. 8.666/93 já foi parcialmente alterada pelas Leis n. 8.883/94, 9.648/98, 9.854/99, 10.438/02, 10.973/04, 11.079/04, 11.107/05, 11.196/05, 11.445/07, 11.481/07 e 11.484/07.

⁷ Art. 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Parágrafo único - É vedada à administração pública direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, a contratação de serviços e obras de empresas que não atendam às normas relativas à saúde e segurança no trabalho. (grifo nosso)

atendimento a normas relativas à saúde e à segurança do trabalho, extrapolando a Constituição da República e a Lei n. 8.666/93.

A Constituição da República exige licitação para contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviços públicos (arts. 37, XXI e 175 da CR).⁸ De modo similar, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 demanda licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. E são obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública Direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).⁹

2.1 Modalidades, Fases e Procedimento

A Lei n. 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação no art. 22: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. O pregão é modalidade de licitação criada pela Medida Provisória n. 2.026 de 2000, convertida na Lei n. 10.520 de 2002, que não merecerá análise por apresentar sensíveis diferenças de procedimento.

A concorrência é a modalidade de licitação realizada com ampla publicidade visando à participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital (art. 22, § 1º). A tomada de preços, por seu turno, é a modalidade de licitação “[...] realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º)”. (DI PIETRO, 2009, p. 381)

No Convite, a Administração seleciona o número de licitantes, conforme o texto legal, e somente a estes solicita ofertas. O Concurso, conforme define Figueiredo (2000), é meio de seleção da melhor capacidade técnica ou artística. É usado na aferição da capacitação pessoal. Por fim, o leilão, segundo Bandeira de Mello (2006), é a modalidade de licitação utilizada para venda de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos por força de execução judicial. É usado ainda para venda de imóveis adquiridos em procedimento judicial ou dação em pagamento.

O procedimento licitatório analisado será o referente à modalidade da concorrência, cerne da questão proposta, que compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.¹⁰ Conforme o

⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁹ Existe uma polêmica acerca da necessidade de as empresas estatais prestadoras de serviços públicos submeterem-se ao procedimento comum estabelecido pela Lei n. 8.666/93 ou ao procedimento a ser estabelecido pelo estatuto jurídico das empresas estatais (art. 173, § 1º, III, CR). Di Pietro (2009) entende que as empresas estatais poderão sujeitar-se a procedimento diverso daquele estabelecido pela Lei de Licitações.

¹⁰ Não há muita diferença entre o procedimento da tomada de preços e da concorrência. A diferença mais relevante está na antecedência na publicação do edital (15 dias, conforme o art. 21, § 2º, III da Lei n. 8.666/93) e na fase de habilitação, que é feita antes do procedimento licitatório para os inscritos no registro cadastral. Para os interessados que apresentarem a documentação até o 3º dia anterior à data do recebimento das propostas, a habilitação é feita durante o procedimento (art. 22, § 2º). Já no convite, o procedimento é bastante simplificado: não há fase de habilitação.

entendimento de Bandeira de Mello (2006), são duas as fases fundamentais: habilitação - demonstração dos atributos - e julgamento - apuração da melhor proposta.

O edital é o ato por meio do qual a Administração divulga a abertura da concorrência, estabelece os requisitos para a participação dos interessados, define o objeto e as condições do contrato. Todo o procedimento licitatório está estritamente vinculado ao instrumento convocatório (que é o edital nas demais modalidades e carta-convite na modalidade convite).

No momento da feitura do edital, será especificado qual o tipo de licitação que norteará o procedimento. Os tipos de licitação previstos na Lei n. 8.666/93 estão elencados no art. 45, § 1º. São quatro: menor preço (o licitante vencedor será aquele que ofertar o menor preço conforme as especificações do edital ou convite); melhor técnica; técnica e preço; e maior lance ou oferta (nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).¹¹

A segunda fase e a mais relevante para a análise é a habilitação, segundo Di Pietro (2009), quando ocorre a abertura dos envelopes contendo a documentação exigida (§ 1º do art. 43 da Lei n. 8.666/93).¹² A habilitação, no entendimento de Cretella Júnior (2001), é o conjunto de requisitos legais a ser preenchido pelo interessado para o exercício de um direito, qual seja, participar do procedimento licitatório. É o ato prévio do julgamento das propostas. Nasce, nessa fase, uma espécie de “qualificação para licitar”, nas palavras do autor.

É um ato vinculado porque o que é exigido do interessado deve estar expressamente previsto no edital. “Se a Administração exorbitar dos requisitos exigíveis para habilitação, exercendo sua faixa discricionária, estará legalmente restringindo a possibilidade de oferta. De conseguinte, ocorrerá nulidade.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 452)¹³

Os documentos passíveis de exigência estão elencados no art. 27 da Lei de Licitações, como já transcrito, e somente podem referir-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal¹⁴ e

¹¹ A terceira fase da licitação é a classificação, marcada pelo julgamento das propostas e classificação pela ordem de preferência segundo critérios objetivos estabelecidos no edital (esses critérios são os chamados tipos de licitação). A quarta fase do procedimento é a da homologação, consistente na aprovação do procedimento. A quinta e última fase é a da adjudicação, que é o ato por meio do qual a Administração “[...] atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento”. (DI PIETRO, 2009, p. 399)

¹² Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

¹³ Nesse sentido:

Licitação, Habilitação, Administração Pública. Exija dos interessados, para fins de habilitação nas licitações, exclusivamente, a documentação indicada nos artigos constantes da Seção II, Capítulo II, da Lei n. 8.666/93 (TCU, TC-001.027/93-0, Min. Homero Santos, 14.06.95).

¹⁴ Há controvérsias na doutrina a respeito da exigibilidade da comprovação da regularidade fiscal. O tema será tratado na investigação científica.

cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da Constituição da República.¹⁵ O inciso XXI do art. 37 da Constituição, no entanto, somente demanda documentação referente à “[...] qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Conforme entendimento de Di Pietro (2009), a previsão restritiva do inciso XXI do art. 37 da CR não impede a requisição de documentos relacionados à capacidade jurídica, como previsto na Lei de Licitações. Esse requisito, estabelecido no inciso I do art. 27 da Lei n. 8.666/93, está pautado no fato de que a Administração não pode celebrar contratos com pessoa física ou jurídica incapaz de ser titular de deveres e de contrair obrigações na ordem civil. Para a autora, mesmo que essa exigência não estivesse contida na Lei de Licitações, seria um requisito legal e constitucional.

No entanto, paradoxalmente, Di Pietro entende que a exigência do inciso V do art. 27 da Lei de Licitações (referente à comprovação do cumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos) não tem fundamento constitucional.

Segundo a autora administrativista, essa exigência nada se relaciona com a habilitação¹⁶, embora seja “[...] meritória a preocupação em zelar pela norma constitucional que restringe o trabalho de menores”. (DI PIETRO, 2009, p. 391) Di Pietro (2009) defende que o estabelecimento de outras exigências contribuiria para a burocratização do procedimento licitatório, infringindo o inciso XXI do art. 37 da CR. Bandeira de Mello (2006), de forma similar, entende que, na fase de habilitação, deve a Administração abster-se de “rigorismos inúteis”.

Nesse sentido, a comprovação da capacidade jurídica, não prevista na Constituição de 1988, mas apenas na Lei n. 8.666/93, no entendimento da autora, teria sustentação jurídico-constitucional ao passo que a comprovação por parte do licitante de observância de um preceito constitucional trabalhista não teria qualquer relação com o procedimento licitatório.

3 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E OS DIREITOS TRABALHISTAS

O Projeto de Lei n. 1.889 de 1996¹⁷, embrião da Lei n. 9.854 de 1999 (que incluiu o inciso V ao art. 27 da Lei de Licitações), em sua justificação, apresenta dados relativos ao abuso cometido pelos empregadores ao explorar mão-de-obra infantil. E condena a conduta do Poder Público por financiar, indiretamente, com recursos públicos, a exploração do trabalho infantil ao contratar licitantes não comprometidos com o dispositivo constitucional.

Para além, é condenável o financiamento, por meio de recursos públicos, de particulares licitantes não comprometidos com o cumprimento de qualquer direito trabalhista, inerente à condição de dignidade de cada brasileiro que alcança a condição de trabalhador.

¹⁵ Merece menção o fato de que a exigência referente ao cumprimento do art. 7º, XXXIII, da CR é de fácil observância tendo em vista que o Decreto n. 4.358 de 2002, que regulamentou a Lei n. 9.854/99, estabeleceu como comprovação a simples declaração do licitante.

¹⁶ Márcio dos Santos Barros compartilha da mesma opinião da autora.

¹⁷ O projeto de lei foi sugestão da Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança.

O Projeto de Lei n. 7.077/2002, nesse sentido, busca sanar a falha no procedimento licitatório ao incluir no rol do art. 27 a exigência de regularidade trabalhista:

Os arts. 27 e 29 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27 [...]

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

[...]” (NR)

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

[...]

V - prova de inexistência de débitos trabalhistas para com empregados e desempregados, mediante a apresentação de certidão negativa expedida por órgão competente da Justiça do Trabalho, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.” (NR) (grifo nosso)

Acrescentou o projeto o Título VII-A à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. O Texto Celetista passa a exigir a referida certidão, emitida por órgãos da Justiça do Trabalho, para a contratação com o Poder Público nas situações que serão elencadas na própria CLT.

Conforme redação original do Projeto de Lei n. 7.077 de 2002, o referido Título VII-A dispõe:

TÍTULO VII-A

DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRABALHISTA

Art. 642-A. É exigida a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, fornecida por órgão competente da Justiça do Trabalho, nos seguintes casos:

I - da empresa, individual ou coletiva:

- a) na contratação ou renovação de contrato com o Poder Público para fornecimento de bens ou serviços;
 - b) no recebimento de benefícios, ou incentivo fiscal, ou crédito concedidos pelo Poder Público, diretamente, ou através de seus agentes financeiros;
 - c) na alienação, ou na oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;
 - d) no registro, ou no arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação, ou extinção de entidade ou sociedade comercial, ou civil e transferência de controle de cotas de sociedade de responsabilidade limitada;
- II - do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis;

III - da pessoa física, nas hipóteses previstas nas alíneas a, b e c do inciso I deste artigo.

§ 1º Considera-se débito trabalhista, para efeito deste Título:

I - o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pelos Órgãos da Justiça do Trabalho, ou em acordos judiciais descumpridos, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, honorários, custas, emolumentos ou recolhimento determinado em lei;

II - o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho e de termo de acordo firmado perante Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º A prova de inexistência de débito deve ser exigida da empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências, filiais ou obras de construção civil, independentemente do local onde se encontrem.

§ 3º É dispensada a transcrição, em instrumento público ou particular, do inteiro teor do documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista, bastando a referência ao seu número de série e data da emissão, bem como a guarda do documento comprobatório à disposição dos órgãos competentes.

§ 4º O documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista poderá ser apresentado por cópia autenticada, dispensada a indicação de sua finalidade.

§ 5º O prazo de validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas é de 90 (noventa) dias, contado da data de sua emissão.

§ 6º É a Justiça do Trabalho autorizada a emitir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas através de meios eletrônicos, devendo, ainda, ser desenvolvido sistema de integração das informações constantes dos bancos de dados dos diversos Órgãos da Justiça do Trabalho.

Art. 642-B. A prática de ato com inobservância do disposto no art. 642-A, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos. (NR)

No entanto, o tema não é pacífico. Após aprovação no Senado Federal e nas Comissões de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, a Mesa da Câmara recebeu 3 (três) recursos contra a apreciação conclusiva do projeto de lei sob a alegação de que, embora bem intencionado, cria uma exigência burocrática, alijando “empresas idôneas” (expressão cunhada no Recurso n. 229 de 2008) da licitação.¹⁸

Alegam em sede de recurso os deputados signatários que a necessidade de apresentação da referida certidão negativa de débito trabalhista representaria obstáculo à competitividade no procedimento licitatório, desvirtuando ainda a ação da Justiça do Trabalho por impor-lhe um serviço meramente burocrático alheio à função jurisdicional.

Esse entendimento, no entanto, muito próximo daquele desenvolvido pela doutrina administrativista, merece as devidas ponderações a partir da doutrina trabalhista e dos princípios constitucionais norteadores da tutela trabalhista.

A Constituição brasileira de 1988, dentre os princípios fundamentais estabelecidos no art. 1º, apresenta o respeito à dignidade da pessoa humana e os

¹⁸ A Mesa recebeu ainda 2 (dois) requerimentos de retirada dos recursos mencionados.

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intimamente ligados, segundo Nascimento (2004), ao Direito do Trabalho. O Texto Constitucional definiu ainda nos arts.7º e 8º os principais princípios constitucionais trabalhistas.

Nesse sentido, é nítida a preocupação do constituinte brasileiro com a proteção jurídica do trabalhador, “compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho”. (NASCIMENTO, 2004, p. 348) Em sendo o Estado, como cita Bandeira de Mello (2006), aquele que juridicamente encarna os interesses públicos, é nítida a função e responsabilidade da Administração Pública em tutelar os direitos trabalhistas daquele cidadão hipossuficiente, o trabalhador, diante da ordem dada pelo constituinte e pelo legislador celetista.

Um dos assuntos de maior relevância quando se avalia o instituto da licitação refere-se aos princípios que norteiam o procedimento licitatório. Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação desses princípios. Nesse sentido, adotando o posicionamento de Di Pietro (2009), que se aproxima da orientação de Hely Lopes Meirelles e da vertente adotada pelo art. 3º do antigo Decreto-lei n. 2.300/86 e da Lei n. 8.666/93, destacam-se os seguintes princípios: Princípio da Igualdade, Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade e da Probidade, Princípio da Publicidade, Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Princípio do Julgamento Objetivo, Princípio da Adjudicação Compulsória, Princípio da Ampla Defesa.

O art. 3º da Lei n. 8.666/93 estabelece alguns princípios licitatórios de obrigatoria observância, mas de forma não exaustiva:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A análise dará especial ênfase aos princípios da Igualdade, Legalidade, Moralidade, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Eficiência.

No que tange ao Princípio da Legalidade, que preceitua a estrita vinculação do procedimento licitatório à lei, deve a Administração seguir rigorosamente todas as fases estabelecidas na Lei n. 8.666/93 e, por conseguinte, estabelecidas no edital de convocação (Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório). O art. 4º vai além ao estabelecer que todos os participantes da licitação têm direito subjetivo público à fiel observância do procedimento estipulado em lei, cabendo, inclusive, impugnação judicial ao procedimento.

Estando a Administração submetida ao Princípio da Legalidade, não se pode efetivamente estabelecer um novo requisito na fase de habilitação que não esteja previsto no art. 27 da Lei de Licitações, o que inquinaria o procedimento de nulidade absoluta. No entanto, merece reflexão a possibilidade de inserção de uma nova condição na fase de habilitação que dê vazão à proteção de direitos trabalhistas.

A alteração da Lei n. 8.666/93 é meritória e a edição de leis estaduais ou municipais suplementares impondo a necessidade de cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação é bem-vinda. No entanto, deve-se adotar a

possibilidade de inserção no próprio edital de requisitos comprobatórios da regularidade trabalhista, retirando sua validade da própria Constituição, dando vazão a uma interpretação condizente com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, em especial dos direitos trabalhistas, trazida pelo Texto Normativo Maior do ordenamento jurídico brasileiro. Essa é uma concepção eminentemente principiológica, norteadora do Direito moderno.

Quanto ao Princípio da Igualdade, permite à Administração a escolha da melhor proposta e assegura aos interessados igualdade de direitos. Esse princípio (inciso XXI do art. 37 da CR) veda “[...] o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais [...]”. (DI PIETRO, 2009, p. 355)

Conforme se depreende do princípio citado, o Estado, ao não exigir o cumprimento dos direitos trabalhistas, cria condições desiguais de competição entre os interessados. O interessado que cumpre as determinações legais trabalhistas estará em nítida desigualdade diante do interessado descumpridor dos direitos trabalhistas na medida em que a licitação privilegia a proposta daquele que apresenta o menor custo de contratação à Administração Pública.

Como o legislador brasileiro flagrantemente deu preferência para o tipo de licitação “menor preço”¹⁹, a Administração contratará aquele interessado que demonstrar custo menor aos cofres públicos, independentemente da precarização ou não da mão-de-obra empregada. Ao contrário, a Administração contratará o competidor que menos despenda e, por conseguinte, que tenha menos gastos com questões de ordem trabalhista.

Nesse aspecto, fere a Administração o próprio Princípio da Licitação. Em sendo o citado princípio uma decorrência do princípio maior do Direito Administrativo, denominado Supremacia do Interesse Público, não pode o Estado eximir-se de tutelar o interesse público. O Princípio da Supremacia do Interesse Público, também chamado de Finalidade Pública, deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução pela Administração Pública.

Por esse viés, o legislador, inspirado pelo bem-estar coletivo, deveria ter criado um requisito objetivo na fase de habilitação para a aferição do cumprimento dos direitos trabalhistas, uma vez que sua tutela é essencialmente matéria de interesse público. Para além, no momento da execução da Lei de Licitações, deve a Administração primar pela prevalência do interesse público e, na atual dinâmica do procedimento licitatório, é nítido o descaso do administrador em relação à tutela trabalhista.

Nesse sentido (TST-E-RR-406547-1997-6):

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTIDADE PÚBLICA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a

¹⁹ Segundo Di Pietro (2009), os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço” ficaram limitados, de modo geral, às hipóteses de contrato cujo objeto refere-se a serviços de natureza predominantemente intelectual. A preferência do legislador pelo tipo “menor preço” foi tão escancarada que mesmo no tipo “melhor técnica” é o critério do preço que prevalece sobre o da técnica.

competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará, evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isso evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os arts. 27 a 56 da Lei n. 8.666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emergem claras as culpas *in eligendo* e *in vigilando* da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpas *in eligendo* e *in vigilando* na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isso, a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo à solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômico-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado 331 explicitado que “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93).” (grifo nosso)

O TST entende, portanto, haver responsabilidade do tomador de serviços quanto aos débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para a prestação de serviços, aplicando-se o mesmo entendimento à Administração Pública, apesar do disposto no § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.²⁰ Foi uma forma encontrada pela Justiça do Trabalho para sancionar a conduta culposa da Administração Pública na escolha e fiscalização amadoras realizadas no procedimento licitatório.

Nesse viés, é clara a Súmula n. 331 do TST:

²⁰ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995). (grifo nosso)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93).

Assim, age a Administração com culpa *in eligendo* ao contratar uma empresa inidônea. E fere claramente o interesse público a conduta culposa da Administração porque a sociedade brasileira acaba arcando com o prejuízo ocasionado por uma má seleção feita nos moldes do procedimento imposto pela Lei n. 8.666/93. A Administração age com culpa tanto no momento de seleção do licitante mais vantajoso para o interesse público quanto durante a execução do contrato (culpa *in vigilando*), por ter a prerrogativa de fiscalizar, conforme determina os arts. 58 e 67²¹ da mesma Lei. A conduta culposa da administração (*in casu* será tratada apenas a seleção do contratante e não a fiscalização), portanto, atinge diretamente o interesse público.

Deve, nesse sentido, a Administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do licitante vencedor por meio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS e instrumentos afins, que poderiam também ser averiguados no procedimento de seleção do licitante.

A boa administração, inclusive, é preceito contido no Princípio da Moralidade, que exige da Administração comportamento, segundo Di Pietro (2009), não apenas lícito, mas conforme a moral, bons costumes, princípios da justiça, equidade e honestidade. A licitação, conforme Cretella Júnior (1999), restringe o arbítrio do administrador, afasta a ilegalidade e põe a salvo a moralidade pública.

E as questões suscitadas esbarram ainda no Princípio da Eficiência: a busca pela utilização racional dos recursos públicos. Foi incluído no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional n.19 de 1998.

Em verdade, a ação da Administração não pode mais desconsiderar, em nenhum momento, a eficiência - melhor utilização possível dos escassos recursos públicos - [...], mas deverá dar a mesma importância à eficácia - atingimento mais completo da meta colimada - e à efetividade, porque a base sobre a qual se sustenta a própria razão de ser da Administração: o real atendimento das necessidades coletivas, enfim, do interesse público [...]. (BARROS, 2005, p. 18)

²¹ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...].

III - fiscalizar-lhes a execução;

[...]

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Conforme supracitado, o princípio da eficiência deve sempre ser conjugado com a efetividade do interesse tutelado. Nesse sentido, são os direitos trabalhistas parâmetros de efetividade a serem alcançados na licitação sob o ponto de vista teleológico do procedimento.

A acuidade da Administração, inclusive, ao resguardar o cumprimento das obrigações trabalhistas no momento da habilitação, cumpriria o Princípio da Eficiência de duas formas: do ponto de vista patrimonial, poderá a Administração assegurar uma contratação saudável, de forma a não ter de arcar com créditos trabalhistas futuros não pagos pelo licitante, uma vez que o Estado responde subsidiariamente, como já demonstrado, conforme o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93; e, segundo, do ponto de vista moral, estará a Administração tutelando os direitos trabalhistas, definidos pela Constituição da República como espécies do gênero “direitos fundamentais”.

“A Constituição não é um simples ideário”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 11) As normas jurídicas não são conselhos, mas sim determinações. A Carta Constitucional brasileira estabelece comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos em prol da justiça social, “[...] constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 12)

Nesse aspecto, por óbvio, abstendo-se o Estado da responsabilidade de imprimir realização aos direitos trabalhistas insculpidos no Texto Constitucional, como no caso do procedimento licitatório em análise, é nítida a violação à Constituição e a todos os princípios que regem a atuação estatal em prol da coletividade.

Ao prestigiar, em tese, o Princípio da Eficiência (*caput* do art. 37 da CR)²² no procedimento licitatório, o Estado claramente condiciona o interesse público perseguido pela Administração Pública ao capital, “precarizando” o trabalho e a mão-de-obra contratada por submeter-se, normalmente, ao tipo de licitação “menor preço”, como será exposto a seguir, negligenciando a postura da empresa contratada em relação aos seus empregados.

O Estado, ao atuar com negligência, torna-se agente de desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, além de tornar-se garantidor dos créditos trabalhistas, conforme entendimento consagrado na Súmula n. 331 do TST (Tribunal Superior do Trabalho)²³, empregando recursos públicos escassos que poderiam ser dirigidos à outra finalidade pública.

Entretanto, embora seja bem-vinda a alteração legislativa do art. 27 da Lei n. 8.666/93, bem como a edição de leis estaduais e municipais que prevejam a necessidade de comprovação da regularidade trabalhista no procedimento licitatório, basta uma interpretação conforme a Constituição para já se demandar o cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação.

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte. (grifo nosso)

²³ Convém mencionar que a Súmula n. 31 do TST foi alvo de reclamação ajuizada no STF (Supremo Tribunal Federal) alegando afronta à autoridade da Súmula Vinculante n. 10, mas foi julgada improcedente.

A Carta de 1988 autoriza essa concepção tanto do ponto de vista normativo, por prever expressamente um rol de direitos trabalhistas a ser tutelado, quanto do ponto de vista principiológico, tendência, inclusive, da moderna hermenêutica, por serem os princípios dotados de força normativa.

A despeito da tendência legalista da justiça comum no julgamento das questões relativas ao tema, a concepção de máxima efetividade dos direitos fundamentais autoriza qualquer interpretação em prol do resgate, como cita Delgado (2003), da função teleológica trabalhista, sempre sustentada no bem-estar do trabalhador e na sua proteção contra as adversidades do mundo moderno. Deveria o Estado, aliás, pautar-se nesse entendimento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia primeira aos direitos trabalhistas consubstancia-se na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. O próprio § 1º do art. 5º estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, entendendo-se como direitos fundamentais, segundo Silva (2004), os direitos individuais, coletivos sociais, de nacionalidade e políticos.

Ao adotar-se essa concepção, compreende-se que toda norma constitucional é dotada de aplicabilidade. São normas de dever-ser dotadas de eficácia jurídica, sendo, portanto, tais normas aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. “Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.” (BARROSO, 2006, p. 82)

Como define Barroso (2006), José Afonso da Silva, ao analisar a capacidade de produção de efeitos das normas constitucionais, no entanto, esquivou-se da tarefa de avaliar se esses efeitos efetivamente se produzem. A efetividade seria o cumprimento efetivo do Direito pela sociedade, o desempenho concreto de sua função social.

Regra geral, a efetividade da norma dá-se pelo seu cumprimento espontâneo, uma vez que, se o conteúdo da norma contraria o sentimento social e os padrões prevalentes na sociedade, ela fatalmente cairá em desuso ou dependerá da frequente utilização do aparato estatal. Nesse sentido, a efetividade será diretamente proporcional ao empenho do jurista para formular mecanismos técnicos aptos a prover as normas de efetividade e, simultaneamente, à determinação política do Poder Público em sobrepor-se à resistência.

No entanto, não se poderá falar em efetividade da norma constitucional trabalhista e, da mesma forma, em disseminação de um sentimento social voltado para o cumprimento do preceito constitucional protetor de direitos trabalhistas, enquanto se mantiver o Estado nessa inércia omissiva típica de uma ideologia liberalizante. A ausência de tutela estatal aos direitos trabalhistas na licitação é uma clara opção ideológica considerando que não tem havido interesse do capital em escancarar o fato, o que interfere diretamente na condução estatal da questão analisada.

O tema é de fato complexo pelas implicações interdisciplinares e histórico-ideológicas que comporta, o que está, inclusive, explícito na discussão do Projeto de Lei n. 7.077/2002. A confecção legislativa sempre refletirá o contexto histórico-social em que se insere e a Lei n. 8.666/93 não segue rota diferente. É nítido o

reflexo da ideologia ultraliberalista, nas palavras de Delgado (2006), marcante na década de 90, na feitura da lei, seguindo a linha de desprestígio do Direito do Trabalho, havendo um reposicionamento do Estado e de sua estrutura institucional.

Trata-se de um cenário rico e em processo de constituição, a ponto de suscitar esforços teóricos tão novos quanto o próprio cenário; de estimular estudos inter e transdisciplinares, em especial um diálogo entre Direito Administrativo, Constitucional e do Trabalho, partindo do pressuposto de que o Direito é uno, embora seja caracterizado pela divisão em diversos ramos; de provocar a revisão de formas ou fórmulas tradicionais de interpretação até então dominantes em prol da efetividade de direitos: a máxima efetividade constitucional.

Bobbio (1992), ao afirmar que “[...] as normas constitucionais não são exatamente as regras do jogo, são na verdade regras preliminares que possibilitam o desenrolar do jogo [...]” (BOBBIO, 1992, p. 20), dá o tom da necessidade de se ter o cuidado no tratamento interpretativo da realidade. Especial ênfase deve ser dada quando se lida com definições legais e sua incorporação social: o procedimento licitatório, objeto de análise proposto, embora sistematizado em lei, não deve nunca se abster da realidade, visando sempre atingir o interesse público em sua plenitude, nele incluída a tutela dos direitos trabalhistas. O que se pretende, utilizando-se analogicamente ao termo de Mauricio Godinho Delgado, é o “controle civilizatório” da licitação.

Abstract

This paper demonstrates the obligation of the State in safeguarding workers' rights during the bidding procedure established by the 1988 Constitution and Law 8666/93, based especially on the Principle of Protection of Human Dignity and on the doctrine. The right to work is a social value constitutionally protected and that is the counterpart of the doctrine to criticize the State's omission in the bidding process. The methodological instruments involve qualitative resources, focusing on the study of legal protection given to work by the doctrine, legislation and labor law, seeking to emphasize the effectiveness of rights as a social value constitutionally protected. The object of analysis is the bidding process from the labor point of view, using legal references and Brazilian doctrine about the theme. The research is therefore legal and descriptive, covering various branches of law, in particular the Constitutional, Administrative and Labor Law. The focus used was legal-dogmatic based on the elements within the legal system, seeking to understand the normative relations on the legal analysis. This is an inter and transdisciplinary study, a dialogue between relevant branches of law, and the possibility of revision of traditional formulas of interpretation to benefit the effectiveness of rights.

Keywords: *Bidding. Law 8.666/93. Labor rights.*

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Hélder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

- BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Editora NDJ, 2005, p. 18.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 20.
- BRASIL. Decreto-lei n. 5.352 de 1943. *Consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 ago.2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 ago.2009.
- BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 30 ago.2009.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30 ago.2009.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 406.547/97.6. Telecomunicações de Minas Gerais S.A e Pedro Celestino de Paula. Relator: Vantuil Abdalla. Brasília, 25 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 02 de setembro de 2009.
- CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Licitações e contratos do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização*. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003, p. 176.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2009, p. 350/399.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 452.
- FRANÇA, Junia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed., Belo Horizonte : Ed. UFMG, 2008.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986, p. 186.
- HUNT, E.; SHERMAN, H. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977, p. 214.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 501/534.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11/12.
- MINAS GERAIS. Constituição de 1989. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 30 ago.2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348.
- REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho*. Doutorado (tese). UFMG, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2007, p. 92/93.
- RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, 1998, p. 03/34.
- SÃO PAULO. Constituição de 1989. *Constituição do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago.2009.
- SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução dos conflitos e acesso à justiça. *Revista RDT - Revista de Direito Trabalhista*, ano 13, n. 09, setembro/2007, p. 10/19.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005, p. 85.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

FUSÃO DE EMPRESAS: FUNÇÃO, TRANSFUSÃO OU DISFUNÇÃO SOCIAL?

Luiz Otávio Linhares Renault*
Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz**

Se trabalho, trabalhadores e classes trabalhadoras existem e até se expandem em todo o mundo, as relações sociais entre capital e trabalho sofreram uma transformação profunda. Na essência, o capital é global. Via de regra, o trabalho é local. O informacionalismo, em sua realidade histórica, leva à concentração e globalização do capital.

(Manuel Castells)

SUMÁRIO

1. **INTRODUÇÃO**
2. **CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA: UMA REALIDADE COM PRINCÍPIO, MEIO E FIM**
3. **TAMBÉM EM DIREITO NADA SE CRIA, NADA SE PERDE, TUDO SE TRANSFORMA**
4. **A ANGULARIDADE DA ASSUNÇÃO OBRIGACIONAL TRABALHISTA: O CORPO E A ALMA DO CONTRATO DE TRABALHO**
5. **METAS COMPARTILHADAS- UMA VEIA ABERTA PARA A SOLIDARIEDADE?**
6. **A QUESTÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA À LUZ DA LEI N. 11.101/2005**
 - 6.1 **Sucessão trabalhista e falência da empresa**
 - 6.2 **Sucessão trabalhista e recuperação judicial de empresa**
7. **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O AVESSO DO AVESSO**
8. **BIBLIOGRAFIA**

1. INTRODUÇÃO

Confessamos, sem constrangimento, que sempre tivemos dificuldade com as ciências exatas.

A matemática, para nós, foi e, de certo modo, continua sendo um verdadeiro tormento.

Por conta dela, perdemos incontáveis tardes juvenis com estudos na biblioteca do Colégio ou em casa, sem falar das noites de insônia.

Não tendo meios de driblar os números, o jeito era fazer exercícios e mais exercícios, considerada a maneira menos maçante de aprender o que não entrava

* Desembargador do TRT/3ª Região e Professor dos Cursos de graduação e de pós-graduação em Direito da PUCMINAS.

** Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Professora do Curso de Graduação em Direito da PUC Minas e da UNIPEL.

na nossa cabeça, mas que éramos obrigados a saber, pelo menos para não sermos reprovados no final do ano.

Ao fazermos os exercícios, sempre encontramos menos dificuldade na subtração e na divisão. Até hoje, somar e multiplicar continuam nos parecendo de aprendizagem mais difícil. Talvez nisso esteja uma parte da justificativa para a nossa vocação para o magistério.

Dividir, com quem quer compartilhar, os frutos do estudo e da experiência, o pouco que aprendemos ao longo de alguns anos de experiência e nos livros, na sala de audiência e na sala de aula, dia após dia, subtraídos do lazer e do convívio com a família e com os amigos.

No mundo das ciências sociais, e mais especificamente do Direito, a matemática é pouco utilizada.

Quando se trata de liquidação de pedido inicial ou de sentença, em especial por cálculos, o profissional da área do Direito costuma lançar mão de um auxiliar.

Foi o que fiz durante os vinte anos em que atuei na primeira instância, de onde percebo não deveria ter saído, fascinado que sempre fui pelo dinamismo, eficiência, eficácia, importância e pela magia das audiências.

Ocorre que, mesmo sendo profissionais da área do Direito, a matemática continua nos acompanhando e atormentando, obviamente que em grau inferior ao passado.

Melhor do que tormento talvez coubesse a palavra curiosidade, uma vez que coisas simples intrigam profundamente.

Exemplo significativo é o zero.

O zero é zero; é nada; o que não existe, em qualquer parte do mundo.

Ainda que se adicione um ou centenas de zeros ao zero, o zero continuará sendo zero.

Contudo, se estiver acompanhado de um número à sua esquerda, o zero deixa de ser zero.

Se mudarmos o nosso interesse para os números pares e ímpares, divisíveis e indivisíveis, para a álgebra, a geometria e os teoremas, teremos mais certeza de que escolhemos a profissão certa.

É verdade que, na esfera do Direito, existe uma maneira bem mais simples de utilização da matemática: formalmente e naquilo que interessa os números não chegam a incomodar.

A simplicidade dos números, em se tratando de fusão de empresas, é tanta que poderia dizer que tal fenômeno jurabalhista ocorre quando uma empresa se soma a outra ou a outras empresas.

Mesmo assim, o mundo do Direito, Ciência Social Aplicada, diferentemente do universo da matemática, Ciência Exata, pode trazer alguma curiosidade, a ponto de demonstrar que a ficção jurídica¹ ultrapassa a lógica

¹ Existem diversas ficções em Direito: a) confissão; b) pré-aviso indenizado como tempo de serviço; c) hora noturna de 52' e 30". Também pela confissão o homem pode obter a cura. O sacramento da confissão e o perdão andam juntos. Pablo Neruda escreveu obra importantíssima na literatura mundial, cujo título é: "Confesso que vivi", onde fez suas confissões, fictas e verdadeiras.

dos números.²

Poderíamos utilizar a seguinte operação aritmética, das mais elementares, para exemplificar: 1 mais 1 são dois e não 1; ou $1+1+1$ são 3 e não 1 ou 2; e assim por diante.

Todavia, juridicamente, uma empresa somada a outra empresa não resulta em duas; porém em apenas uma empresa.

Na substância, isto é, na contabilidade dos ativos e dos passivos das empresas, essa soma pode até se complicar e gerar infundáveis contas e operações de interesses dos sócios ou dos acionistas.

Exteriormente, porém, essa dificuldade não existe para os operadores do Direito do Trabalho: a visualização consiste em duas empresas distintas, cada uma delas com personalidade jurídica própria, que desaparecem e se fundem uma na outra e os respectivos patrimônios se confundem, fazendo surgir não duas, porém apenas uma empresa distinta das outras duas, que deixam de existir.

É como se fossem dois corpos diferentes e autônomos que, depois de misturados, desaparecessem e formassem um novo e diferente corpo, distinto dos outros dois.

Aqui, o fenômeno se assemelha à química, disciplina que também sempre tivemos muita dificuldade, mais do que a matemática.

Exatamente por falta de conhecimento daremos um exemplo muito simples.

A água, quando misturada ao vinho, deixa de ser água e o vinho, de ser vinho: o líquido que se forma não mata a sede e nem serve para a degustação.

Retornando à fusão de empresas, poderíamos dizer que a operação dela resultante é primária; o raciocínio é simples.

Essa matemática, por assim dizer jurídica, não apresenta grandes dificuldades, à luz do que dispõe o art. 1.119 do Código Civil que estatui de maneira clara que: “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

Como se verifica, juridicamente, essa aglutinação (soma) de empresas, visando à racionalização do trabalho e da produção, assim como a busca de maiores lucros, parece ser um ato simples, passível de ser concretizado sem muitas perquirições, pelo menos no plano das relações privadas em que predomina a autonomia da vontade das partes envolvidas no negócio jurídico.

² Em matemática, ciência exata, dois mais dois são sempre quatro e nunca três. Os franceses dizem que “*en médecine et en amour, ni jamais ni toujours*”. Acrescentamos que também em Direito “nem jamais, nem sempre”, de modo que, em Direito, algumas vezes dois e dois podem não ser exatamente quatro, já que cada caso é um caso e cada intérprete é um intérprete. Leonardo Boff diz que: “Ler significa reler e compreender, interpretar. Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam. Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é sua visão do mundo.” Eis aí parte do mistério da divergência de compreensão do Direito positivado. Por mais que se queira um Direito desideologizado, o homem é feito e construído por ideologias, sob cujo signo vive e compreende a realidade social, da qual não se desgarra ideologicamente, embora possa ser imparcial.

Contudo, se esse mesmo exemplo for transposto para outros ramos do Direito, diversos problemas podem surgir.

É, mais ou menos, como se decidíssemos acompanhar e estudar as sombras (para não dizer as sobras) de cada uma das empresas extintas, contrastando-as com a nova empresa em face de terceiros - credores tributários, trabalhistas, privilegiados, quirografários, etc.

Referimo-nos, metaforicamente, não aos atos corporificadores da fusão de empresas no seu plano interior, que são objeto de deliberação, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam a união.

Diretamente, isso interessa aos sócios de cada sociedade, que, em assembleia, deliberarão de acordo com os seus interesses privados.

Não. A nossa preocupação é de outra ordem. Vai um pouco além das paredes às vezes espessas das assembleias. Nossa preocupação esbarra nos interesses de terceiros credores/devedores de trabalho, que necessitam do emprego e do salário para sobreviver.

Afinal, se duas ou mais sociedades se extinguem para fazer surgir uma nova sociedade, é preciso que se analisem as consequências dessa união em face dos interesses dos empregados.

Basicamente, sem pretender excluir as inúmeras consequências no Direito Empresarial e no Direito Tributário, entendemos que essas implicações são mais significativas nos espaços reservados ao Direito Econômico e ao Direito do Trabalho.

No âmbito do Direito Econômico, a fusão de empresas tem de guardar sintonia com as propostas e o planejamento macroeconômico.

Ainda que livre, o mercado requer um balizamento mínimo.

Na esfera do Direito do Trabalho, que pretendemos tangenciar mais adiante, a fusão pode trazer alguns questionamentos nas relações individuais e coletivas.

Individualmente, o desemprego parece ser uma das grandes preocupações, já que a fusão costuma vir acompanhada de uma racionalização dos serviços, via processo de enxugamento de pessoal, o que implica necessariamente a dispensa de empregados, individual ou coletivamente, como ocorreu recentemente com a crise econômico-financeira mundial.

Sob a ótica mercadológica, a fusão fortalece a empresa, que tende ao agigantamento econômico. Todavia, por outro lado, ela fragmenta ainda mais o empregado na sua eventual força de grupo, uma vez que o modelo atual já é o da dispersão de uma mão-de-obra cada vez mais qualificada e, paradoxalmente, autossuficiente e tendente ao isolamento.³

No estágio atual, não parece haver mais dúvida de que a multiquificação do empregado, contraditoriamente, proporciona e fomenta a sua dispersão e o seu isolamento.

³ Curiosamente, os altos empregados, assim como os empregados mais qualificados não tendem nem prestigiam muito a filiação sindical, tendo em vista o próprio poder de negociação. Tradicionalmente, a força sindical vem das bases, isto é, dos empregados menos qualificados e são esses que, no passado, fizeram as grandes greves, os grandes movimentos e alcançaram resultados importantes para a classe trabalhadora.

Por outro lado, a dimensão empresarial corporifica-se mais fortemente como ser coletivo e o sindicato dos empregados fica sem referencial seguro para exercer e fazer atuar os seus instrumentos tradicionais de pressão.⁴

Não importa tanto a natureza das mudanças que invadem o terreno das relações de trabalho, pois sabemos que a terceira onda trouxe muitas novidades, principalmente no tocante aos avanços tecnológicos e à ciência da informação, alterando drasticamente a forma de utilização da mão-de-obra.

Isso permite que as empresas se tornem grandes, gigantes, economicamente monstruosas, sem a necessidade de contratação de certo tipo de mão-de-obra diretamente: pequenos *ateliers*, pequenas oficinas, terceirização e cooperativas, pejotização e parassubordinação constituem exemplos vivos da descentralização.

Normalmente, as grandes empresas querem direcionar a sua atenção para o núcleo, para o foco das suas atividades, investindo em pessoal com alta qualificação para o controle de máquinas robotizadas e informatizadas, bem como para a pesquisa. O trabalho imaterial tem sido mais valorizado do que o trabalho material, ambos passíveis de distanciamento do espaço físico empresarial.

2. CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA: UMA REALIDADE COM PRINCÍPIO, MEIO E FIM

A fusão de empresas constitui uma realidade socioeconômica e jurídica.

A sua proliferação mais acentuada teve início com a globalização (pressão macroeconômica); ela se instrumentalizou por meio do Direito (pressão jurídica) e tem por objetivo aumentar o lucro (pressão microeconômica).

Trata-se de uma das inúmeras formas de manifestação da concentração econômica, que pode ser estudada sob duplo enfoque: da macroeconomia e da microeconomia.

A concentração econômica (de empresas) é o fenômeno pelo qual as empresas tendem a aumentar a sua dimensão, quer em extensão setorial e geográfica, quer pela diminuição ou eliminação da concorrência.

Dois regras básicas norteiam o seu crescimento na sociedade pós-moderna:

- a) a maximização dos lucros;
- b) a segurança nos investimentos, sobretudo em pesquisas.

O século XX assistiu a uma evolução fundamental na estrutura da empresa; o século XXI a dinamiza e continuará a incrementá-la ainda mais, com tendência ao transbordamento sem excesso funcional-administrativo-executivo.

De uma tendência ao isolamento, à fragmentação quase atomística, asseguradora da plena liberdade de cada uma no mercado, passamos para a concentração.

⁴ É o caso da greve, a cada dia mais escassa. A causa não é definitivamente a falta do que reivindicar, mas o receio de reivindicar. A manutenção das conquistas anteriores vem sendo considerada uma vitória, quase nunca alcançada, pois o que se tem visto é mesmo a diminuição dos benefícios tradicionalmente obtidos pelos sindicatos de determinadas categorias profissionais.

Com isso, constatou-se que quanto maior a empresa maior a sua inclinação para a dominação dos trabalhadores e dos mercados, dificultando a interação entre o poder econômico privado, em seus diversos setores, inclusive o da concorrência, e o indivíduo, sobretudo o empregado.

No liberalismo, assim como no neoliberalismo compete quase exclusivamente, ou quando pouco pelo menos em essência, ao Direito Privado a condução da atividade econômica, na qual se insere de uma maneira ou de outra o trabalho humano.

Paralelamente, com todo o seu dinamismo, o contrato lastreado no princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada, por si, em si, dentro de si e acima de si, é o instrumento por excelência da vida econômica.

Entrelaçada à macroeconomia, a fusão de empresas pertence a um fenômeno ainda maior que é a globalização, a mundialização dos mercados, inclusive o chinês, tanto para ida quanto para a vinda de todo tipo de produtos e de mercadorias.⁵

Bem ou mal superadas as crises do petróleo de 1973 e de 1979, o que nós assistimos a seguir foi à mundialização dos mercados, alimentada por uma revolução tecnológica contínua e crescente, principalmente na microinformática e nas telecomunicações, com uma crescente acumulação de riquezas.

É natural, portanto, que, vencida a fase de unificação (integração) dos mercados - fato acentuadamente econômico -, os desdobramentos jurídicos viessem à tona caudalosamente, sem muito controle por parte dos Estados.

Prova disso está na crise econômico-financeira, que eclodiu em outubro de 2008, nos Estados Unidos da América do Norte, espalhando-se, rapidamente, por todos os países.

Entretanto, nessa corrente torrente, indiscutivelmente, existe um elo perdido que o Direito do Trabalho busca incessantemente: uma proteção mínima à pessoa humana, que necessita trabalhar para outrem, uma vez que não detém os meios da produção.

Não há dúvida que o Direito Econômico se ocupa e se preocupa com a fusão de empresas. Só que o faz numa perspectiva macrojurídica, na qual talvez o ser humano não seja imediatamente alcançado naquilo que mais necessita: o emprego - ponto de partida para a inclusão social e acesso aos bens e serviços disponíveis.

Por conseguinte, essa tarefa mais fina fica a cargo do Direito do Trabalho, que tem como principal e imediata preocupação a pessoa humana na sua relação trabalhista individual e coletiva com a sua empregadora.

Como ser humano, ele necessita do trabalho (não como uma mercadoria colocada à venda) e do salário (não como preço de uma mercadoria) para viver e sobreviver condignamente.

⁵ Nos dias de hoje, quem se preocupar com a procedência deixa de adquirir muitos produtos, que podem ser bons ou ruins independentemente de onde são fabricados. De certa forma, pode-se dizer que a etiqueta ou o selo *made in, fabriqué en*, não dizem mais muita coisa. A alta tecnologia está embutida no produto, pouco importando quais mãos foram utilizadas na produção. Note-se que, muitas vezes, existe o *dumping* social: a exploração do trabalho do menor; ou até mesmo o trabalho em condições análogas a de escravo.

Na sua musculatura individual é preciso, pois, que o contrato seja um pouco menos o trato sob o comando da parte mais forte, naquele espaço que vem gradativamente sendo abandonado pela lei, por uma imposição da economia neoliberal que, contraditoriamente, em outro flanco procura enfraquecer os sindicatos.

Coletivamente, a pujança do Direito do Trabalho está centrada na soma de fragmentos humanos, apto a dar corpo a um ser coletivo (sindicato); apto a formular reivindicações e a obter melhorias das condições de trabalho.

A heteronomia estatal longe está de atingir as metas almejadas pelas empresas e pelos empregados, embora estes e não aquelas precisem mais do Estado para a edição de normas imperativas.

Esse ideal de melhor distribuição da renda - justiça social via trabalho - fica mais distante em tempos de flexibilização da legislação trabalhista, de certa forma pressionada fortemente pelos oligopólios, que detêm um poder nunca visto.

Nesse contexto, vê-se que a empresa que fragmentou o trabalho do homem para melhor controlá-lo, agora, recolhe os frutos econômicos desse estilhaçamento, juntando-os como se fossem peças de um quebra-cabeças para recriar uma nova, moderna e mais forte empresa sem muita contraposição por parte dos sindicatos, que pouco ou quase nada podem fazer diante de uma realidade socioeconômica para a qual não se prepararam adequadamente ao longo do tempo.

3. TAMBÉM EM DIREITO NADA SE CRIA, NADA SE PERDE, TUDO SE TRANSFORMA

A norma jurídica, que possui múltiplas finalidades, deve também lançar o alicerce para o desenvolvimento dos fatores da atividade econômica.

Acontece que as relações intersubjetivas podem ser macrojurídicas (transcendem os interesses individuais, são coletivas, são metajurídicas, influenciam no contexto econômico nacional e até internacional) ou microjurídicas (visam às relações individuais singulares ou plúrimas entre os indivíduos e a empresa, na composição dos mais variados tipos de interesses privados).

As primeiras espécies, isto é, as relações macrojurídicas, preocupam-se basicamente com os efeitos maléficos da concentração de empresas, para garantir o princípio constitucional da livre concorrência.

A concentração de empresas surgiu devido a vários fatores, que poderiam ser enumerados da seguinte maneira:

- a) adequação das empresas ao novo modelo econômico;
- b) altos investimentos em pesquisa;
- c) redução de custos na produção;
- d) competitividade;
- e) prazo muito curto para o retorno do capital investido;
- f) globalização.

Embora possam, apenas por questões didáticas, ser analisados isoladamente, esses fatores estão intrinsecamente ligados.

Vejamos cada um deles separadamente, sem perder de vista as características que os unem interiormente.

Quanto ao primeiro e ao segundo aspectos, o fenômeno concentracionista decorreu do desenvolvimento tecnológico que acirrou a concorrência, diminuiu as distâncias, exigiu a busca de novos produtos, de enormes investimentos em pesquisa, de publicidade e de distribuição, impondo o agigantamento econômico das empresas.

Os motivos determinantes da concentração são resumidamente os seguintes: a) os incentivos fiscais; b) a diminuição dos gastos administrativos e com a mão-de-obra (via terceirização, cooperativismo, autonomia, pejetização, parassubordinação); c) a redução do custo unitário com o aumento do volume de produção; d) o autofinanciamento; e) a supressão de intermediários; f) a versatilidade.

A concentração da economia não desponta apenas com o surgimento da macroempresa, que procura a integração vertical, com a dominação descentralizada de todas as linhas do processo de produção e comercialização, ela emerge também através dos grandes conglomerados.

A adequação das empresas ao novo modelo econômico levou-as a uma mudança significativa do seu perfil tradicional. Do tipo *fordista* passou ao modelo *toyotista* ou *onhista*. A empresa de planta pesada, com forte aparato material, cedeu terreno à empresa de planta leve, flexível, facilmente adaptável às exigências do mercado cada vez mais ágil, veloz e competitivo.

A redução de custos, terceiro fator anteriormente listado, pressionou a mão-de-obra para baixo em vários aspectos, já que, não sendo viável a diminuição do preço da matéria-prima ou da energia, esta sob as mais variadas formas, inclusive o petróleo⁶, a solução passou a ser o incremento à terceirização, ao trabalho informal e à quebra dos direitos trabalhistas, inclusive a diminuição do salário, constitucionalmente permitida via acordo ou convenção coletivos, conforme dispõe o inciso VI do art. 7º da Constituição Federal.

Associado a esse sucateamento dos direitos sociais, a empresa de acumulação flexível buscou a produtividade, representada pelo aumento do número de produtos fabricados no mesmo espaço de tempo, sem o aumento do número de empregados.

Finalmente, o pequeno espaço de tempo para o retorno financeiro e a competitividade passaram a exigir das empresas a novidade, a qualidade e o preço.

A novidade pressupõe altos investimentos na pesquisa, na automação das linhas de produção, na propaganda e na distribuição do produto num mercado-mundo, com novidades contínuas e crescentes.⁷

Como salientado, a fusão de empresas é um fenômeno que deve ser analisado sob as óticas macro e microjurídica.

À luz da estrutura macrojurídica, a fusão interessa mais ao Direito Econômico, que procura compatibilizar o fenômeno da concentração econômica com o princípio da livre concorrência.

⁶ O preço do barril de petróleo tem sofrido variações, ao sabor de crises econômicas e políticas. Nos dias atuais, início de 2010, o barril custa 75 dólares, preço considerado muito alto para o setor industrial.

⁷ Vejam-se os produtos eletroeletrônicos, por exemplo. Os televisores passaram de plasma, para LCD, de LCD para LED, ultra *slim*, com apenas 3 cm de espessura; celulares multi, pluri, ultrafuncionais; i-podi multi-versáteis; i-phone, etc.

Destilado em seus filamentos socioeconômicos pelos diversos ramos do Direito, a sua disciplina interessa ao Direito Civil, ao Direito Comercial, ao Direito Tributário, ao Direito do Trabalho, ao Direito do Consumidor, ao Direito Ambiental, e a outros microsistemas.

A compatibilidade entre o princípio da propriedade privada e a intervenção estatal, a acomodação entre a posição jurídica dos empregados em confronto com o poder privado das empresas, que tendem cada vez mais à concentração, são temas que trazem muitos desafios, inclusive à intimidade do trabalhador.

Nessa diversidade de perspectivas que a concentração econômica se desdobra é que nos compete provocar o debate no âmbito do Direito do Trabalho.

4. A ANGULARIDADE DA ASSUNÇÃO OBRIGACIONAL TRABALHISTA: O CORPO E A ALMA DO CONTRATO DE TRABALHO

O art. 1.119 do novo Código Civil estatui, como salientado, que a fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que lhes sucederá nos direitos e obrigações.

Essa assunção de direitos e obrigações pela nova sociedade, constituída a partir da fusão, é disciplinada pelo Direito do Trabalho pelos antigos artigos 10 e 448 da CLT.

Trata-se, indiscutivelmente, de verdadeira e autêntica sucessão de empregador que, pelos textos legais retromencionados, atribui a responsabilidade pelos direitos trabalhistas à empresa sucessora, eis que qualquer alteração na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Consideramos desnecessário examinar os pressupostos clássicos da sucessão, que tradicionalmente são dois: a) transferência de unidade econômico-jurídica; b) continuidade da prestação de serviços.

Atualmente, numa visão mais moderna e consentânea com a realidade, a doutrina e a jurisprudência têm admitido cada vez mais a caracterização da sucessão trabalhista sem a prestação de serviços para a sucessora: importa o trespassse do conjunto de bens materiais e imateriais para que haja a sucessão e, por conseguinte, a garantia do crédito trabalhista.

Pessoalmente, não se tem dúvida quanto ao acerto dessa corrente doutrinária e jurisprudencial.

A sucessão trabalhista possui características e objetivos específicos: a) decorre da lei e é imperativa; b) não admite no tráfego entre empregado e empregadora a cláusula de não responsabilidade; c) preserva a continuidade da relação de emprego, numa perspectiva interior de inalterabilidade *in pejus*; d) amplia a rede de garantia quanto à efetividade dos créditos dos empregados.

Não interessa, aqui, a análise da questão relativa à responsabilidade solidária ou subsidiária dos sucedidos, tendo em vista as características da fusão - união advinda da soma de sociedades extintas. Acreditamos que apenas nos casos de fraude e outras situações conexas essa discussão poderá ter importância.

Feitas essas observações, duas questões nos pareceram relevantes.

A primeira delas diz respeito ao princípio da isonomia.

Partindo-se do pressuposto fático previsto no art. 1.119 do CC, segundo o qual duas ou mais sociedades se extinguem para formar sociedade nova, e combinando-o com a regra dos arts. 10 e 448 da CLT, parece ser acertada a conclusão de que os direitos adquiridos pelos empregados de cada uma das sociedades extintas têm de ser garantidos.

Ocorre que as diversas fontes de Direito, heterônomas e autônomas, mas principalmente estas, que são a cada dia mais intensas no âmbito das grandes empresas (regulamentos internos, usos e costumes), podem revelar situações díspares para os empregados.

O nosso questionamento inicial é, por conseguinte, neste sentido.

Será que as normas gerais e abstratas, criadas no âmbito de cada uma das empresas extintas, somar-se-iam, cumulativamente, nos contratos de trabalho dos empregados da sucessora, permitindo, à luz do art. 461 da CLT, uma equiparação recíproca?

Parece-nos que não, porque se trata de direitos personalíssimos que acompanham os empregados, integrando os respectivos patrimônios, sem que possam se intercomunicar, mesmo porque as empresas se extinguem.

Por outras palavras, as vantagens preservam-se pela via do direito adquirido, mas sem se intercambiar com outros empregados para fins de isonomia.

A outra dúvida que nos assalta, ao escrever este artigo, tem a ver com a alma do Direito do Trabalho: o contrato de trabalho.

Gabriel García Márquez, em *Cem anos de solidão*, disse que “as coisas têm vida própria, tudo é questão de despertar a sua alma”.

A soberania política não sobrevive se não houver soberania econômica, sendo verdadeira a recíproca: a soberania econômica não sobrevive se não houver soberania política.

Diminuindo-se os espaços reservados ao Estado e ocupando-os com o indivíduo, poderia dizer que sem uma soberania real da vontade não se pode falar em contrato soberano. O princípio da igualdade está ao lado do princípio da soberania. A proteção ao empregado ainda me parece importante. A proteção ao emprego me parece primordial, pois sem ela o empregado será literalmente esmagado pelo poder econômico, despido de sentimento social, daí ser imprescindível a regulamentação do inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

A concentração capitalista está na origem das grandes mutações das sociedades industriais. A intervenção do Estado é uma consequência da concentração, do lucro exagerado sem respeito ao homem, das crises que ciclicamente ocorrem, como a de outubro de 2008.

Em outra perspectiva, mas sem nos desviar do tema, indagamos: tratando a fusão de empresas de um fenômeno concentracionista de conquista de mercado e de projeção no meio social - gigantismo econômico que não significa necessariamente alto grau de empregabilidade - como fica a questão relacionada com a dispensa coletiva?

Será que a tão propalada função social do contrato estaria sendo respeitada?

Agregaríamos outra questão: será que as deliberações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a respeito das fusões de empresas constituem fonte formal heterônoma de direito dos empregados contra a despedida arbitrária?

Pensamos, em linhas gerais, que as decisões do CADE não possuem o condão de disciplinar apenas a fusão de empresas, limitando os seus efeitos à esfera do Direito Econômico, uma vez que elas ingressam no universo do Direito do Trabalho e criam direitos para os empregados.⁸

Por outro lado, a dispensa coletiva constitui abuso de direito, conforme recentemente decidido pelos Egrégios TRTs da 15ª e da 3ª Região, nos casos da EMBRAER e da USIMINAS.

5. METAS COMPARTILHADAS - UMA VEIA ABERTA PARA A SOLIDARIEDADE?

Questão que tem nos intrigado são os acordos de compartilhamento de metas entre empresas que pretendem a fusão.

Trata-se de uma etapa anterior à fusão, que pode ou não se concretizar.

Basicamente constitui um contrato celebrado entre as empresas no período pré-fusão - é mais do que um namoro e menos do que o casamento; é uma espécie de noivado que pode ser facilmente rompido.

O caso mais emblemático parece que foi o da VARIG, que não chegou a se efetivar com a TAM; concretizando-se com a Gol Linhas Aéreas, em moldes diferentes .

Pelo que se sabe, as empresas VARIG-TAM celebraram um acordo com vistas à fusão, com monitoramento pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão de defesa da concorrência, ligado ao Ministério da Fazenda.

O conteúdo do acordo, dentre outros fatores, envolvia o compartilhamento de voos, denominado *code share*, que permitiria a operação conjunta da VARIG-TAM em vinte e duas rotas aéreas.⁹

Pela avença, uma empresa atenderia aos passageiros da outra, visando à elevação do percentual de ocupação de cada voo.

A meta era a redução de custos, cuja expectativa inicial era de que a VARIG economizaria setenta e cinco milhões de reais e a TAM, quarenta e sete milhões de reais.

Embora não se possa falar formalmente em fusão, eis que não caracterizada nos moldes legais, esse acordo, que seria um verdadeiro contrato, poderia, caso

⁸ Quanto à dispensa coletiva, acreditamos que os arts. 421 e 422 do Código Civil podem ser aplicados subsidiariamente, por apropriação permissiva e integrativa do art. 8º da CLT. De outra face, as deliberações do CADE não devem permanecer circunscritas ao aspecto econômico da fusão. Pelo menos, enquanto perdurar o processo de fusão, essas normas constituem fonte de direito. O problema maior, parece-nos ser quanto à definição do tempo da garantia de emprego, depois de operada a fusão. Com o sindicato forte essa questão poderia ser melhor equacionada: a) definição de quais seriam os empregados dispensados; b) lapso de tempo da garantia de emprego durante e depois da fusão.

⁹ Note-se que não se trata de rotas complementares, em que o *code share* é frequente. Se um passageiro deseja, por exemplo, viajar do Rio de Janeiro para San Diego e a empresa não possui voo direto, ela faz a sua rota - Rio de Janeiro-Miami - e a outra rota complementar Miami-San Diego é feita por outra empresa aérea.

realizado, trazer consequências na órbita trabalhista.

Pensamos que essa transusão de passageiros, que teria um objetivo bem definido, antecessora da fusão, que poderia ou não se concretizar, daria margem à discussão quanto à configuração do grupo econômico trabalhista.

Estatui o § 2º do art. 2º da CLT:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

O ajuste de metas compartilhadas tem um propósito deliberado: dirige-se à contabilidade, à redução de custos, ao aumento do lucro.

Ora, o risco da atividade econômica é da empregadora e dele não participam os empregados, consoante dispõe o *caput* do artigo 2º da CLT.

Por outro lado, admitindo-se que o grupo econômico possa se constituir tanto por subordinação quanto por coordenação, o quebra-cabeça está armado.

Seriam as duas empresas solidariamente responsáveis uma com a outra pelos débitos trabalhistas, conforme preceitua o § 2º do citado art. 2º da CLT?

Nesse contexto, outra dúvida: a se entender que o grupo econômico está formado, poderia haver a equiparação salarial entre os empregados de uma empresa com os empregados de outra?

Respondemos: sem querer sermos ousados demais, porém, mais temendo sermos conservadores, diríamos que a interpretação sistemático-teleológica da legislação trabalhista nos leva a acreditar que sim. Vale dizer, para nós a parceria de voos, com a mistura e o intercâmbio de passageiros, implica de certa forma uma promiscuidade administrativa e financeira. Embora ainda não se possa falar em fusão, os interesses econômicos das duas empresas já estão na órbita fática fortemente entrelaçados. Por detrás do fluxo e refluxo de passageiros organizados por interesses das empresas, floresce o grupo e não de cada uma das empresas isoladamente.

6. A QUESTÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA À LUZ DA LEI N. 11.101/2005

A Lei n. 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, trata da venda dos ativos das empresas falidas e em recuperação judicial e extrajudicial.

Sabe-se que é requisito para a sucessão de empregadores a transferência de unidade econômico produtiva de um para outro titular, que afete as garantias do contrato de emprego.

Pois bem, tanto no caso da recuperação judicial como no da falência de empresas existe a possibilidade do transpasse de unidade econômico-jurídica da empresa, que afete as garantias dos contratos de trabalho. Portanto, ambas podem ser situações ensejadoras da sucessão trabalhista.

6.1 Sucessão trabalhista e falência da empresa

No caso das empresas falidas, a realização dos ativos, prevista no art. 139 e seguintes, é a medida que visa ao levantamento de valores para pagamento dos credores.

O artigo 141, inciso II e § 2º da Lei n. 11.101 é expresso ao dispor o seguinte, na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais:

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive de empresas ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

[...]

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

E ainda:

§ 2º Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.

Assim, na alienação de ativos, em procedimento falimentar, o legislador ordinário foi expresso ao vedar a sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas do devedor, bem como a continuidade do contrato de trabalho.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, 2006, p. 416), a falência é uma exceção à regra da sucessão, e, nas falências processadas a partir da Lei n. 11.101/05, não ocorrerá a sucessão de empregadores, no caso de alienação de empresa falida ou de um ou de alguns de seus estabelecimentos.

Nota-se a incompatibilidade desses dispositivos legais com o Texto Consolidado, que está em pleno vigor e que protege o contrato de emprego de qualquer alteração na estrutura jurídica ou na titularidade da empresa. O art. 449 da CLT é claro ao estabelecer que os direitos oriundos da existência do contrato de emprego subsistirão em caso de falência.

De qualquer forma, apesar da incompatibilidade com a CLT, observa-se que é apenas na hipótese de falência que existe previsão expressa de ausência de sucessão trabalhista, como se demonstrará adiante.

6.2 Sucessão trabalhista e recuperação judicial de empresa

Inicialmente, merece destaque que a norma contida no parágrafo único do artigo 60 da Lei n. 11.101/05 não veda expressamente a sucessão trabalhista como o faz a norma prevista no inciso II do art. 141 da mesma Lei quando trata da alienação de ativos na falência, reportando-se tão-somente às obrigações do devedor de natureza tributária. Veja-se:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observando o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

A lei, portanto, foi omissa em relação à sucessão trabalhista nessa hipótese. Cumpre-nos então analisar a viabilidade de se estender as disposições destinadas a processos de falência - que excluem a sucessão trabalhista - a casos de recuperação judicial.

Tem-se especulado a possibilidade de, na hipótese de recuperação judicial, também ficar excluída a sucessão trabalhista, apesar de o art. 60, parágrafo único, não mencionar expressamente essa possibilidade, como faz o art. 141, II e § 2º, que trata da ausência de sucessão nas empresas falidas.

Ainda assim, há quem defenda que, na hipótese de recuperação judicial, fica excluída a sucessão trabalhista, apesar de o art. 60, parágrafo único, não mencionar expressamente essa possibilidade, como faz o art. 141, II e § 2º.

Mauricio Godinho Delgado entende que, em caso de recuperação judicial, como a nova Lei não dispõe clara e objetivamente sobre a matéria, e usando uma interpretação lógico-sistemática, a ocorrência de sucessão trabalhista deve ser admitida.

Reforça esse entendimento com a afirmativa que

À medida que os créditos dos empregados (trabalhistas e acidentários) têm absoluta preponderância na ordem jurídica, em face dos princípios constitucionais da prevalência do valor-trabalho, da dignidade da pessoa humana e da subordinação da propriedade à sua função social, torna-se inviável, tecnicamente, proceder-se à interpretação extensiva de regras infraconstitucionais agressoras de direitos constitucionalmente assegurados. (DELGADO, 2006, p. 419)

Como se sabe, a sucessão de empregadores é instituto próprio do Direito do Trabalho, portanto, deve-se observar, para resolver esse conflito de interpretações, o princípio justrabalhista da norma mais favorável ao empregado.

Com efeito, não há que se falar em uma interpretação extensiva do aludido preceito a fim de se vedar a ocorrência, em tais casos, da sucessão trabalhista, por ser inconcebível, em hermenêutica, a adoção de interpretação extensiva a uma norma jurídica de caráter prejudicial ao trabalhador.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O AVESSE DO AVESSE

Num mundo globalizado, alimentado por muitos fenômenos na maioria das vezes perversos de concentração econômica, em que o que mais importa é o lucro, o Direito do Trabalho continua com a sua proposta de humanização das relações jurídicas, mormente se se considerar que em um dos polos da sua relação jurídica-base está o ser humano, na sua dimensão individual e isolada.

A essa altura, gostaríamos de deixar uma mensagem singela, já que falamos da alma do Direito do Trabalho, que, para nós, é o contrato individual de trabalho, na sua equação existencial, em que encontramos em carne e sangue, suor e lágrimas, as angústias do homem comum, igual a todos nós, e do qual a única diferença talvez seja que tenhamos tido um pouco mais de oportunidade ou de sorte.

Queremos, pois, falar para a alma do homem. Para a alma daquele homem que lê e interpreta a lei; mas queremos falar, sobretudo, para a alma daquele homem que não lê e nem sabe interpretar a lei, porque para ele instituíram leis, esquecendo-se, contudo, do que era mais importante - alfabetizá-lo, deixando-o distante dos poderes decisórios.

Refiro-me, pois, ao que na lei é textual, intra e extratextual; ao que é texto e é contexto, é metatexto; é transtexto, ao que é verso e é reverso; simples e complexo; instrumento de dominação e de determinação.

Lembramo-nos, aqui, de um verso de Renato Russo, que sabe cantar e canta para os que sabem e os que não sabem cantar.

Com a mesma voz, canta para todos, homens e mulheres, ricos e pobres, fortes e fracos, poderosos e sem poder: "palavras são erros".

Agradecemos a Deus por não encarcerar a compreensão do mundo ao avesso, do avesso, do avesso, vale dizer, ao não Direito, a um fenômeno econômico isoladamente, mas ao avesso, do avesso do fenômeno econômico conjuntamente com o jurídico, em cujo centro estão o homem e a sua dignidade, pelo qual se podem fazer coisas belas, dependendo obviamente do intérprete.

Mais por razões históricas e históricas do que de qualquer outra ordem, notamos que o Direito do Trabalho sempre teve dificuldade de aceitação, fosse no Estado Intervencionista, seja no Estado Liberal ou Neoliberal, ou mesmo Liberal Social.

Nós, seres humanos, fazemos da palavra, que é a nossa essência diante do silêncio do Universo, a arte ou a magia; a compreensão ou a incompreensão; a poesia ou a acidez; a tolerância ou a intolerância; a igualdade ou a desigualdade; a inclusão ou a exclusão.

E, se o Direito do Trabalho tem em seus poros uma proposta social inclusiva do empregado, do mais fraco, do menos favorecido, faríamos a derradeira pergunta: o que podemos esperar do direito positivo em sua versão normativista convencional, bem como dos operadores do Direito diante de mais um fenômeno econômico, como a concentração de empresas, desencadeado em profusão pela globalização? Será que a ordem econômica e a ordem justralhista um dia vão se encontrar?

Não tudo, mas muitas soluções dependem de nós, operadores do Direito do Trabalho, que poderíamos ser um pouco mais ousados, enfrentando com a força da nossa palavra escrita e falada a aversão à realidade socioeconômica atual, quando ela teima em se preocupar apenas com o lucro, esquecendo-se do homem.

De qualquer maneira, palavras são erros e os erros são seus...

8. BIBLIOGRAFIA

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006.
- SENA, Adriana Goulart de. *A nova caracterização da sucessão trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.
- SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

NOUVELLES FORMES DE GOUVERNANCE ET ATTENTES MORALES DES SALARIES: L'EXPERIENCE FRANÇAISE

Marie-France Mialon*

Quelle que soit la modernité du débat actuel sur les formes de gouvernance les plus adaptées aux besoins de l'entreprise dans le contexte d'un nouveau siècle qui a vu se développer de manière exponentielle de nouveaux modes de production, des formes nouvelles d'organisation du travail, il paraît indispensable de replacer ce débat qui est à la fois économique, social, juridique mais aussi moral dans une perspective historique et philosophique.

Au fond, nous retrouvons le débat essentiel sur la place de l'Homme dans le processus de production quand on se pose aujourd'hui la question du mode de gouvernance. Nous posons le problème de la hiérarchie entre le produit et la personne qui a œuvré à la production. Nous nous interrogeons sur l'équilibre entre les intérêts des producteurs et ceux qui ont investi dans l'entreprise de production et qui souhaitent en retirer un maximum de bénéfice financier. Vieux débat auquel des réponses ont déjà été données par tous ceux qui considèrent que l'entreprise n'est pas seulement un centre de production où travaillent les salariés subordonnés, une source de profit financier pour les seuls investisseurs, mais que c'est d'abord une communauté d'intérêts qu'il convient d'harmoniser dans le souci de ce que l'on appelle le Bien commun.

En France, le débat sur la gouvernance de l'entreprise s'est d'abord développé à la fin du XIXème siècle dans les cercles de réflexion économique d'inspiration saint-simonienne, puis a été repris dans les milieux universitaires sous l'influence du personnalisme du philosophe Emmanuel Mounier, sans oublier l'influence de la doctrine sociale de l'Eglise et la pratique des grands patrons chrétiens dans d'importants secteurs de l'industrie et des services.

Pour en faire la synthèse je dirai que l'ensemble de ces réflexions converge vers l'idée que la Personne étant au centre de la Société, l'élément humain doit être au centre de l'Entreprise.

C'est semble-t-il ce que trop de dirigeants d'entreprises ont aujourd'hui oublié ou volontairement écarté au risque d'en subir les conséquences sur leurs propres profits.

Qu'avons-nous fait? Pourquoi les salariés se sentent-ils assez mal comme producteurs pour que certains en ressentent un tel mal être que le nombre de suicides, de dépressions, de maladies professionnelles liées au stress au travail, ait tant augmenté ces dernières années?

Si l'on regarde l'exemple français, des solutions ont été adoptées pour reconnaître la place et le rôle des salariés/producteurs en développant une politique de participation aux capital et aux résultats afin d'en faire des salariés/producteurs/associés.

L'argent comme solution au mal-être.

* Doutora em Direito. Professora da Universidade Paris II - Panthéon-Assas.

Il n'a pas empêché la vague de suicides chez FranceTélécom où il existe une vraie politique de participation. L'argent ne suffit pas pour mettre l'Homme au centre de l'entreprise quand celle-ci s'est déshumanisée au fil des transformations technologiques, a éclaté géographiquement, et où les salariés ne connaissent même pas le nom de ceux qui décident de leurs conditions de travail.

Sans rejeter tout ce qui a été bien fait en matière de participation financière, il me paraît essentiel de rappeler que le salarié/producteur doit être associé aux décisions qui le concernent pour qu'il adhère au projet de l'entreprise. Remettre la Personne au cœur de l'Entreprise dans le souci du Bien commun paraît relever de l'urgence !

Après avoir exposé et critiqué les modes de participation financière appliqués dans les entreprises françaises depuis 50 ans (I), je traiterai plus longuement des modes actuels de prise en compte des risques psychosociaux dans les entreprises les plus sensibles aux problèmes générés par le stress au travail et au souci de considération de leurs salariés(II).

I. LES POLITIQUES DE PARTICIPATION FINANCIERE, REPONSES INADEQUATES AUX ATTENTES MORALES DES SALARIES

On peut être surpris du nombre et de la diversité des modes de participation financière figurant dans la législation française. C'est un choix de politique sociale fait par les différents gouvernements depuis 1959, maintenu malgré leur diversité idéologique. On parle de cogestion à la française, de socialisme participatif, d'intéressement des salariés aux objectifs économiques et à la stratégie de l'entreprise, par le biais direct et individualisé de la participation financière aux résultats, voire au capital de l'entreprise.

Si cette politique revêt bien des mérites et a un véritable intérêt financier pour les salariés permanents de l'entreprise, elle ne répond en rien aux attentes morales de l'ensemble des salariés.

Elle s'est donc révélée impuissante à endiguer leurs craintes, leur sentiment d'être considérés comme partie négligeable de l'entreprise ni à empêcher depuis près de dix ans la survenance des vagues de suicides et de dépressions dues au stress au travail.

1.1 Modes de participation aux bénéfices de l'entreprise

Seules les grandes lignes du système français élaboré depuis 1959 seront décrites; on rappelle qu'il est jugé très utile et apprécié par les salariés auxquels chaque mode de participation financière apporte un revenu complémentaire non négligeable.

Plusieurs dispositifs légaux permettent de redistribuer aux salariés une part des bénéfices de l'entreprise: la participation des salariés aux résultats de l'entreprise est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés; l'intéressement et les plans d'épargne salariale sont facultatifs et peuvent être organisés dans toutes les entreprises par un accord collectif.

1.1.1 La participation aux résultats constitue un dispositif légal de redistribution aux salariés des bénéfices qu'ils ont contribué à réaliser par leur travail.

Principal mécanisme d'épargne salariale en raison de son caractère obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés, réalisant un bénéfice net fiscal supérieur à 5% des capitaux propres de l'entreprise, elle permet aux salariés de se constituer une épargne grâce au blocage des sommes attribuées (art.L.3321-1 et s C.trav.) pendant une durée de cinq ans.

Toutefois, la loi du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail a assoupli ce dispositif.

Le salarié peut désormais choisir le versement immédiat de ses droits selon certaines conditions ou encore le déblocage anticipé pour des raisons personnelles ou familiales énumérées par le décret du 30 mars 2009 (art. R 3324-22 C.trav.). Cependant, seuls les salariés ayant choisi l'indisponibilité totale peuvent être exonérés de cotisations sociales et d'impôt sur le revenu à la fois sur le capital et les intérêts versés.

Tous les salariés de l'entreprise en bénéficient, sous réserve d'une clause prévoyant une ancienneté de trois mois. En cas de rupture du contrat de travail, même pour faute grave ou lourde, ils reçoivent le solde de leur créance de participation; ils peuvent aussi demander le transfert des sommes acquises dans le plan d'épargne d'entreprise de leur nouvel employeur (loi du 30 décembre 2006 sur la participation et l'actionnariat des salariés).

La participation peut résulter d'un accord collectif de groupe ou d'entreprise mais aussi d'un accord collectif de branche, depuis la loi de 2006. L'accord peut être négocié par l'employeur avec les syndicats représentatifs ou le comité d'entreprise; il peut aussi être proposé directement au personnel qui doit le ratifier par référendum à la majorité des 2/3.

L'accord détermine les modes de calcul, de répartition, ainsi que l'affectation et la gestion des sommes pendant la période de blocage. Un contrôle administratif est exercé par l'Inspection du travail.

1.1.2 L'intéressement est un système facultatif qui peut être mis en place dans toute entreprise dès lors qu'elle respecte ses obligations en matière de représentation du personnel.

Il est organisé par un accord collectif (art.L3312-1 et s C.trav.) négocié dans les mêmes conditions que celles énoncées pour la participation. L'accord est conclu pour une durée de trois ans, renouvelable par tacite reconduction pour la même durée. Il peut prendre deux formes.

L'intéressement aux résultats se rapproche de la participation aux résultats.

L'intéressement aux performances de l'entreprise utilise des critères tels que la productivité, la réalisation d'objectifs, l'augmentation du chiffre d'affaires, la diminution des pertes de l'entreprise, la diminution des accidents de travail. Ce type d'accord associe davantage le personnel au fonctionnement de l'entreprise et améliore la communication au sein de l'entreprise. Il paraît plus proche des demandes actuelles des salariés d'une meilleure prise en compte de leur place dans l'entreprise.

L'intéressement est une rémunération collective aléatoire, versée individuellement à tous les salariés sous réserve d'une clause prévoyant une ancienneté de trois mois, d'un plafond annuel de 20% des salaires bruts et d'un montant individuel de 17 310 • pour l'exercice 2010 (art.L 3314-8 al.1 et 2 C. trav.).

Les primes attribuées aux salariés sont immédiatement disponibles, elles sont exonérées de cotisations sociales; ils peuvent aussi choisir de les affecter à un plan d'épargne salariale afin de bénéficier d'une exonération d'impôt sur le revenu.

1.2 Modes de participation au capital de l'entreprise: l'actionnariat salarié

Il s'agit d'abord des plans d'épargne salariale qui permettent aux salariés de l'entreprise, mais aussi aux anciens salariés partis en retraite, de se constituer un portefeuille de valeurs mobilières dans des conditions sociales et fiscales avantageuses, par le versement volontaire d'une partie de leur rémunération annuelle (25% maximum), des droits et primes acquis au titre de la participation et de l'intéressement. Il s'agit ensuite des options de souscription ou d'achat d'actions et des distributions d'actions gratuites, sur une base individuelle, qui ouvrent une forme de participation directe des salariés au capital de l'entreprise dont ils deviennent alors à la fois salariés et associés.

1.2.1 Les plans d'épargne salariale

Deux formules peuvent être retenues par l'employeur et faire l'objet d'un accord collectif d'entreprise qui en définit les modalités pratiques.

Le plan d'épargne d'entreprise a été rendu obligatoire par la loi de 2006 pour le développement de la participation et l'actionnariat salarié dans les entreprises ayant conclu un accord de participation après le 31 décembre 2006 (art.3323-2, et -3 C.trav.). Dans le cas contraire, le PEE est facultatif, mais il est fréquent d'y recourir en raison des avantages fiscaux pour le salarié. (art.L.3332-1 C.trav.). Dans tous les cas, le PEE est négocié avec les représentants du personnel dans les mêmes conditions que les accords de participation, sous le contrôle administratif de l'inspection du travail.

La gestion du PEE et les formules de placement sont réglementées par la loi du 30 décembre 2006 qui a prévu une indisponibilité de cinq ans avec des cas de déblocage anticipé (art.L.3332-25 et R.3324-22 C.trav.).

Le plan d'épargne collectif pour la retraite (PERCO) sur les revenus du travail peut être mis en place comme les PEE, à l'initiative de l'entreprise ou par un accord collectif (art.L.3334-2 C.trav.) depuis la loi du 3 décembre 2008.

Les salariés sont informés de leurs droits grâce à un livret d'épargne salariale qui doit leur être remis au moment de l'embauche, et qui présente l'ensemble du dispositif d'épargne salariale dans l'entreprise (art. L.3341-6 et s C.trav.)

1.2.2 La souscription ou l'achat d'actions

Elle constitue un mécanisme facultatif dans une société par actions, cotée ou non en Bourse, ouvert à tout ou partie des salariés. Les bénéficiaires peuvent souscrire ou acheter leurs propres titres au prix fixé au jour où l'option est consentie. Ils en retirent trois avantages qui leur sont réservés: un rabais de valeur du titre, et des plus-values d'acquisition et de cession. S'y ajoute un régime social et fiscal de faveur à condition de respecter un délai d'indisponibilité de quatre ans. Le dispositif est autorisé par une AGE de l'entreprise et mis en œuvre par le conseil d'administration ou le directoire; le comité d'entreprise est informé et consulté au titre de sa compétence générale en matière économique et de rémunération des salariés (art L.2323-27 et L.2323-6 C.trav.).

1.2.3 La distribution d'actions gratuites

Elle est autorisée dans les seules sociétés par actions; une SARL ne peut pas en distribuer. La société peut décider de les attribuer à tout ou partie des salariés, selon les critères déterminés par le conseil d'administration ou le directoire, par exemple selon l'ancienneté dans l'entreprise, dans la limite de 10% du capital social.

Seules les actions distribuées collectivement peuvent être versées ensuite dans un plan d'épargne d'entreprise. Au terme de la période d'acquisition (deux ans) le salarié devient propriétaire des actions qui entrent dans son patrimoine; toutefois, il ne peut les céder pendant une période de deux ans (sauf en cas de décès ou d'invalidité grave); il bénéficie comme dans le cas précédent d'un régime fiscal et social de faveur.

Au terme de cette longue énumération des différents mécanismes financiers constituant les régimes de participation et d'intéressement des salariés en droit social français, on peut constater combien le système construit en 50 ans est complexe mais aussi très ouvert.

Objectivement, il répond aux attentes financières des salariés surtout dans les très grandes entreprises, mais aussi dans les entreprises de taille moyenne.

Toutefois, cette satisfaction financière n'a pas été suffisante, y compris dans de très grandes entreprises offrant toutes les formes légales et conventionnelles de participation et d'intéressement, pour répondre aux attentes morales des salariés et à leur besoin d'une éthique de la gouvernance de leur entreprise.

II UNE ETHIQUE DE LA GOUVERNANCE REPONSE ADEQUATE AUX ATTENTES MORALES DES SALARIES

La survenance de suicides dans de très grandes entreprises françaises, événements fortement relayés par les médias, a eu un effet désastreux sur l'image des entreprises concernées car ils ont mis en relief le caractère inhumain, désincarné, quasi virtuel de leur mode de gestion des salariés pourtant bénéficiaires de politiques efficaces de participation.

Considérés par l'opinion, les pouvoirs publics, mais aussi par les tribunaux, comme responsables socialement et moralement de ces drames individuels, les dirigeants de Renault, France Télécom et le Pôle Emploi, ont commencé à

s'interroger sur leurs causes et les moyens d'y remédier au plus vite, en tentant d'ajouter plus d'humain dans la gouvernance actuelle des entreprises.

Sous l'impulsion des pouvoirs publics, la discussion collective a été ouverte tant avec les salariés consultés individuellement que avec leurs représentants élus et syndicaux. D'intéressantes propositions ont déjà été faites afin de déboucher sur une nouvelle éthique de la gouvernance face à l'implosion des risques psycho sociaux (RPS) dans l'entreprise.

2.1 L'incidence du mal-être des salariés au travail et l'implosion des risques psycho sociaux dans les entreprises

La survenance d'une vague de suicides chez FranceTélécom et au Pôle Emploi issu de la fusion entre Assedic et ANPE pendant l'année 2009 a ravivé l'émotion de l'opinion publique manifestée à la suite des suicides survenus au Technocentre de Renault en 2006. Ces événements ont suscité la réaction des partenaires sociaux et des pouvoirs publics, mais aussi celle des tribunaux appelés à déterminer si suicide et dépression étaient des accidents de travail et entraînaient de ce fait la responsabilité de l'employeur.

2.1.1 Le phénomène n'est pas nouveau

Pourtant il n'existe pas à ce jour d'enquête nationale; on dispose seulement depuis 2007 d'une étude sérieuse faite par les chercheurs de l'INRS.

Ce document fait état de l'inquiétude, dès la fin des années 90, des médecins du travail qui constatent la détérioration des indices de stress au travail. En 2003, une enquête régionale menée en Basse Normandie auprès de 55 médecins du travail révèle que 29% des salariés examinés lors des visites médicales de contrôle se plaignent de problèmes de santé liés aux conditions de travail; et que entre 1997 et 2001, sont survenus dans cette seule région, 107 cas de suicides et tentatives liés au travail, dont 43 ayant entraîné un décès ou un handicap grave.

Par ailleurs, de nombreuses études épidémiologiques connues des médecins du travail ont souligné le lien entre stress durable, dépression, puis suicide subséquent en particulier quand coexistent une forte pression psychologique et une absence de marge de manœuvre individuelle du salarié face aux conditions de travail qui lui sont imposées. Le phénomène de contagion existe réellement: si un collègue a eu recours au suicide, celui-ci apparaît comme la solution à ses propres difficultés, à son propre mal être au travail.

2.1.2 La question se pose: comment en vient-on à se suicider à cause du travail?

Pour Christophe Dejour, professeur au CNAM, et Philippe Davezies, chercheur en médecine et santé du travail, auteurs d'ouvrages centrés sur ce sujet, le sentiment de souffrance au travail s'exprime de manière de plus en plus violente, concerne tout le monde, des ouvriers aux cadres, car personne n'est épargné par la pression.

C'est l'organisation même du travail qui est en cause avec la perte de repères collectifs qu'elle implique.

On constate en effet une certaine dilution des relations sociales entre salariés, d'où il résulte un sentiment de solitude; à l'absence de solidarité collective correspond la faiblesse d'un contrôle social préventif des suicides. En outre les salariés ne se reconnaissent plus dans les tâches qui leur sont demandées, faute d'explication claire sur la notion de travail bien fait, le salarié se sent dévalorisé et désorienté. La dépersonnalisation des lieux de travail entraîne aussi une perte de repères; la vogue des open space peut se révéler catastrophique pour les relations de travail. Les évaluations individuelles des performances ont aussi joué un rôle néfaste amenant de la concurrence supplémentaire entre salariés mais aussi de la méfiance, du stress, des coups bas; de nouvelles méthodes de management telles que l'absence apparente de hiérarchie manifestée par un tutoiement généralisé, les séminaires de « team building », le management par l'affectif concomitant à la pression et la critique constante de la hiérarchie, le stress et la peur du licenciement qui en découlent ont fait des ravages psychologiques comme l'ont démontré les événements récents.

2.1.3 Les vagues de suicides intervenus en 2009 (France Télécom, Pôle Emploi)

Si l'on s'en tient à cette période récente, les chiffres sont préoccupants, sachant qu'on ne connaît que les cas de suicides et de dépression au travail ayant été le plus médiatisés. Faute d'enquêtes régionales et nationale, il est difficile d'appréhender finement le phénomène, en particulier dans les entreprises de taille petite ou moyenne, et de bien distinguer entre les cas de suicide/dépression d'origine personnelle ou professionnelle. Des demandes de création d'un observatoire des suicides au travail ont été faites par des chercheurs, sans résultat à ce jour.

En 2009, l'accélération du nombre de suicides chez FranceTélécom, en particulier depuis juillet 2009 et au Pôle Emploi entre septembre/octobre 2009 interpelle l'opinion publique.

A France Télécom, une enquête diligentée par les directions régionales et rendue publique par la direction générale en septembre 2009 lors de la réunion du CHSCT fait état de 32 suicides en deux ans dont 17 recensés en 2009; d'une augmentation des visites médicales de 30% sur deux ans et de 50% sur cinq ans des arrêts-maladie liés aux conditions de travail. La direction refuse de faire état des arrêts maladie liés à des dépressions au nom du secret médical et du respect de la vie privée.

Pour les syndicats et les élus des Comités Hygiène et Sécurité du travail de France Télécom, la vague de suicides est directement liée à la réorganisation de l'entreprise. Depuis l'ouverture du capital en 1997 et la privatisation de l'entreprise, et face à un sureffectif d'environ 30 000 personnes, un plan de départs volontaires a porté sur 22 000 suppressions d'emplois et la direction a imposé le principe d'une mobilité tous les trois ans. De nombreuses mutations et réductions d'effectifs ont ainsi affecté toutes les catégories du personnel. Il en est résulté depuis plus de dix ans: perte de repères, sentiment d'un contrôle permanent, et inquiétudes quant à leur avenir, chez des salariés qui avant 1997 avaient un statut de fonctionnaire avec la sécurité de l'emploi et le sentiment d'effectuer une mission de service public.

Au Pôle Emploi, structure hybride résultant au 1^{er} janvier 2009 de la fusion

entre ANPE (service public de l'emploi) et ASSEDIC (institutions privées de l'assurance chômage) dont les personnels avaient des statuts et des missions complémentaires mais différents, un important malaise est rapidement signalé par les syndicats, en particulier chez les salariés les plus en contact avec les demandeurs d'emploi.

La direction ne reconnaît que deux suicides d'origine professionnelle survenus en 2009, et cinq tentatives de suicide sur les lieux de travail et ne tient pas compte des cas d'arrêt maladie liés à une dépression, en raison du secret médical. Les syndicats évoquent des chiffres trois fois supérieurs en intégrant les actes commis au domicile du salarié. L'inspection du travail n'est pas intervenue sur le cas de Pôle Emploi en raison de sa nature juridique particulière entre privé et public; on peut le regretter.

A la suite des suicides survenus à l'automne 2009, une enquête est menée auprès des salariés dont les résultats ont été connus en Janvier 2010. Plus de la moitié des 47000 salariés y ont répondu.

Face à la charge supplémentaire de travail induite par l'augmentation en 2009 du nombre des chômeurs (90 000 dossiers de plus à gérer), les salariés considèrent que leur métier a changé (60%), qu'ils n'ont pas été bien préparés à cette évolution (40%), n'adhèrent pas au contenu de leurs nouvelles missions telle la vérification administrative des pièces du dossier (50%). Beaucoup se plaignent d'une dégradation de leurs conditions de travail due à la multiplication des agressions verbales voire physiques subies à l'occasion de leur mission. Appelés à être mobiles d'une unité de travail à l'autre, ils jugent leur formation insuffisante pour répondre aux attentes des chômeurs dont ils gèrent les dossiers et à celles de la direction dont les objectifs sont difficiles à tenir; au sentiment d'angoisse de mal faire et à un état dépressif subséquent, correspondrait un recours plus important aux psychotropes voire au suicide.

2.1.4 la réponse judiciaire aux suicides et dépressions liés au stress au travail

L'employeur étant tenu envers ses salariés d'une obligation générale de sécurité, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir la survenance de tout risque professionnel. Quand le stress au travail est un déclencheur d'accident ou de maladie, il peut être considéré comme un risque professionnel, et conduire de ce fait le juge à retenir la responsabilité sociale de l'employeur.

S'il n'est pas toujours aisé de rattacher les faits reprochés à l'employeur à la qualification d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la jurisprudence a évolué sur ce point.

Ainsi, la Cour de Cassation a confirmé en 2003 (Cass.2è civ. 1^{er} Juillet 2003, n°02-30.576) son interprétation extensive de la notion d'accident de travail, en retenant cette qualification pour une dépression nerveuse. En l'espèce, la dépression du salarié constatée médicalement est apparue dans les deux jours suivant un entretien d'évaluation au cours duquel le salarié cadre a appris sa rétrogradation comme agent de maîtrise. Le juge retient le lien avec le travail et la soudaineté de la lésion psychique: il étend ainsi la notion de lésion corporelle, critère classique de l'accident de travail, aux troubles psychiques.

Cette qualification a été également retenue pour le traumatisme psychologique subi par le directeur d'une agence bancaire menacé par un client armé (Cass.2è civ. 15 juin 2004,n°02-31.194); pour l'accident vasculaire cérébral dont a été victime un salarié après un entretien préalable au licenciement, en raison du choc causé par la procédure (Cass.2è civ. 22 février 2007, n°05-18.809).

Dans une autre affaire, les juges ont retenu que l'équilibre psychologique du salarié avait été altéré à la suite de la dégradation continue des relations de travail et du comportement de l'employeur; ils ont retenu la faute inexcusable aggravant la responsabilité de l'employeur qui aurait dû avoir conscience du danger auquel il avait exposé le salarié. Conditions matérielles et conditions psychologiques de travail sont donc analysées de la même manière par les juges.

Le stress ne constitue pas en soi un cas de harcèlement moral mais peut en être une manifestation; l'analyse judiciaire est plus exigeante: alléguer d'une mauvaise ambiance au travail ne suffit pas à caractériser la situation de stress professionnel (Cass.soc.23 novembre 2005, n°04-41.649) ni de harcèlement.

La qualification juridique du suicide ou de la tentative de suicide au lieu de travail ou au domicile du salarié a été posée à nouveau aux juges après la vague de suicides intervenue au centre Technopole de Renault en 2006.

Le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de Nanterre a rendu très récemment son jugement (17 décembre 2009) pour l'un d'entre eux survenu en Octobre 2006. Les juges considèrent qu'il existe un lien entre le stress professionnel, la charge et les conditions de travail imposés aux salariés cadres et ingénieurs du Centre de production de Guyancourt. Ils retiennent la faute inexcusable de l'employeur « qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour préserver son salarié du risque qu'il encourait du fait de l'exercice de son activité professionnelle »; la société Renault aurait dû être consciente du danger auquel le salarié était exposé et n'a pas rempli en l'occurrence son obligation de sécurité. L'employeur a fait appel en Janvier 2010.

Compte tenu des nombreux suicides survenus en 2009 notamment à France Télécom et au Pôle Emploi, les juristes de droit social attendent avec beaucoup d'intérêt la suite judiciaire de ces procès qui vont sans doute se multiplier. En ce qui me concerne, je pense que la Cour de Cassation reprendra pour les suicides liés au stress professionnel la même analyse et les mêmes exigences de preuve que celle qu'elle a adoptée pour les cas de dépression.

2.2 Les réponses des partenaires sociaux et des pouvoirs publics pour remédier au développement des risques psychosociaux:

La question du stress au travail a suscité plusieurs accords collectifs au niveau communautaire et national. A la suite des vagues de suicide survenues dans leurs entreprises, les dirigeants se sont efforcés de répondre dans l'urgence à la détérioration de l'ambiance de travail.

Les pouvoirs publics se sont saisis de ce problème qui a fortement ému l'opinion publique, suscitant le débat dans et hors de l'entreprise. Ces réponses sont utiles mais ne sont pas suffisantes. L'implosion récente des risques psychosociaux conduit à s'interroger plus que jamais sur le rôle de l'éthique dans la gouvernance de l'entreprise.

2.2.1 Les accords collectifs applicables aux situations de stress professionnel et les modalités de leur mise en œuvre

Les instruments juridiques existent au plan communautaire et national. Malgré leur mise en application dans les grandes entreprises ils ont pu apparaître comme une réponse dérisoire et insuffisante face à l'implosion des risques psychosociaux. Les entreprises concernées ont donc cherché à y apporter d'autres réponses.

L'accord cadre européen du 8 octobre 2004 forme la base de toute négociation collective sur le stress au travail et ses incidences sur la détérioration des conditions et de l'ambiance de travail.

Il présente l'avantage de donner une définition globale de la notion de stress: «état qui s'accompagne de symptômes ou de dysfonctionnement physiques, psychologiques ou sociaux, et qui résulte du fait que les individus se sentent incapables de combler un écart avec les exigences ou les attentes qui les concernent».

Cette définition paraît adéquate à rendre compte de la situation de stress. En effet, le plus souvent il se manifeste lors de conditions de travail dégradées: rythmes de travail accrus ou imprévisibles, faible emprise sur le contenu et la réalisation du travail, moyens insuffisants, surcharge de travail, perception d'un manque de soutien de la hiérarchie et d'un défaut de solidarité. On reconnaît ici les circonstances qui ont suscité les événements médiatisés de 2006/ 2009 et les éléments qui ont été utilisés par les juges pour justifier la condamnation des employeurs dans les procès récents.

Afin de transposer l'accord européen en droit français, une négociation a été ouverte en octobre 2007; elle a abouti à un accord interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu par arrêté du 23 avril 2009.

Bien qu'il existe déjà une abondante législation en matière de prévention des risques professionnels dont il est reconnu par les partenaires sociaux que les risques psychosociaux font partie, la prévention, l'évaluation et les mesures pour éviter le stress et ses incidences restaient assez sommaires; il était donc utile et nécessaire de compléter la législation française sur ce point.

L'accord français n'a pas seulement transposé l'accord communautaire, il l'a précisé et complété en ce qui concerne les mesures de prévention, d'information et de formation des salariés et du personnel d'encadrement.

Les objectifs affirmés par les négociateurs ont été clairement définis: développer la prise de conscience et la compréhension par tous les acteurs de l'entreprise de la question du stress au travail, introduire des clignotants sociaux afin d'éviter son développement, essayer de trouver des solutions adaptées aux entreprises et aux salariés concernés.

L'accord français de 2008 ajoute à la définition communautaire en se rapprochant de celle adoptée par l'Agence européenne sur la santé et la sécurité du travail: il y a stress en cas de déséquilibre entre la perception que la personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face.

Cette définition permet d'individualiser davantage le ressenti de stress propre à chacun dans un contexte professionnel commun; elle conduit à une appréciation plus fine des risques encourus dans l'activité professionnelle et elle incite à un management plus personnalisé des salariés.

Parmi les indicateurs du stress les négociateurs ont retenu: un fort taux d'absentéisme notamment de courte durée mais répété; un niveau élevé de rotation du personnel en particulier fondé sur des démissions; des conflits personnels fréquents entre salariés; une augmentation significative des visites spontanées au service médical; et bien sûr un taux de fréquence plus élevé des accidents du travail et des suicides.

La mise en application de ces principes repose sur le dialogue entre employeur, service de santé au travail et représentants du personnel.

L'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé physique et mentale des salariés (art.L.4121-1 à L.4121-5 C.trav.); il doit y associer les représentants du personnel à leur mise en œuvre et à défaut les salariés directement consultés.

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail doit jouer un rôle essentiel dans la prévention du stress. Il est chargé de procéder à l'analyse des risques professionnels auxquels sont exposés les salariés ainsi que de leurs conditions de travail. Sa consultation est obligatoire en cas de modifications importantes des conditions de santé et sécurité. Depuis un arrêt de la Cour de cassation de 2007 (Cass.soc. 28 novembre 2007, n°06-21.964), le CHSCT doit être consulté sur un projet d'entretiens annuels d'évaluation, dès lors que ses modalités et enjeux sont de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail.

Le comité d'entreprise dispose d'une compétence générale en matière de prévention des risques (art.L.2323-27 C.trav.).

Les délégués du personnel disposent d'un droit d'alerte pour toute atteinte à la santé physique et mentale des salariés qui peuvent les informer. Ils saisissent l'employeur qui doit alors déclencher une enquête et prendre les dispositions nécessaires à remédier à cette situation; en cas de carence de l'employeur, le conseil de prud'hommes peut être saisi en référé par les représentants du personnel (art.L. 2313-2 C.trav.).

Le service de santé au travail et le médecin du travail ont également un rôle essentiel dans l'identification, la prévention du stress et l'évaluation des risques induits par les conditions de travail dans l'entreprise. Les services de santé peuvent avoir recours à des experts intervenants extérieurs, pour bénéficier d'un regard objectif sur l'amélioration des conditions de travail et la sécurité des salariés (art.R.4623-27 C.trav.). Par exemple ils peuvent faire appel à l'INRS qui propose depuis 2004, des outils de prévention et d'appréhension du stress, des formations du personnel d'encadrement. Dans le même esprit, la Confédération Générale des Cadres a créé un « baromètre » outil de mesure et d'observation du stress depuis 1998, ainsi qu'un système d'écoute au service de ses adhérents en difficulté ou en souffrance morale dans leur entreprise. Ce sont des modèles utiles pour toutes les entreprises.

Dans l'Accord National Interprofessionnel de 2008 on retrouve également une liste indicative de moyens de lutter contre le stress, de mesures susceptibles de le prévenir, l'éliminer, au moins le réduire. Il peut s'agir par exemple de développer une communication sur les objectifs de l'entreprise et le rôle de chaque salarié à son poste; de donner à chacun la possibilité d'échanger sur son travail; de mettre en place une formation de l'ensemble des acteurs de l'entreprise et notamment de

l'encadrement pour anticiper l'apparition du stress individuel ou collectif.

La prévention et l'élimination du stress doivent passer par une analyse et observation continue de l'organisation et des processus de travail. Par exemple, les dépassements excessifs des horaires de travail et la mise sous pression systématiques sont-ils nécessaires? Les objectifs personnels et/ou de l'équipe sont-ils disproportionnés ou mal définis? Quel est le degré d'autonomie mais aussi de solitude des salariés? La communication doit être à la fois collective et personnalisée, tenir compte davantage des facteurs subjectifs, par exemple en s'efforçant de lever toute incertitude sur les perspectives de l'emploi et les changements de stratégie de l'entreprise.

L'ANI de Juillet 2008, aurait dû dès l'arrêté d'extension d'avril 2009 conduire à une négociation collective dans les branches et les entreprises. La survenance de la crise économique a sans nul doute ralenti le mouvement et malgré leur utilité les instruments de prévention des risques psychosociaux déjà mis en place n'ont pu suffire à éviter leur implosion. Les entreprises concernées ont donc commencé à mettre en place d'autres réponses dans l'urgence.

2.2.2 Les réactions des entreprises les plus concernées

Une entreprise dans laquelle on peut se suicider perd de son image de façon considérable, au sein de la collectivité de travail, mais aussi dans la société tout entière à cause de la reprise médiatique des suicides sur les lieux de travail.

La stratégie habituelle de communication a été longtemps d'individualiser le suicide pour en diminuer l'impact sur l'entreprise, sans reconnaître les liens entre le suicide ou la dépression et le mode de fonctionnement de celle-ci. Les répliques suicidaires ont constitué de véritables signaux d'alarme pour qu'enfin les entreprises concernées acceptent de reconnaître l'existence d'un réel malaise collectif et d'une souffrance morale au travail à tous les échelons de la collectivité de travail.

D'après des informations recueillies au MEDEF, un certain nombre d'actions ont pourtant été engagées par quelques entreprises courant 2008 pour organiser une prévention des RPS: ouverture de lignes téléphoniques gratuites et sécurisées pour l'écoute anonyme des salariés; mise en place d'observatoire du stress avec des indices d'insatisfaction des salariés comme autant de clignotants; nomination de médiateurs dans l'entreprise ou appel à des experts de l'écoute et la détection des risques de stress. L'objectif est d'anticiper et d'éviter la survenance de situations favorisant l'implosion des risques psychosociaux par une observation attentive de la collectivité de travail.

Depuis la fin de l'année 2009 des plans d'urgence ont été mis en place et des négociations ont été ouvertes avec les partenaires sociaux, dans les grandes entreprises touchées par la vague de suicides de leurs salariés.

Au Pôle emploi, déjà évoqué supra, un questionnaire sur le stress et les conditions de travail dont les résultats ont été publiés le 5 janvier 2010 doit servir de base à la discussion ouverte au même moment avec les syndicats.

Chez Renault, le contenu du plan d'urgence sociale a été communiqué le 14 janvier 2010. Il tient compte des résultats d'une enquête faite au Technopole de Guyancourt où avaient eu lieu la plupart des suicides entre 2006 et 2008, révélant que 30% des salariés souffraient de tension au travail. Le plan prévoit une limitation

des horaires, en particulier pour les cadres, une formation des managers à la détection des risques psychosociaux, un contrat avec Pluridis, société spécialisée dans l'écoute et l'aide des salariés.

A FranceTélécom, la négociation d'un nouveau Pacte social est annoncée; elle porterait en particulier sur une remise en cause du principe de mobilité qui ne serait plus imposée tous les trois ans aux salariés mais discutée avec chacun d'entre eux. Elle comporterait un volet de formation des cadres à la prévention des risques psychosociaux.

Au vu de ces annonces on constate que les entreprises ont enfin tenu compte des évaluations économiques faites en particulier par la Fondation de Dublin sur l'impact du stress et sur son coût. Une entreprise ne fonctionne pas bien lorsque les salariés ne sont pas satisfaits de leurs conditions de travail; s'ils sont en mauvaise santé physique et morale, stressés, déprimés, malades, et pratiquent l'absentéisme, cela a un impact évident sur la production donc sur la situation de l'entreprise face à la concurrence. L'entreprise doit aussi tenir compte du coût de la réparation à laquelle elle peut être condamnée par les tribunaux pour mise en danger de la vie d'autrui; sa responsabilité sociale peut lui coûter cher.

2.2.3 Les actions des pouvoirs publics

Elles se déroulent en plusieurs étapes de 2007 à 2010.

Après la première Conférence gouvernementale sur les conditions de travail du 4 octobre 2007, le ministre du Travail Xavier Bertrand a confié à Philippe Nasse, magistrat honoraire, et Patrick Légeron, psychiatre, la mission de réfléchir et faire des propositions au gouvernement sur la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail.

Le rapport remis par ces experts le 12 mars 2008 définit le stress au travail comme le premier facteur de risque psychosocial et décrit les phénomènes de harcèlement et violence au travail. Il préconise une approche simultanée des aspects médicaux et sociaux de ces risques professionnels et formulent huit propositions d'actions, suggérant aussi que le suivi de leurs recommandations soit confié au Conseil d'orientation des conditions de travail dont la création a été décidée suite à la conférence de 2007.

Ce rapport a formé la base de la négociation de l'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu en avril 2009. On en retrouve les principaux éléments d'une part pour l'identification, d'autre part pour les moyens évoqués plus haut (2.2.1.) de lutter contre le stress au travail.

En juin 2008, lors de la deuxième Conférence sur les conditions de travail, le ministre du travail a annoncé le lancement d'une grande enquête nationale confiée à l'INSEE sur le stress au travail afin de mettre en place un indicateur global du stress, dont les résultats étaient espérés pour l'été 2009.

En octobre 2009, à l'occasion du Conseil d'Orientation sur les conditions de travail, un plan d'urgence pour la prévention du stress professionnel est annoncé ainsi que l'élaboration du plan santé au travail pour 2010-2014.

Les entreprises de plus de 1000 salariés sont invitées à engager une négociation sur la prévention du stress, sur la base de l'ANI de 2008, au plus tard le 1^{er} février 2010.

A défaut d'accord, les partenaires sociaux devraient au moins aboutir à un diagnostic et un plan d'action.

Dans les PME et TPE, qui ne sont pas encore soumises à l'obligation de négocier, il est suggéré de développer des actions d'information sur les risques psychosociaux, des outils de diagnostic et des indicateurs d'actions, avec l'aide des experts de l'INRS, l'ANACT, et des services de santé au travail. Le seuil actuel des 1000 salariés pourrait d'ailleurs être abaissé pour étendre le champ de la négociation obligatoire.

Si aucune sanction financière n'est encore prévue, le ministère du Travail n'en exclut pas l'adoption au vu des résultats du bilan des négociations dans les grandes entreprises.

Deux types d'accords peuvent être conclus selon le degré de maturité du sujet dans l'entreprise.

Soit un accord sur le fond avec les organisations syndicales reprenant les grandes lignes de l'ANI et les adaptant à la réalité particulière de l'entreprise.

Soit un simple «accord de méthode» sur le traitement de la question des risques psychosociaux, portant sur la manière de conduire l'état des lieux sur le stress au travail; les conditions d'un éventuel recours à un intervenant extérieur; la formation préalable des acteurs (CHSCT, médecin du travail) et les modalités de concertation entre eux; la création d'un comité interne de pilotage et de suivi; le calendrier de la concertation.

Un véritable suivi informatique du déroulement des négociations est organisé par la Direction Générale du travail.

Amorce de sanction morale prenant l'opinion publique à témoin, la liste des entreprises n'ayant pas ouvert de négociation ou pas abouti, sera publiée à cette occasion, sur les sites Internet du Ministère du Travail à partir du 1^{er} mars 2010, avec mise à jour mensuelle de l'évolution des négociations, communiquée par les entreprises sous le contrôle de la DGT.

Les entreprises peuvent consulter le site « travailler-mieux.gouv.fr » et se rapprocher de la cellule risques psychosociaux de la DGT dgt.stress@travail.gouv.fr.

Ces différentes interventions du Ministère du Travail, dont le rythme s'est accéléré depuis 2009, apparaissent comme le signe d'une ferme volonté politique d'accompagner les partenaires sociaux et d'aboutir à des engagements durables et partagés sur la prévention des risques psychosociaux et la promotion du Bien Être au travail.

Une commission de réflexion parlementaire sur le stress professionnel a été créée en 2009, à l'initiative de Jean François Coppé (UMPP). En septembre 2009, il a déjà été proposé par cette commission multipartite d'ajouter des indices de bien être au travail dans le bilan social annuel de l'entreprise; et d'introduire plus d'enseignements relatifs à la gouvernance des entreprises et aux principes d'éthique managériale, dans la formation des étudiants en Ecoles d'ingénieurs et de commerce, afin de sensibiliser les dirigeants de demain à l'objectif de « travailler mieux pour mieux travailler ensemble ».

La complémentarité des intervenants politiques et de l'Administration du travail permet d'espérer le prompt aboutissement des négociations en cours et l'efficacité sur le terrain de la lutte contre le stress professionnel.

CONCLUSION

Comment ne pas s'interroger en conclusion sur la nécessité d'introduire un « indicateur du Bonheur » dans les entreprises, dans la continuité de la pensée d'Amartya Sen, prix Nobel d'économie en 1998, inventeur avec son collègue pakistanais Mahmud ul Haq de l'Indicateur du Développement Humain (IDH) utilisé par le PNUD pour mesurer les progrès et les reculs des Etats sur la voie de la croissance.

Il a remis en septembre 2009, au Président Sarkozy, un rapport coécrit avec Joseph Stiglitz et Jean-Paul Fitoussi, sur la mesure des performances économiques et du progrès social, qui contient douze recommandations pour mesurer la richesse d'un pays en tenant compte du bien-être des ménages et plus seulement de leurs revenus.

D'autres travaux publiés en 2009 par des experts en relations humaines poursuivent une démarche semblable dans l'analyse de la crise morale dont s'accompagne l'actuelle crise économique.

En décembre 2009, un groupe d'experts dirigé par Mme Kovess-Masféty, psychiatre et épidémiologiste, a rendu un rapport commandé par le Centre d'action stratégique du Secrétariat d'Etat chargé de la Prospective et du développement de l'activité numérique, à la suite de la vague de suicides au travail. Il constate que de nos jours les chefs d'entreprises et l'Etat redoutent plus l'implosion des risques psychosociaux que les mouvements de grève et les luttes syndicales.

Le rapport considère que l'entreprise face à la souffrance au travail ne peut se contenter d'y répondre par davantage de réponses financières qui ne correspondent plus qu'en partie aux attentes de leurs salariés; dans son intérêt économique qui est de plus et mieux produire pour affronter les défis d'une concurrence mondialisée, elle est appelée à prendre aussi en considération le mieux vivre des salariés/producteurs et consommateurs dans et hors de l'entreprise.

Ces propos rappellent les motivations du Mouvement philanthropique manifestées très clairement en France après les événements de la commune de 1870/1871 et alors que le mouvement anarchiste se développait en Europe et aux Etats-Unis. Les entrepreneurs philanthropes du XIX^{ème} siècle considéraient que toute action sociale en faveur de leurs salariés constituait une sorte d'assurance contre le risque révolutionnaire et qu'œuvrer en faveur du Bien Commun au sens augustinien du terme se confondait avec un souci de meilleure rentabilité de l'Entreprise.

Samuel Rouvillois, prêtre de la communauté Saint-Jean, auteur en 2009 de « L'Homme fragile », et consultant auprès du MEDEF comme spécialiste de l'éthique managériale, tire quant à lui les enseignements de la crise économique sous un angle spirituel. Il considère la crise actuelle comme le révélateur de l'aliénation croissante de l'individu à l'économie, et d'une perte de sa dignité dans le contexte d'une organisation du travail qui fait passer la rentabilité de l'entreprise avant la valorisation de ses acteurs. Il préconise dans une Charte du Bien-Etre au travail remise au Ministère du travail, de définir les conditions d'un travail authentiquement humain, dans la relation avec autrui, dans la lisibilité de ce que l'on fait, dans une certaine responsabilisation et autonomie. La finalité de l'entreprise n'est pas seulement économique et sa rentabilité, si elle est nécessaire pour sa survie, donc

le maintien des emplois et le versement des salaires, ne saurait être sa seule finalité sociale.

Finalement, on revient à ce qui fait le fondement d'une éthique de la gouvernance trop oubliée des dirigeants actuels: remettre l'homme au centre de l'entreprise et lui faire confiance. Le pacte social qui fonde l'entreprise doit revisiter les notions d'identité collective, de solidarité sociale, de partage des intérêts entre propriétaires et producteurs, et reconnaître l'investissement humain comme un indispensable moteur de la réussite économique, en quelque sorte diriger l'entreprise dans le souci du Bien commun de la communauté d'intérêts qu'elle représente et répondre ainsi davantage aux attentes morales des salariés. En poursuivant une telle démarche, on peut espérer que de plus nombreux dirigeants pourront ainsi passer d'une éthique de conviction, le discours sur les valeurs de l'entreprise, à la mise en œuvre pratique de l'éthique de gouvernance.

O PROCESSO - O LIVRO E O FILME: CONHECIMENTO, COMPLEXIDADE E RISCO

Mônica Sette Lopes*

Alguém certamente havia caluniado Josef K., pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum.¹

No filme, a cena entra diretamente.² A porta se abrindo. Os homens no quarto. A fala sem lastro. E não dá tempo. A desacomodação da pessoa em sua intimidade. E Joseph K. desperta para o pesadelo de não saber.

Quem já foi acusado e respondeu pelo que não fez sabe como é andar por labirintos e como as portas se fecham e como as paredes cortam passagens. Sabe como são os olhares, os esgares. Sabe das evasivas e das pessoas que não querem ver, não querem ouvir. Sabe de proximidades e de distâncias. Quem já foi assediado também sabe. A sensação é de imobilidade na espera da autorização para entrar, para passar pela porta que permite avançar. E a vontade de berrar a plenos pulmões. De esgarçar a voz de tanto falar. Mas a experiência é paralisante. Mesmo quando se supera o momento, aquele que é acusado está sempre diante da porta, diante da lei, ocupando um espaço onde a vida se rompe apenas para ele. Será a lembrança do tempo que não volta. E das andanças no pensamento e na imaginação falando sozinho com mil pessoas. A fala de mil afrontas, de mil rompantes. Do dito no cara a cara. E na sofreguidão de querer explicar, de querer gritar, ele conversa com pulgas. Fala sozinho. Não se identifica, nem se reconhece. Ele é só ele. Solitária, isoladamente.

Quem já foi acusado e não entendeu por que, quem já foi assediado e entendeu o que lhe acontecia pode ter se transformado num processo. Quem já foi acusado e respondeu pelo que não fez pode optar por nunca mais viver o processo. Ou por vivê-lo integralmente. Por reviver nele. Pode optar por não ser o personagem condenado a estar sempre à espera da porta aberta pela mão de outrem. A porta é só dele, mas o leva ao que não conhece e pode fazer de sua vida, do resto dela, apenas o ser o processo. Ir até a porta é livre arbítrio. Significa a escolha de um modo, de um lugar e de um tempo para dizer o direito e pedir que ele seja dito.

E é isso que se vê pelo filme O processo (*The trial*), dirigido por Orson Welles, que transpõe para a tela o livro homônimo de Kafka e fixa a incontestabilidade das duas obras. Não é possível destacar a tradução do texto original, a transcrição transformadora da coisa transformada. E faz-se imagem da imagem da imagem. Sonho transfeito em pesadelo. Pesadelo em descortino matinal. Um infinito jogo de espelhos.

* Juíza da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG e residente do IEAT/UFMG. Doutora em Filosofia do Direito.

¹ KAFKA, 2003, p. 09.

² Este material foi preparado para apresentação no 5º Seminário Internacional Direito e Cinema, realizado na Faculdade de Direito da UFRJ em novembro de 2009.

Kafka é lugar comum nos clamores da humanidade, entre as vozes que gritam pela participação na cena agonal onde a construção da justiça é paisagem e é passagem. Ele é analisado por muitos. Ele é dissecado por tantos na correlação entre mundos possíveis e impossíveis.³

Talvez fosse melhor nada dizer sobre o filme que verteu para o movimento da fita a estática das letras escritas. Afinal, Kafka não concluiu o livro e não poderia imaginá-lo traduzido nas sequências da narrativa móvel do fotograma. E não poderia imaginá-lo tão remexido. Talvez fosse melhor que o tempo permitisse de novo a solidão escura e silenciosa da sala de projeção e impulsionasse para dentro do filme, como uma terceira dimensão que se constrói em nós, essa quarta parede que recebe o fluxo da narrativa.

Discorrer sobre ele é ir muito além do que supunha seu autor, que o queria destruído, queimado pelo amigo e, certamente, não previu a transposição para o cinema, a televisão, o computador. Orson Welles foi, portanto, um leitor a fazer funcionar, a partir de num outro meio, o texto que é em si fragmento inacabado e sem sincronia definitiva. A ordem dos capítulos não decorre da vontade expressa de um autor-ideal. O filme amarra essas incongruências a partir dos diálogos e com isso cobre espaços em branco e cria outras fraturas plausíveis como antevisto por Eco:

O texto está, pois, entremeadado de espaços brancos, de interstícios a serem preenchidos e quem o emitiu previa que esses espaços e interstícios seriam preenchidos e os deixou brancos por duas razões. Antes de tudo, porque um texto é um mecanismo preguiçoso (ou econômico) que vive da valorização de sentido que o destinatário ali introduziu; e somente em casos de extremo formalismo, de extrema preocupação didática e de extrema repressividade o texto se complica com redundâncias e especificações ulteriores - até o limite em que se violam as regras normais de conversação. Em segundo lugar, porque, à medida que passa da função didática para a estética, o texto quer deixar ao leitor a iniciativa interpretativa, embora costume ser interpretado com uma margem suficiente de univocidade. Todo texto quer que alguém o ajude a funcionar.⁴

A transfiguração da letra gravada para o filme resguarda a sua plurivocidade original, até quando focaliza passagens com uma literalidade assombrosa. Porque o livro foi deixado em branco pelo próprio escritor. E mesmo que ele possa funcionar como um manual de processo que devesse ser digerido pelos alunos para chegar a lugares aonde não chega a teoria geral, ele demanda preenchimento infinito. Para demonstrar o que ameaça o processo como ideia e como teleologia. Para demonstrar o que pode acontecer quando (enquanto) o processo acontece.

Não se pode, porém, modificar-lhe o caráter a ponto de fazer da comparação em torno do livro e do filme, em sua aproximação ineludível das questões da justiça, um outro que interessa apenas pelo gosto da lucubração. É preciso evitar o perigo tão agudamente exposto por Walter Benjamin:

³ Cf. M<www.kafka.org>, acesso em 10.10.2009.

⁴ ECO, 2004, p. 37.

Para os críticos, os seus colegas são a instância máxima. Não o público. Muito menos a posteridade.⁵

A posteridade está em cada um da plateia e em como sente o livro e o filme. Nas aproximações que estabelece com seu modo pessoal de divisar o mundo.

Por isso, adota-se desabrida primeira pessoa: O que este filme fez em mim? Como se fixou em mim o rever nele o livro lido?

A resposta na primeira pessoa é também singela: o medo. O medo de errar como juíza. O medo de sofrer e de fazer sofrer como pessoa entre as pessoas. O medo, simplesmente, o medo. A exigir atenção. Resguardo. Cuidado.

A necessidade de dizer e de participar impulsiona para a analogia e, por paradoxal que possa parecer, para o desejo de que transportá-la para as mínimas limitações do processo e d'O processo. Para quem tem o direito como ofício, para quem tem que fazê-lo, filme e livro atemorizam pelo potencial, pelo que pode vir a ser. Nada a ver necessariamente com os grandes desígnios da humanidade, com as grandes guerras, mas com os cantos da vida, aqueles que se aninham nas prateleiras cheias de poeira, aqueles rasgados pelo papel gasto demais, amarelo demais. Nas pilhas amontoadas de autos em que não se distinguem as pessoas. Nos processos que não interessam ao espetáculo dos tribunais, da doutrina, dos salões das grandes ideias. Nos processos que são a face oblíqua da realidade: os *very soft cases*, as ações de ninguém, de joãos-ninguém.

Os pequenos casos, repositórios mínimos da vida, são microcosmo e anunciam, declamam riscos imensos. São redução do acanhamento da natureza humana e de sua vivência do conflito. Visitar esses processos é, então, fazer a epistemologia pela ação no distraído dos lugares que não repercutem. Uma epistemologia que não busca o brilho das teses magníficas, mas a síntese da vida no corriqueiro.

E *Agamben* pode ser um bom ponto de partida. Ao enfatizar as várias interpretações de O processo, ele aponta a burocracia moderna como mal absoluto. O tribunal é um deus que esconde a condenação. É a doença de que *Kafka* se sabe portador.⁶ Mas ele ressalta o que se relaciona mais literalmente com o direito: "O julgamento é um fim em si mesmo, e aí está o seu mistério, o mistério do processo."⁷

O processo isola-se misteriosamente de tudo o mais. O direito não é o processo, dirão alguns acertadamente. No entanto, nele se transfundem vários de seus percalços, sua complexidade e a dramaticidade dos paradoxos em torno de seu conhecimento. O processo como fim em si mesmo pode enclausurar a vida. A solução imposta pode sobrepor-se à maleabilidade da solução dialética, aproximadora, possível. E pode esconder mais do que se admite. Aquele que entra com a ação sabendo da oportunidade de jogar com o desconhecido das decisões pasteurizadas nas quais não se pensa mais. Aquele que entorta a tese para que ela caiba no filão. Aquele que tem o direito e não tem para onde ir. Aquele que sabe não ter o direito, mas arrisca, joga com a sorte, com o tempo.

⁵ BENJAMIN, 1992, p 64.

⁶ AGAMBEN, 2003, p. 19.

⁷ AGAMBEN, 2003, p. 19.

Porque o processo absorve o tempo da vida e o converte numa massa de palavras e de fórmulas que podem desintegrá-la para o que ela jamais imaginou ser ou podem reconstruí-la.

SONHOS E PESADELOS

No processo, as palavras marcam a temporalidade. Tudo deve ser sentido na hora certa. Cada coisa em sua fase. A hora de dizer. De defender. De provar. De depor. De recorrer. A preclusão é pesadelo, como aquele segundo nebuloso antes de acordar e perceber que não se tratava da vida vivida, do tempo passando e sem possibilidade de voltar. Tratava-se do não vivido. Nada aconteceu. Foi só um pesadelo. Uma mensagem de aconchego quase maternal. Não foi nada. Um pesadelo.

O constrangimento de ter que viver, sabendo-se da impossibilidade de voltar e fazer de novo, consolida-se na irreversibilidade da marcha processual. Passada a hora, fecha-se a porta. E não adianta clamor. É a lei. Mesmo que a verdade esteja nas mãos do que se encontra à porta. Mesmo quando o processo não anda. Mesmo quando as palavras são lançadas entre as capas dos autos para uma apropriação no não-se-sabe-quando.

A pergunta então poderia ser: Será que as palavras, essas palavras, podem trazer conforto?

A experiência de Kafka com as palavras não se reduzia à possibilidade de se exprimir diante das pessoas. Não há qualquer novidade em detectar o simbolismo que há nelas. No autor, os nexos com a cultura, a gênese temporal e a localização no espaço funcionam como bofetadas no intérprete. O escritor viveu o judaísmo e sua linguagem e viveu a linguagem de culturas cuja assimilação lhe foi imposta, a dos alemães e a dos tchecos essencialmente. Elas revelavam a diversidade: sua e a dos outros. Elas eram distintas na origem e nos suportes da cultura que o gerara. A distinção pretendia-se suprida, do ponto de vista estatal, por meio da figura abstrata do acesso à educação. O problema da existência de várias nações superava-se artificialmente pela escolha do alemão como língua padrão. Projetava-se a germanização forçada das minorias étnicas. A regra que está na raiz desse processo funda-se na ideia de tolerância. O *Toleranzpatent* ou Editto da Tolerância (1782)⁸ visava à conversão dos judeus e à obliteração de toda a herança étnica, linguística e religiosa.

Joseph K. personifica a vida no pesadelo da imposição da unidade na diversidade das culturas. Ele traslada a experiência concreta do autor. O processo de Kafka implica o trânsito pelo conflito incorporado no tempo, sem remissões. Graduado em direito, seu ofício era ver gente mutilada. Era lidar com as soluções que o direito engendra para os que perderam partes de seu corpo no trabalho. Para os que morreram no trabalho. Ele lidava com seguros para acidente de trabalho:

⁸ Cf. PAWEL, 1986, p. 22/23.

Começando por sua primeira posição na Assicurazioni Generali (1907), mas especialmente quando se vinculou ao Instituto de Seguros de Acidente de Trabalho (*Worker's Accident Insurance Institute*) (1908), Kafka tornou-se um servidor público durante o dia e um escritor durante a noite. Apesar de o trânsito da empresa privada para a instituição controlada pelo governo haver representado uma melhoria em termos financeiros e mais tempo livre para escrever, o conflito se agravou. Nenhum dos privilégios que ele gozou mitigou a situação. Numa carta de 1913, ele foi explícito na matéria: "Inferno verdadeiro é lá, no escritório".⁹

Entendo exatamente o que Kafka sentia.

Com as alterações introduzidas pela EC n. 45/04 fixou-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as pretensões em torno de desdobramentos dos acidentes do trabalho e doenças profissionais. Ainda que o contato com essa face da realidade tenha se iniciado antes disso, quando se instaurou o dissenso quanto à competência, a definição só veio com uma decisão do STF que é de 2005.¹⁰ A partir daí, juízes do trabalho de primeiro grau passaram a receber, em suas salas de audiências, trabalhadores mutilados em escalas variadas que não eram obrigados a enfrentar anteriormente. É certo que estamos acostumados com os desempregados. Mas ver o corpo deformado dos acidentados, olhar os doentes nos olhos, e sentir a inexorabilidade dos efeitos, é mais doloroso. Mesmo quando a ação é julgada improcedente por falta denexo ou outra razão ponderável. A mesma por que passava Kafka. A visão do degradado marca a insuficiência atávica do direito no restabelecimento da harmonia: ele não faz o tempo voltar e tudo é, então, precário. Conhecer o direito é sabê-lo frágil na recomposição do passado. É não acordar do pesadelo.

Kafka escreveu literatura enquanto convivia com essa corrupção dos valores caros ao imaginário que se tece em torno da justiça. Sua literatura é produto de sobras dos seus dias, dos resíduos que lhe eram deixados da produção de relatórios para fins muito concretos que eram a reparação de danos decorrentes de acidentes de trabalho:

Sua profissão forçou-o a escrever um volume enorme de relatórios e memorandos, a visitar sedes de lugares onde "[...] pessoas caem de andaimes como se estivessem bêbadas, ou caem dentro de máquinas, todas as vigas tombam, todos os aterros cedem, todas as escadas deslizam, tudo o que as pessoas carregam cai, tudo o que elas seguram escorrega no tropeção". Não devemos esquecer, entretanto, que tudo isto agiu como base para a mais emblemática ficção, informou a densidade de atmosferas, inspirou o humor negro que as caracteriza.¹¹

O tempo das mutilações era o mesmo dos excessos na exigência das jornadas, na imposição sobre a autonomia do trabalhador e na perda de identidade,

⁹ INSUA, 2002, p. 53.

¹⁰ Cf. o processo CONFLITO DE COMPETÊNCIA 7.204-1 MINAS GERAIS, Relator Min. Carlos Ayres de Britto, julgado em 26.06.2005. Ver o extrato da ata em <http://www.anamatra.org.br/downloads/livreto_ementa.pdf> - acesso em 15.11.2009.

¹¹ INSUA, 2002, p. 53.

a face mais nefasta do trabalho. A fração de segundos altera o futuro e Kafka era obrigado a visitar os lugares onde a iminência das rupturas espalhava-se na rotina:

Os turnos nos galpões enormes eram de doze horas, a semana de trabalho era de setenta e duas horas. Podemos imaginar a reação das chefias destas companhias, reverenciadas por Sua Majestade, o Kaiser [...], quando um servidor insignificante chamado Kafka chegava para avaliar seus níveis de risco e suas folhas de pagamento.¹²

Ele era, portanto, um agente duplo, a serviço da burocracia imperial e do lado dos juristas e a serviço de Sua Majestade, a Literatura, e do lado da criatividade.¹³

É muito difícil falar da versão em filme de Orson Welles sem voltar à literatura, porque a tradução para a tela chega a ser mais literal do que literária.

Se o texto leva à última instância a imagem do processo, o filme assemelha-se a um documentário reproduzindo a máxima É tudo a verdade, referência que não é aleatória em relação a Welles, já que este é o nome de um documentário inacabado seu. Aliás, é interessante notar como essa ambiguidade entre o que é ou não verdade é relevante na obra do diretor. Basta lembrar a linha tênue entre fantasia e realidade que se instala no âmbito da curiosidade sobre o seu filme de maior repercussão (Cidadão Kane) e os efeitos de sua projeção radiofônica A guerra dos mundos. Em ambos uma separação absoluta entre factual e imaginado não é possível e em relação ao segundo registre-se a força transformadora da narrativa oral pelo rádio que espalhou o medo em proporções que escapam à ficção.¹⁴

A sobrecarga na voz do personagem de Josef K., com sua magreza cáustica, com sua pressa arrebataada, instila a fragilidade de sua identidade nos lugares que percorre, no lugar onde trabalha. No escritório, ele é um entre os demais na massa dos sons iguais na forma e na imposição da mudez e da mecânica.¹⁵ Todos expostos à mesma invisibilidade. E se não há individualidade, não há tampouco amizade. O outro é o informante. O outro é o inimigo. O outro denuncia. Assedia. A solidão reserva-se a quem vive o processo. Ninguém quer se misturar com quem vive o processo.



¹² WAGENBACH, Klaus. Prague and Citizen Kafka. In: INSUA, 2002, p. 148.

¹³ A ideia dessa comparação entre os dois lados de Kafka está em INSUA, 2002, p. 53.

¹⁴ Os efeitos da teatralização ou da simulação pelo rádio da invasão marciana, compostos por Welles, são apontados, juntamente com a propaganda nazista, como exemplos do poder do rádio, criando uma "ambiência na qual o homem se move" - BIANCO, Nélia del. O tambor tribal de McLuhan. In: MEDITSCH, 2005, p. 156.

¹⁵ Uma das ilustrações de O processo atribuídas a Kafka, em seu manuscrito, é exatamente a de um homem com o rosto sobre uma mesa. Ela ilustra capa da edição da Revista de Informação Legislativa dedicada à reforma do processo penal (n. 183, a. 46, jul./set. 2009).

O onírico está na sensação de tentar falar e não conseguir, de tentar ser ouvido e não conseguir, de tentar entender e não conseguir. O onírico, porém, não é nem do livro, nem do filme. O onírico não é da arte. O direito carrega-o na margem cifrada onde se entra no processo. Estar no processo é esperar por algo que pode vir ou não. Viver uma outra vida. É esperar sempre num tempo dilatado e silencioso, onde as coisas acontecem quando tem que ser. O onírico é do desejo de justiça, como a necessária expressão da reciprocidade da comunicação.

Maulaurie aponta o caráter antecipador de Kafka, tendo em vista as dificuldades de conhecer a lei. Ele sonhou a vida periclitante. Essas dificuldades são representadas e metaforizadas no tribunal como um lugar sórdido, onde a mentira, a traição, a corrupção e o sexo banal se impõem como práticas.¹⁶ Os juízes pertencem a um mundo abstrato, tão distante que se transmudam em não-humanos. Os advogados são opacos. E o processo parece oco. Um vazio em si mesmo.

O paradoxo reside na imprecisão do que se presume cheio de certezas na volatilidade de tempo, de espaço, dos papéis. O desejo de justiça é solapado pelo potencial, pelo (im)possível. A complexidade e o risco enuviam a visão do conhecimento do direito como deve ser.

O filme resguarda a estética do processo desenhada por Kafka. Não foi difícil a transposição, porque é quase assustadora a constatação do caráter dialogal da obra. Mesmo quando fala para si, o personagem comunica o desejo da comunicação e do contraditório, a sua necessidade de ter informação e de disseminá-la.

Ele quer o julgamento, mas de modo que possa entendê-lo. Por isso, Joseph K. trata o juízo final como contingência cotidiana. Ele pressente o fim. Ele anseia o momento em que tudo será conhecido e se dará a conhecer. Não é a hora da sanção, da imposição de consequências. É a hora em que todos saberão tudo sobre si e sobre os demais. A hora em que todos os nexos serão aclarados. “A lei eu não conheço”, diz o personagem no livro. “Ela só existe nas suas cabeças”.¹⁷ No juízo final, como projetado em Kafka, a lei se dará a conhecer para além das cabeças e das analogias. Ela se abrirá sem restrição. A sanção mais severa é conhecer tudo. Saber totalmente. É sair do pesadelo e do sonho para a realidade crua. Integralmente.

CENÁRIO E MOVIMENTO: PALAVRAS FALADAS E PALAVRAS ESCRITAS

Deleuze e Gattari começam seu livro perguntando como entrar na obra de Kafka.¹⁸ N'O processo há muitas portas: uma é a da Justiça. K. procura e encontra várias das que dão acesso a espaços do tribunal. Marc Galanter enfatiza na concepção de “acesso à justiça” a metáfora de ordem espacial.¹⁹ Procura-se o lugar da justiça. Mas ele nem sempre é encontrado. Joseph K. move-se nesta busca.

¹⁶ MALAURIE, 1997, p. 314.

¹⁷ KAFKA, 2003, p. 15/16.

¹⁸ DELEUZE, GATTARI, 2003, p. 7.

¹⁹ GALANTER, 1993, p. 61.

“Aqui ninguém mais pode ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora vou embora e fecho-a”²⁰, diz a parte final da parábola de Kafka que dá início ao filme de Orson Welles. Diante da lei.²¹

Como entrar na lei?

A porta da lei está aberta, mas há um porteiro. Porteiros são poderosos, às vezes, porque eles têm a chave e o controle da passagem. Eles têm o poder de dizer a hora de entrar, o poder de deixar entrar. O acesso pela porta da lei demanda uma permissão que leva a caminhos que podem chegar à Justiça. Mas Kafka menciona uma opinião segundo a qual o enganado é justamente o porteiro. Ele não conhece o interior da lei, mas somente o caminho. Conhece a forma e não a substância. Ele não sabe como são as coisas. Ele desconhece a vida e o incomensurável que se encontra antes da porta e depois dela. Por isso, teme mais do que o homem que quer apenas entrar. Ele tampouco penetra no fundo da lei. Ele a encara de uma perspectiva inerte: a porta. Ele só vê o que os outros porteiros como ele veem. Sua percepção da lei e de sua concretude é parcial:

[...] ele não sabe nada sobre o aspecto e o significado do interior da lei e que se acha equivocado a esse respeito.²²

E se a metáfora de Kafka se transpuser para o Estado? E se o porteiro, o guardião da lei, for o Estado? E se for ele quem diz quem entra ou não na lei?

A parábola reforça os obstáculos que se espalham e entorpecem de receio quando se imagina que o porteiro é o Estado. É ele que está por trás de todas as ações que podem conduzir ao acesso à justiça. E ele é o porteiro também quando a lei não permite a entrada, quando a voz não é ouvida, quando o juiz não quer ouvir. Quando os caminhos da forma domam o ser. Quando o acesso ao processo de conhecimento não é completo. “Ter um processo desse já significa tê-lo perdido”²³, diz-se n’O Processo. Porque os riscos vão além da forma e a substância nem sempre é visível, como diz o pintor que fabrica a imagem da justiça pela percepção dos modelos que se lhe apresentam:

Na lei - de qualquer modo não a li - consta, naturalmente, por um lado, que o inocente é absolvido, mas por outro lado, ali não consta que os juízes podem ser influenciados. Ora, minha experiência é justamente o contrário. Não sei de nenhuma absolvição real, mas sem dúvida de muitas formas de influência.²⁴

Esse percurso faz parte da rotina que abala o acusado do que não é. O que espera a declaração de seu direito. Ele transtorna também aquele que não sabe, aquele que, no exercício de suas razões, desconhece as razões do direito que se presumem nele conhecidas. Aquele que desconhece o processo e como ele anda. O pequeno. O simples. O vulgar.

²⁰ KAFKA, 2003, p. 263.

²¹ KAFKA, 2003, p. 261/263.

²² KAFKA, 2003, p. 267.

²³ KAFKA, 2003, p. 121.

²⁴ KAFKA, 2003, p. 187.

E o personagem tende a optar: ele pode ser ou não ser o que espera diante da porta pela qual poderá (ou não) penetrar o espaço da lei. Ele tem a opção de não viver o processo. Ou ele pode viver e reviver nele e através dele.

O filme propicia a visão das portas. Variadas formas, tamanhos, proporções. E não apenas delas, mas do que leva a elas e do que resulta delas: acessos, corredores, labirintos, passagens, escadas, frestas. Sombras. Escuridão. Trajetos que se podem percorrer. Ou não.

Procuram-se os caminhos literais de Kafka na Praga que foi tão sua. Conjecturas projetam-se sobre como retraiu a cidade no roteiro do texto. A Igreja seria a da praça central onde passou infância. A ponte, a que leva ao outro lado a cidade. As ruas, as que percorreu no doloroso de ir ao seu destino, inclusive para a escola que detestava. Os turistas perseguem em turba esses lugares literais e pode-se imaginar como Kafka fugiria deles com a intensidade do personagem que procura preservar sua identidade. A língua superficial do turismo de massa invade, domina e transfigura a cidade.

A cidade do filme mistura as formas geométricas, dominadas por uma arquitetura dos anos cinquenta e os pedaços internos de uma estética mais antiga, que revive os tempos do livro.

O personagem anda trôpego no cenário. Perdido. Cada lugar é surpresa. Cada lugar é imprevisível. Não está onde deveria. Não leva aonde deveria. Entretanto, na vertente da imponderabilidade está uma certeza: a de que assim, desse modo, se dá a conhecer a máquina da lei, a língua e a fuselagem por meio de que ela funciona. Assim, desse modo, ela apresenta a qualquer um que se habilite - de dentro dela, de fora dela.

O heroísmo do personagem e de suas ações está exatamente no enfrentamento do multiforme e do indefinido. Ele tem que vencer o pesadelo.

O espaço que os heróis de Kafka encontram é predominantemente protético. Ele combina dois estágios de símbolo e alegoria, assim como nossa obsessão mental (irrealidade dimensional). A presença do espaço físico - o real - atua como cenário (*background*) para eles.²⁵

O cenário do tribunal tem vários ângulos. As estantes abarrotadas de processos. As salas e os corredores onde esperam os sem-nome. Os funcionários em seus postos reservados. O palco e a plateia onde se representam os julgamentos. O plano próximo que capta o tribunal contrapõe-se ao plano geral que capta o lado de fora. Em ambos os lugares, Joseph K. anda só. As escadas do cenário, que isolam o espaço fechado e o espaço aberto, fundam a dimensão onírica porque ele não sabe onde está ou para aonde vai:

Na obra de Kafka, todo lugar representa a definição de *animated air*, na qual sempre persiste uma conexão inexistente entre o observador e os objetos que aparecem a seus olhos. Este efeito de transferência entre percepção e memória

²⁵ RACHELI, Alberto M. *Space and time in Kafkaesque architecture*. In INSUA, 2002, p. 183.

é típico da situação onírica: quando estamos imersos no sonho, nós nunca sabemos se a visão delineada se dá aos nossos olhos pela primeira vez ou se é um *déjà vu*.²⁶

Achar onde está o tribunal é um dos impulsos para a movimentação do personagem por essas passagens que combinam a irrealidade do sonho e a experiência de um *déjà-vu* sabido da imagem que se espalha sobre as formas da justiça revelada na dinâmica do direito. O tribunal está dentro de uma casa. É casa de outrem, uma casa que não tem o sentido do lar, o conforto das cortinas esvoaçantes e do cheiro da limpeza recém-concluída.

E não se trata de uma metáfora de ordem espacial a partir de lógicas estáticas. A ideia de acesso embute a de movimento. É preciso ir até ela e, depois, partir dela, porque não se pode permanecer nela como um exercício de perenidade. A justiça tende a transcender a contingência e o provisório.

Numa perspectiva de centralismo jurídico, o direito formalmente coincide com a justiça que se deve acessar. Esse lugar teria, portanto, que abarcar a lógica de certezas que é incompatível com o caminho do personagem. Que busca.

O tribunal demonstra-se com a mesma estética do teatro, o mesmo ritual do teatro. O texto flui como num labirinto. E é preciso reconhecê-lo.²⁷ “Tudo pertence ao tribunal”²⁸, diz o pintor. Ele está em todos os lugares. E tem várias portas.²⁹ Elas não são previsíveis. Elas aparecem de repente no cenário para a representação dos pontos de acesso à justiça.

Na dimensão do sonho, o caminho de Joseph K. é tortuoso. Ele vai a vários lugares onde a justiça poderia ou deveria estar. Um andarilho. Sempre apressado. Sôfrego. O seu desejo é chegar ao lugar dela. E falar. Ainda que haja portas, passagens, caminhos, movimento, os espaços não têm conexões.

Não é fácil admitir que a sensação do pesadelo se concretiza na imagem do processo para além de suas fórmulas e ritos, para além dos princípios e dos programas de tutela e de finalidades. Não é fácil tratar do direito a partir dessa impressão que ele pode deixar nos que esperam que a justiça se faça por meio dele. No homem que serve café aos juízes no Tribunal e espera, entre sucessivas postergações, que o tribunal resolva a formalização da adoção da filhinha. No aposentado que espera a decisão. Na família que espera a pensão do pai que os deixou. No pai de família que espera o pagamento do acerto rescisório pelo desemprego que o colheu. Tudo são os riscos do pesadelo vivido na imanência do tempo real.

O pintor descreve o tribunal. Ele é quem mais o conhece, porque lhe registra as formas. Ele também sabe do processo, porque descortina as pessoas que o fazem e refaz delas uma imagem que se confunde com a da justiça. Basta ver como ele a pinta, no trecho que está no livro e no filme:

²⁶ RACHELI, Alberto M. *Space and time in Kafkaesque architecture*. In INSUA, 2002, p. 182.

²⁷ KAFKA, 2003, p. 48.

²⁸ KAFKA, 2003, p.183.

²⁹ KAFKA, 2003, p. 189.

- É a Justiça [...]
- Agora a reconheço - disse K. - Aqui está a venda nos olhos e aqui a balança. Mas com asas nos calcanhares e em plena corrida?
- Sim - disse o pintor - tive de pintar assim por encomenda; na verdade é a justiça e a deusa da Vitória ao mesmo tempo.
- Não é uma boa vinculação - disse K. sorrindo - A Justiça precisa estar em repouso, senão a balança oscila e não é possível um veredicto justo.
- Eu me submeto ao meu cliente.³⁰

Em esses clientes são vaidosos.³¹ Eles definem como querem ser vistos. Por isso de seu quarto, do lugar onde se produz a imagem, há uma passagem para o tribunal. E os clientes sabem da mobilidade dos preceitos. Sabem das incertezas. E submetem o que é encarregado de difundir-lhes a imagem.

O filme enquadra o corriqueiro para os que militam nos fóruns, para quem transita por seus corredores, escadas e passagens. Uma experiência que avança pelo tempo do sonho e não se esvai.

Por isso, a frase de Joseph K. significa tanto:

Vim ver se este sistema judiciário é tão detestável como pensava. Estou muito angustiado. E agora só quero sair daqui e ficar só.

É preciso adaptar-se ao ar que se lhe dá a respirar.³² É preciso acostumar-se com a vida em tempo suspenso. Que corre de outro modo. E Joseph K. só quer sair dali.

O tribunal apresenta-se visualmente como um lugar de opressão.³³ Não se trata de uma definição meramente descritiva das margens da ficção. Quem frequenta os fóruns reconhece o cenário: gente que espera sem saber completamente o quê; pessoas que atendem sem se envolver; advogados a rodopiar entre balcões; paredes, estantes, mesas cobertas de processos que misturam a identidade daqueles cujos interesses são discutidos na fragmentação de números e de estatísticas; juizes no atoleiro de papel. O tempo passa sob o signo desses algarismos, como na cena em que as pessoas idosas se postam à porta do que seria o tribunal carregando no peito os números em que se transformaram, como se estivessem presos em campos de concentração. Sem voz. Sem ser.

O personagem está à espera de um sinal externo que diga que aquele é o lugar da justiça. Os fragmentos não se entrelaçam. O juiz está em todos os lugares (na casa do advogado, nos quadros, no quarto do pintor, no quarto da mulher do porteiro). O juiz não está no lugar dele. No tribunal, ele apenas representa um papel num palco. O ato e a máscara. A estética do tribunal é a mesma do teatro e essa representação para um auditório que responde com o automatismo da claque. Assim como os funcionários do escritório, eles não têm identidade.

³⁰ KAFKA, 2003, p. 177.

³¹ KAFKA, 2003, p. 178.

³² Cf. KAFKA, 2003, p. 87.

³³ Cf. KAFKA, 2003, p. 86.

Joseph K. precisa da fala para expor-se como pessoa. E ele quer reconhecer o tribunal e ser reconhecido por ele sem que seu desejo seja revelado.³⁴ Os diálogos transbordam. A oralidade do livro salta para a tela como se fosse esse o desejo central do escritor e como se Orson Welles, incorporando o leitor-ideal, tivesse o papel apenas de traduzir a voz eloquente que se espalha pela movimentação de K.

Não é um diálogo em que o biunívoco se implante, em que haja a dialógica do ouvir-responder-ouvir sucessivo. K. fala sozinho. O outro é uma barreira porque não corresponde. Não avança no espaço da solução pela justiça.

Porque não é seu corpo que vai aos lugares. É a voz de K. Mesmo quando ela não consegue ir além de si próprio. Sua voz transeunte é o movimento do próprio direito em imanência e concreção, um fazer, uma ação interminável, sem perfeição possível e cheio de perigos:

A máxima que Goethe põe na boca de seu Fausto: "no princípio era a ação", tem perfeita aplicação para o direito. A origem, localização ou conhecimento deve situá-lo, portanto, no atuar humano, antes do âmbito íntimo da experiência ética, da contemplação estética, ou da racionalidade puramente lógica das ciências exatas [...]

A mútua e necessária implicação entre sociedade e direito explica a ubiquidade do direito; seu caráter onipresente em quase todas as esferas do viver social.³⁵

Além de regular todos os fatores da vida, a presunção de conhecimento do direito faz com que ele esteja em todos os lugares, mesmo quando a máxima da ubiquidade se perfaça na precariedade do irrealizado. Entretanto, ainda que a constância da incerteza se implante no domínio do quimérico, a dinâmica do direito está em andamento em várias dimensões. A seu modo. Na conturbada trama problemática.

Joseph K. trilha a oralidade do direito procurando a revelação da imagem da justiça que deseja se materialize. Discursa. Conversa. Manifesta-se efusivamente. Confabula. Cochicha. Deambula num mundo em que a língua é morta, rasgada na erudição da palavra escrita como uma casca.

K. quer ver os livros onde o direito repousa. Os livros não podem ser vistos. Como tudo ali, eles estão sujos.³⁶ Eles pertencem ao juiz³⁷, que está sempre preso ao risco de condenar quem é inocente:

Com certeza os livros são códigos e é típico dessa espécie de tribunal que se condene não só quem é inocente, mas também quem não sabe de nada.³⁸

O direito recomposto na versão escrita dos livros, dos códigos e das decisões não pode rejeitar a oralidade. Ela entra nas mensagens dos tribunais, mas não é

³⁴ Cf. KAFKA, 2003, p. 49/50.

³⁵ PÉREZ-LUÑO, 1999, p. 5.

³⁶ KAFKA, 2003, p. 68.

³⁷ KAFKA, 2003, p. 65/66.

³⁸ KAFKA, 2003, p. 66.

guardada. É apenas experimentada nas práticas cotidianas como se fosse irrelevante saber sobre ela. Firma-se, então, o contraponto. A mensagem oral perde-se e essa parte da produção de decisões não se dá a conhecer a não ser aos que participaram do processo na simultaneidade do tempo e do espaço. A mensagem oral transforma-se então no obumbrado do pesadelo, como se não fosse real. Transforma-se na sombra e dá margem à alegoria de Kafka.

Não se pode desprezar esse fator da epistemologia jurídica, quando se retoma o papel dos tribunais na composição dessas mensagens, na linha de Galanter:

A relação existente entre tribunais e litígios resulta, assim, largamente, do facto de as informações serem difundidas. Os tribunais não produzem apenas decisões, emitem também mensagens. Estas mensagens constituem elementos que as partes vão aproveitar para tomar consciência dos direitos que lhes são reconhecidos, elaborar petições, apresentá-las, encetar negociações e fazer valer as suas pretensões tanto para se absterem de propor uma ação como para resistirem e fazerem com que a pretensão do adversário seja indeferida.³⁹

O filme choca pelo não revelado que é preciso expor porque atua na conformação das mensagens. No filme como no livro. A ação que está por trás do tribunal, nos corredores.⁴⁰ Os funcionários como crianças, porque coisas inofensivas os podem ferir.⁴¹ Os advogados que se submetem a esses acessos.⁴² As conversas muito mais importantes do que as petições.⁴³ A conquista do chefe do cartório como uma ferida limpa.⁴⁴ O juiz que trata mal partes e testemunhas. O servidor que não sabe do processo. Os cantos de conversa. Os interesses. A cooptação. O teatro.

De um ponto de vista ideal, a construção da mensagem exige racionalidade orientada para o conhecimento e para a interpretação da norma e do fato. A dialética desse encontro analógico entre as circunstâncias do caso e os parâmetros normativos que lhe dizem respeito resulta num texto que quer convencer e buscar adeptos para que o direito, como deve ser, seja compreendido espontaneamente. O onírico também está no texto, na angústia de ele poder não coincidir com a realidade que se passou, na sempre iminência de ele não ser aceito, de a mensagem não ser assimilada com o direito.

E em que lugar se acha o processo onde o texto desvela a norma do caso? Qual é o tempo do processo, se não todos os tempos, o tempo todo?

No filme, fala-se de um sino. Ele toca quando o processo se inicia. É a voz do sino que anuncia vida e morte nas torres das igrejas de outros tempos. Sem palavras. Música. Símbolo. Pura sensação da experiência que trança a memória de sempre. O processo começa nas badaladas do sino.

³⁹ GALANTER, 1993, p. 73.

⁴⁰ KAFKA, 2003, p. 183.

⁴¹ KAFKA, 2003, p. 149.

⁴² KAFKA, 2003, p. 150.

⁴³ KAFKA, 2003, p. 151.

⁴⁴ KAFKA, 2003, p. 151.

E o filme começa com música: o Adágio de Albinoni (1671-1750). Ela entra nos momentos em que o personagem se expressa pelo silêncio do movimento. É cenário. Fundo da tela. Quando ele anda. Vaga.

A peça é lugar comum. Ela é sempre usada em filmes para ressoar melancolia, desespero, tristeza. O fim.

E, de certa forma, ela é representação de riscos. A obra de Albinoni perdeu-se na destruição da biblioteca de Dresden no final da Segunda Guerra Mundial.

Albinoni não compôs o Adágio. Kafka não imaginou que O Processo fosse publicado e se convertesse na trilha das inquietações sobre a justiça a ser feita. Remo Giazzotto é Max Brod.

Ele, Remo Giazzotto, descobriu uma linha musical para contrabaixo e alguns acordes de violino e desenvolveu o tema, recompondo a partir de uma ideia. Uma história que ultrapassa as palavras.

A trilha sonora e a trilha do livro escondem uma história que escapa ou se recorda apesar da autonomia dos textos. Uma música que não foi composta por seu compositor. Uma história que não foi publicada por seu autor e cuja cronologia tem uma permeabilidade incompatível com a performance de autor-ideal. Um homem, Max Brod, que não quer deixar esvanecer a obra do amigo e a publica assim mesmo, contra a vontade do que se foi.

Música e livro abrem-se para um futuro não planejado que se consolida na imagem em movimento do filme. A mensagem escrita da linha melódica parcialmente lançada na pauta e a palavra gravada na folha de papel não perdem o efeito da ação externa que destrói. O filme torna visual o confronto entre o texto e o contexto do direito.

No livro, a estética da perplexidade do desconhecimento perpassa todo o contato do personagem com os fenômenos mais simbólicos da manifestação do direito. Quando se fala das petições, por exemplo:

Cheguei a ler pessoalmente uma delas por deferência de um funcionário do tribunal. Ela era de fato erudita mas o seu conteúdo era na realidade nulo. Acima de tudo muito latim, que eu não entendo, depois páginas e páginas de apelos genéricos ao tribunal, a seguir lisonjas a certos funcionários que não eram propriamente indicados pelo nome, mas que um iniciado, de que qualquer modo, podia adivinhar, depois autoelogia do advogado, no qual ele se humilhava diante do tribunal de uma maneira francamente canina, e por fim análises de casos judiciais de tempos passados, com os quais o meu deveria se assemelhar.⁴⁵

A inconsistência com o jogo das palavras não era desconhecida de Kafka, que escrevia num alemão que não era a sua língua, mas aquela em que aprendeu a formalidade de se exprimir. A língua pode virar prisão. E Kafka antecipa a impossibilidade de comunicação que se lançou sobre os seus na guerra que se seguiu dali a duas décadas. Escrever em alemão passou a ser um suplício para alguns dos que sobreviveram a ela como Celan.⁴⁶

⁴⁵ KAFKA, 2003, p. 217.

⁴⁶ Cf. AGAMBEN, 2003, p. 39/41. Cf., entre tantos, Prisão da palavra (CELAN, 1999, p. 70/71).

Kafka também entendia as incongruências da língua de papel por meio de que o direito é versado. Sabia, por relatórios e memorandos, que ele pode representar frustração equiparada pela distância, pela desterritorialização.

O conteúdo nulo, que as palavras na petição aparentam, confronta-se com os efeitos que o processo atinge quando se impregna na vida das pessoas e torna-se circunstância.

Boatos e rumores ganham *status* de verdade e causam medo. Palavras usadas apenas para causar boa impressão fixam-se como verdade e causam medo.

O oficial diz a Joseph K. que faz o máximo esforço para não interferir na sua vida. Mas interfere. O advogado diz a Joseph K. que é melhor estar preso a ele do que livre. Trata-se de uma servidão ao processo, à lei e a quem fala por ela.⁴⁷ Mas é melhor ser livre.

Joseph K. sabe que é preciso deter o processo quando ele se encontra em marcha. Ele quer ter sua vida de volta. O domínio dela. A liberdade. As incertezas que não se prendem ao risco das palavras no papel. Aos riscos do processo. Por isso, Joseph K. precisa falar, precisa dizer. Precisa exercer o contraditório com urgência. E ele deseja fazer sua própria voz soar, porque sabe mais de si do que qualquer outro. Ele deseja ser totalmente. E despreza o advogado. Despreza tudo o que ele é, tudo o que ele diz saber.

As linhas-mestras do personagem-advogado são traçadas no livro:

Bem, é por aqui que entra a maioria dos advogados, aqui se suborna e se espiona, pelo menos em outras épocas ocorreram até casos até de roubo dos autos. Não se pode negar que, dessa forma, podem ser obtidos, em certos momentos, alguns resultados surpreendentemente favoráveis ao acusado; com isso, até esses pequenos advogados ficam se pavoneando e atraindo nova clientela, mas no que diz respeito à evolução posterior do processo, isso não significa nada, ou nada de bom.⁴⁸

A argumentação do advogado transita num conhecimento que vai além da técnica. Ela cria um saber que ultrapassa o que a lei admite, o que o texto admite. Há um como fazer que escapa à escritura da justiça que o direito transforma.

No filme, a ambiguidade explode: o advogado é o diretor; o advogado é quem fez o roteiro. Na meta-abordagem do filme, é ele quem sabe, na voz tonitruante de um Orson Welles que interpreta a imagem paradoxal de uma onipotência adoecida e frágil. Ele é onisciente e está em todos os lugares, inclusive naqueles em que não estava no livro. Sua voz ressoa como a de quem narra.

O advogado já sabe. Sabe antes. Ele conhece o caso antecipadamente como se seu saber viesse do absoluto. Como se seu saber fizesse dele onipresente e onipotente.

Deleuze e Gattari dizem que K. não quer o advogado porque não quer um representante em relação ao seu desejo. Ele pretende dominar todos os passos da máquina de expressão.⁴⁹ Ele não se sente representado, como igual pelo

⁴⁷ KAFKA, 2003, p. 238/239.

⁴⁸ KAFKA, 2003, p. 144.

⁴⁹ DELEUZE, GATTARI, 2003, p. 93.

advogado em sua fragilidade física, em sua misteriosa onisciência, em seu sinistro convívio com os influentes.

Livrar-se do advogado é livrar-se do processo, porque só se está preso a ele porque ele sabe. Ele é o único que pode responder à pergunta que todos fazem: Como anda o meu processo, Doutor?

A voz dos acusados. O silêncio dos acusados. O medo dos acusados. A solidão dos acusados. Inocentes ou não. Tudo está concentrado na reserva de saber do advogado que se esparge num relato de peripécias que toca o mito da tragédia: limites traçados, impossibilidades. Casos ganhos. Casos perdidos. O imponderável. O inexorável. Como se não houvesse esperança na vida fora dos processos. Como se os processos não existissem sem eles. Como se a vida não fosse vida fora da lei.

A CONCRETUDE E A SANÇÃO

Como e o que esperar da lei?

Uma porta que se fecha. Uma porta que prende. Uma porta sempre aberta. Uma justiça que chega de repente. Como se não fosse esperada. Uma surpresa que se instala na vida como o destino, porque não “[...] vem de uma vez, é o processo que se converte aos poucos em veredicto”.⁵⁰

Leu em algum lugar que em muitos casos a sentença final chega sem aviso, vinda de qualquer boca, a qualquer hora. Seja como for, com muitas ressalvas, isso é verdade, mas é igualmente verdade que o seu medo me repugna, e que eu vejo nele uma falta de confiança necessária [...] Você sabe que os diversos pontos de vista se acumulam em torno do processo até a impenetrabilidade.⁵¹

A impenetrabilidade é do conhecimento do direito. Não há portas que acessem a informação sobre tudo que ele é. A organização das petições, o caráter público do processo, as dificuldades da defesa transitam entre o ser lido e o não ser lido.

O tribunal nunca é persuadido. Se eu pintar todos os juízes numa tela, um ao lado do outro, e se o senhor se defender diante da tela, terá mais êxito do que diante do verdadeiro tribunal.⁵²

A defesa, diz-se no livro, não é admitida: é tolerada.⁵³ A petição inicial tampouco é lida. Um texto cheio de palavras. Um computador em que se cortam e se colam extratos de texto sem qualquer sentido. A forma sem conteúdo mostrada como uma imagem a uma claque que está pronta a reagir sem saber por que. E

⁵⁰ KAFKA, 2003, p. 258.

⁵¹ KAFKA, 2003, p. 241.

⁵² KAFKA, 2003, p. 182.

⁵³ KAFKA, 2003, p. 142.

juízes presos à imposição de escrever continuamente.⁵⁴ E de responder usando uma estrutura em que a sanção apresenta-se como a única resposta que se pode dar para fazer a justiça. A reação que nem sempre penetra na vida. A punição como um mundo paralelo que só funciona quando se acredita na força dela e se cumpre a lei espontaneamente. Fora disso qualquer resposta é artificialidade e obstáculo na dimensão da concreção de que cuida Engisch:

De que serve o querer e o estabelecer as mais altas metas éticas, de que serve a mais digna captação da ideia de liberdade, justiça, etc. sob a forma de previsões legais, se a realização das ideias nas relações jurídicas concretas têm lugar precário, difícil, desigual, porque se carece de habilidade para transformar o abstrato, como se diz, em realidade.⁵⁵

A sanção provoca uma reação ambígua. Ninguém quer vê-la sendo cumprida. Ninguém quer ver como ela se dá na realidade. Imagina-se que ela é abstrata. Uma parte da norma. Quer-se distância dela. Os presos devem ser escondidos. Os oficiais de justiça devem trabalhar atrás de portas fechadas. Lá longe. Deles só se quer o resultado, materializado em bens. Que ninguém os veja. Que ninguém relate como eles trabalham. No livro e no filme é assim. Os servidores são chicoteados. E quem aplica a sanção o faz porque é sua função:

Fui empregado para espancar, por isso espanco.⁵⁶

E os condenados não entendem a razão da sanção. São punidos apenas porque houve a denúncia. Os mesmos fatos, se não revelados, não levariam à punição.⁵⁷ O princípio da incidência incondicionada da lei e de seus efeitos traduz-se também em relatividade. Há sempre uma explicação. Há sempre um argumento que justifica a ausência da culpa imputada:

Senhor [...] se soubesse como somos mal pagos faria melhor juízo de nós. Tenho uma família para alimentar e Franz, aqui presente, queria se casar; procuramos ganhar dinheiro como dá, com trabalho apenas não se consegue, mesmo que seja o mais estafante. As finas roupas de baixo do senhor me atraíram, naturalmente é vedado aos guardas agir desse modo, foi incorreto, mas a tradição é que as roupas brancas pertencem aos guardas, sempre foi assim, acredite: além do mais é compreensível, pois o que significam essas coisas para quem tem a infelicidade de ser detido? Mas se a pessoa traz isso a público, então a punição também tem de vir.⁵⁸

⁵⁴ KAFKA, 2003, p. 71.

⁵⁵ ENGISCH, 1968, p. 187.

⁵⁶ KAFKA, 2003, p. 109.

⁵⁷ KAFKA, 2003, p. 107.

⁵⁸ KAFKA, 2003, p. 106.

A sanção inocula uma marca incontrolável quando se aplica. Joseph K. não quer vê-la sendo aplicada. Fecha a porta. Isola-os. Silencia.⁵⁹ Ele vai se reconhecendo neles e na possibilidade de sofrer a mesma dor. Porque inicialmente a sanção que lhe foi imposta não tem essa mesma concretude. É sua senhoria quem reconhece isso no filme:

Sinto que sua prisão é mais abstrata, diz ela.

Sua dor, porém, é a de estar preso ao processo que não conhece. Essa é a concretude da sanção que lhe foi destinada: o desconhecimento. Mas não é uma forma de punição reconhecida na lei. Trata-se de um outro lado do processo. Sua face invisível. Recôndita. Que ninguém quer ver tampouco.

Quem o acusa? De que o acusam? Quem o condena? Por que o condenam? Não há respostas. Não há fim.

EPÍLOGOS

E não há fim porque o processo é continuidade. Ele não se esgota na coisa julgada. Ele não se exaure na vida. Ele é apenas uma passagem, uma porta, entre muitas que são conjugadas, contíguas. Essa é a grande dificuldade para que a lei desempenhe o papel absoluto que se espera dela. Nem a justiça pela lei pode ser feita no absoluto. Ela só se perfaz na contingência da concretude. Só se realiza na imanência que pode constituir, pela mensagem para a continuação, o âmbito para a busca das certezas possíveis. São processos que encontram juízes, juízes que encontram pessoas, pessoas que encontram pessoas, pessoas que se valem de processos, tudo sucessivamente, tudo no fluxo da vida que não se pode desconhecer. E por isso não é possível uma imagem do alto. É preciso o fotograma minúsculo, em movimento. É preciso o filme, vários filmes indefinidamente:

A transcendência da lei era uma imagem, uma foto do alto; mas a justiça é mais como o som (*l'énoncé*) que não para de desfiar. A transcendência da lei era máquina abstrata, mas a lei só existe na imanência do arranjo mecânico da justiça. O Processo é a fragmentação (*mise en pièce*) de toda justificação transcendental. Não há nada a julgar no desejo, o juiz é, em si, inteiramente forjado pelo desejo. O processo é um *continuum*, mas um *continuum* feito de contiguidade. O contíguo não se opõe ao contínuo. Ao contrário, ele é sua reconstrução local, prolongada indefinidamente, assim como a desconstrução.⁶⁰

Quem se encarrega, então, da desconstrução e da reconstrução? Como se responde às perguntas que terminam o livro?

⁵⁹ KAFKA, 2003, p. 113.

⁶⁰ DELEUZE, GATTARI, 2003, p. 93.

Quem era? Um amigo? Uma pessoa de bem? Alguém que participava? Alguém que queria ajudar? Era apenas um? Eram todos? Havia ainda possibilidade de ajuda? Existiam objeções que tinham sido esquecidas? Sem dúvida, essas existiam. A lógica, na verdade, é inabalável, mas ela não resiste a uma pessoa que quer viver. Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ao que ele nunca havia chegado?⁶¹

E conclui-se com a impressão que ele guarda de si e do seu estado, diante dos homens encarregados de aplicar a sanção, os quais ele vê com “os olhos que se apagam”.⁶² A mão de um no pescoço. O outro a cravar a faca em seu coração. Duas vezes. E ele a se sentir como um cão. “Era como se a vergonha devesse sobreviver a ele.”⁶³

E como termina o filme?

O filme não tem fim. Welles prefigura uma bomba que desenha no ar um cogumelo como o atômico. Mas não se sabe quem mata e quem morre. Não se define quem é atingido por ela. A impressão é de que todos o foram, num epílogo que não deixa qualquer possibilidade para a sobrevivência. Como se a destruição fosse insuperável. Intransponível. Assim como os riscos do processo. Assim como quem foi acusado e não sabe de quê. Assim como quem sofreu a injustiça. Assim como quem não conhece e não entende.

Porque, no fundo, todos sobrevivemos e testemunhamos a vergonha.

BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. *C'est qui reste d'Auschwitz*. Trad. Pierre Alferi. Paris: Rivage Poche, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.
- BASTIDA, Letizia Gianformaggio. *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità del scienziato all'imparzialità del giudice*. Milano: Edizioni di Comunità, 1973.
- BENJAMIN, Walter. Rua de sentido único. In: BENJAMIN, Walter. *Rua de sentido único e Infância em Berlin por volta de 1900*. Trad. Cláudia Miranda Rodrigues. Lisboa: Relógio d'água, 1992.
- BIN, Roberto. *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- CELAN, Paul. *Cristal*. Trad. Cláudia Cavalcanti. Rio de Janeiro: Iluminuras, 1999.
- DELEUZE, Gilles, GATARRI, Felix. *Kafka: pour une littérature mineure*. Paris: Les éditions de minuit, 2003.
- ECO, Umberto. *Lector in fabula*. Trad. Attilio Caccian. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

⁶¹ KAFKA, 2003, p. 278.

⁶² KAFKA, 2003, p. 278.

⁶³ KAFKA, 2003, p. 278.

- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.
- GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, Antonio Manuel (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- INSUA, Juan (Ed.). *The city of K.: Franz Kafka and Prague*. Barcelona: Copa, 2002.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.
- MEDITSCH, Eduardo (Org.). *Teorias do rádio: textos e contextos*. Florianópolis: Insular, 2005, v. 1.
- MALAURIE, Philippe. *Droit & littérature: anthologie*. Paris: Cujas, 1997.
- OST, François. *Raconter la loi: aux sources de l'imaginaire juridique*. Paris: Odile Jacob, 2004.
- PAWEL, Ernst. *O pesadelo da razão: uma biografia de Franz Kafka*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1986.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. Delimitación conceptual del derecho. In: PALOMINO MANCHEGO, José F. (Org.). *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho: de Kirchmann a la discusión epistemológica actual*. Lima, Peru: Grijley, 1999.
- POSNER, Richard A. *Droit et littérature*. Trad. Christine Hivet, Philippe Jouary. Paris: PUF, 1996.

O SISTEMA DE JUSTIÇA, A REGULAÇÃO PÚBLICA DO TRABALHO E A FORMALIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO NO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO

Cláudio Salvadori Dedecca*
Marcus Menezes Barberino Mendes**

Palavras-chave: Judiciário. Mercado de trabalho. Cana-de-açúcar. Informalidade. Subordinação. Precarização. Mecanização. Políticas públicas.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
 - 2. UMA BREVE RETROSPECTIVA SOBRE O MERCADO DE TRABALHO E O DEBATE SOBRE SEU FUNCIONAMENTO**
 - 3. A TRAJETÓRIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO**
 - 4. A QUESTÃO DA INSERÇÃO E DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL**
 - 5. A PERFORMANCE DO APARATO ESTATAL E A JUDICIALIZAÇÃO COLETIVA DOS CONFLITOS**
 - 5.1. A integral judicialização do conflito**
 - 5.2. A judicialização parcial do conflito**
 - 6. A AÇÃO DA JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS TRANSFORMAÇÕES PRODUTIVAS DO SETOR**
 - 7. A DESTRUIÇÃO DO TRABALHO MANUAL DE CORTE DA CANA-DE-AÇÚCAR**
 - 8. CARACTERÍSTICAS DA OCUPAÇÃO FORMAL DO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO**
 - 9. À GUIA DE CONCLUSÕES**
- REFERÊNCIAS**

1. INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma reflexão sobre a recente expansão do emprego formal no setor sucroalcooleiro, explorando algumas das suas dimensões relacionadas com o mercado e as relações de trabalho, inclusive a interação com o sistema de justiça do trabalho. Em suas seis seções, ele procura apresentar uma retrospectiva sobre a performance do mercado de trabalho e suas perspectivas a partir dos anos 1990, expõe uma das causalidades possíveis para a expansão da formalização recente, num efeito

* Professor Titular de Economia Social e do Trabalho da Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

** Juiz Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, doutorando em Economia Social e do Trabalho no Instituto de Economia da UNICAMP.

combinado entre expansão econômica, a estratégia de inserção do setor na nova matriz energética internacional e a atuação das instituições do Estado. Como parte da reflexão, ele explora as reconhecidas condições críticas de contratação da força de trabalho marcadas pela precariedade e instabilidade do contrato de trabalho. Também, ele debate o desafio colocado para a política pública pelo processo de mecanização em curso no setor, que eliminará milhares de empregos exercidos por uma população com baixa mobilidade ocupacional e setorial.

A partir da abordagem desses temas, o ensaio procura sinalizar a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais capazes de promover a cidadania dessa população caracterizada pela baixa renda e a precariedade do contrato de trabalho, além de desenhar políticas de emprego que possam vir a absorvê-la na economia dos centros urbanos, já local de sua residência.

2. UMA BREVE RETROSPECTIVA SOBRE O MERCADO DE TRABALHO E O DEBATE SOBRE SEU FUNCIONAMENTO

A trajetória do mercado de trabalho brasileiro nos anos 1990 foi marcada pela contínua ampliação da já expressiva mancha de informalidade no mercado de trabalho. Parte dos diagnósticos desse processo argumentava sobre uma suposta “esclerose” da regulação pública do mercado e das relações de trabalho, que teria sido exacerbada pelas determinações da Constituição Federal de 1988 (CAVALCANTE JÚNIOR, 1996). A esclerose era justificada no argumento de um excesso de regulação cuja causa seria a rigidez do contrato de trabalho e, por consequência, um elevado custo de contratação da força de trabalho (PASTORE, 1994).

Outra perspectiva de análise indicava a tendência ao fim da relação de trabalho subordinada, isto é, do emprego. As transformações tecnológicas seriam portadoras de uma polivalência ocupacional, particularmente próprias ao setor de serviços, cujos resultados se traduziriam na emergência de uma nova sociabilidade fundada na autonomia e na especialização do trabalho (RIFKIN, 1995). A sustentação da tese se fazia apesar da tendência de elevação da participação do trabalho assalariado nos países desenvolvidos e da sua vigorosa expansão nos mercados de trabalho da Índia, China e demais países do Sudeste asiático.

Ambas perspectivas desconsideravam a possibilidade de o problema decorrer da insuficiência de dinamismo econômico incapaz de produzir trajetórias convergentes entre aumento da produtividade e elevação do nível de emprego (POCHMANN, 2000). O problema de emprego era diretamente relacionado a uma suposta incompatibilidade da força de trabalho em adaptar-se e desenvolver aptidões técnicas, cognoscentes e comportamentais.

Assim, os problemas enfrentados pelo trabalho nos anos 1990 teriam relação direta com a resistência dos trabalhadores em adaptar-se à nova sociabilidade decorrente do processo de abertura e modernização econômicas levadas a efeito a partir de 1990, e às mudanças na regulação pública do contrato e das relações de trabalho (AMADEO, E., *et alii*, 1994).

A pecha de sustentar uma visão anacrônica era pespegada em relação à perspectiva que ponderava sobre a qualidade e os setores em que as novas ocupações eram geradas, que se relacionava à adoção de estratégias defensivas pelas empresas com o objetivo de manejar os elementos ou variáveis que estavam sob seu maior controle em um contexto de baixo dinamismo, da abertura comercial unilateral, apreciação cambial e custo do dinheiro elevado estabelecido pelo Plano Real em sua fase inicial (1995-1997).

Em uma situação de forte constrangimento, onde para a maioria das empresas o crescimento era um objetivo quase impossível e, portanto, ajustes de custo dominaram suas estratégias de sobrevivência, aspectos relacionados com a própria dinâmica do mercado de trabalho ganharam força e relevância, tornando quase irrelevantes aqueles de natureza estrutural e que eram agravados pelas políticas macroeconômica e de inserção na economia global (PALMEIRA SOBRINHO, 2008).

A introdução de uma maior flexibilidade da regulação do contrato e das relações de trabalho, iniciada na primeira metade dos anos 1990, encontrava aderência nas demandas das representações patronais e, em certa medida, dentre aquelas dos trabalhadores, em especial nos segmentos produtivos mais afetados pela abertura econômica.

A recente recuperação do mercado de trabalho e, sobretudo, o constante e expressivo avanço do trabalho formal desvela a precariedade das análises que se fundavam na tese do fim do emprego e da necessidade de retração da regulação pública sobre o mercado e as relações de trabalho. Ademais, comprova a importância da reativação da economia e da possibilidade de construção de uma estrutura produtiva local e integrada capaz de conjugar maior inserção internacional com fortalecimento do mercado interno.

Além disso, a recuperação do mercado de trabalho comprova a possibilidade de tal processo se fazer nos marcos da regulação do contrato e das relações de trabalho construídas desde 1930, considerando as novas determinações estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 (DEDECCA, 2005). Sem dúvida, o fortalecimento da negociação e dos acordos coletivos poderia favorecer a dinâmica econômica, cabendo reconhecer a pertinência de uma consolidação da regulamentação existente. Entretanto, a recuperação recente do mercado de trabalho mostra ser viável a presença de um sistema de proteção social e ao trabalho, bem como a impropriedade da tese sobre a impossibilidade de crescimento na vigência desse sistema.

O comportamento recente do emprego formal comprova ainda que seu desempenho decorre fundamentalmente do desempenho econômico e da capacidade deste em dinamizar a estrutura produtiva interna. Isto é, de estabelecer um crescimento alavancado pela produção e não pela renda, como aconteceu nos primeiros anos de estabilidade do Plano Real.

Como será explorado ao longo deste ensaio, a elevação do grau de formalização do mercado de trabalho nos últimos anos, explicada pelo crescimento, mas ordenada pela presença das instituições públicas como o sistema de justiça, teve papel importante para ampliar a proteção social no campo, mesmo que de modo limitado e insuficiente para modificar o estado de precariedade que predomina no mercado de trabalho agrícola.

3. A TRAJETÓRIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO

Este ensaio discute o processo da formalização do segmento ocupacional em um setor econômico específico, o complexo sucroalcooleiro, caracterizado historicamente por uma situação de precariedade tanto do contrato como das condições de trabalho. Esse processo esteve associado ao dinamismo da atividade produtiva do complexo, mas também relacionado à atuação sistêmica dos órgãos do Estado encarregados da vigilância e da promoção do trabalho e a judicialização coletiva dos conflitos.

À míngua de alterações regulatórias significativas acerca do custo do trabalho e do sistema tributário em seu entorno, poder-se-ia assumir a tentação de que a formalização recente do mercado de trabalho, inclusive o rural, representa um repentino surto de *noblesse obligée*. Vale dizer, que a formalização decorre de uma mudança no comportamento moral dos empregadores, que passaram a cumprir a lei por entender o seu cumprimento num gesto de nobreza e civilidade. Mas essa possibilidade, a par de ingênua, repõe-nos o problema em termos clássicos: por que a ausência de variáveis econômicas relevantes ao nível do custo do trabalho impediu a racionalidade econômica de reconhecer como seus empregados uma força de trabalho utilizada há mais de três séculos e que formalmente integra o mercado de trabalho dos homens livres há pelo menos 120 anos? E por que agora essa força de trabalho historicamente marginalizada passou a integrar o quadro de empregados dessa agroindústria?

Com efeito, a cana-de-açúcar, trazida ao Brasil pelos colonizadores, foi a 3ª atividade econômica não-extrativa praticada nesta parte do novo mundo em larga escala. Precederam-na, ou foram suas contemporâneas, a pecuária e o mercado de seres humanos, capturados e depois reproduzidos nas fazendas do entorno dos primeiros núcleos populacionais.

Sol, homens negros, trabalho intenso e forçado e violência física e psíquica formaram a sinistra simbiose da entronização do Brasil no mercado mundial do capitalismo mercantilista. Durante trezentos anos essa foi a marca da primeira indústria nacional. Ao longo desse tempo, floresceu sempre à sombra do Estado. Primeiro o português; depois o nosso. De certo modo, a nação sempre esteve em volta do canavial.

A entronização definitiva do Brasil na modernidade ocorreu em 1888, quando ele finalmente começou a constituir um mercado de trabalho de homens formalmente livres (BARBOSA, 2008). A indústria da cana sempre condicionou essa relação, em maior ou menor grau, já que durante o século XIX foi secundada pelo café, a quem passou a coadjuvar, econômica e politicamente (SZMRECSÁNYLi *et alii*, 2006).

Naquilo que nos interessa fundamentalmente, a questão fulcral a ser respondida é: sendo o mercado de trabalho rural brasileiro regulado, essas leis de ordem pública excluem a possibilidade de certos comportamentos dos empregadores, ou podem ser flexionadas pela vontade unilateral das empresas?

De certo modo, é bom esclarecer, o mercado de trabalho rural brasileiro sempre foi regulado, para promover certos setores econômicos, reforçar comportamentos sociais, ampliando ou limitando a margem de ação dos agentes econômicos, quer sejam os proprietários, quer sejam os trabalhadores. No Império

e nos primeiros anos da República a regulação concebida foi o colonato e a locação de serviços de imigrantes, em assimetria em favor dos produtores nacionais.

A primeira regulação que pretendeu reduzir a assimetria entre capital e trabalho foi o Decreto-lei n. 3.855/1941, que alcançou o então setor canavieiro, definindo os agentes econômicos dessa atividade rural, agrícola e industrial, e já fixando direitos mínimos para lavradores através de contrato tipo, de tudo assemelhado ao contrato de emprego a ser regulado por ocasião da promulgação da CLT, em 1943, nos termos reproduzidos abaixo:

DOS LAVRADORES DE CANA

[...]

Art. 5º Os lavradores de usinas que trabalham em regime de colonato ou de salariado e não possam ser incluídos nas definições do art. 1º e seus parágrafos terão a sua situação regulada em contrato tipo, aprovado pelo Instituto.

Art. 6º Os proprietários ou possuidores de usinas que mantenham lavradores nas condições previstas no artigo anterior ficam obrigados a submeter à aprovação do Instituto, dentro do prazo de 90 dias, a contar da data deste Estatuto, as minutas dos contratos tipos que pretendam adotar.

§ 1º No caso de inobservância deste dispositivo, será imposta ao responsável multa de 5:000\$0 a 10:000\$0 e o Instituto fixará, em instruções, as normas pelas quais se deverão regular as relações da usina com os seus lavradores.

Caso o responsável pela usina se recuse a introduzir, no contrato tipo, as modificações exigidas pelo Instituto, proceder-se-á de acordo com o disposto na parte final do parágrafo anterior.

Art. 7º Nos contratos tipos deverão ser observados, a juízo do Instituto, os seguintes princípios:

- a) concessão ao trabalhador, a título gratuito, de área de terra suficiente para plantação e criação necessárias à subsistência do lavrador e de sua família;
- b) proibição de reduzir a remuneração devida ao trabalhador, com fundamento na má colheita, resultante de motivo de força maior;
- c) direito à moradia sã e suficiente, tendo em vista a família do trabalhador;
- d) assistência médica e hospitalar;
- e) ensino primário gratuito às crianças em idade escolar;
- f) garantia de indenização no caso de despedida injusta do trabalhador.

Parágrafo único. A usina deverá entregar ao trabalhador um exemplar, devidamente autenticado, do contrato tipo.

Art. 8º Os litígios entre os trabalhadores referidos neste capítulo e os usineiros serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, tendo em vista as cláusulas dos contratos tipos e ouvido, antes da audiência, o I.A.A.

Parágrafo único. Aos processos derivados dos litígios a que se refere este artigo não se aplica o disposto nos arts. 42 do Decreto-lei n. 4.237, de 2 de maio de 1939, e 141 do Decreto n. 6.596, de 12 de dezembro de 1940.

Art. 9º O Instituto fiscalizará a perfeita execução dos contratos tipos, na parte relativa aos devedores de assistência social das usinas (letras a, c, d, e e do art. 7º).

Parágrafo único. No caso de inobservância dos deveres a que alude este artigo, o Instituto aplicará ao responsável multa de 1:000\$0 a 10:000\$0 que será elevada ao dobro, em caso de reincidência.

A própria relação econômica entre fornecedores de cana e as usinas foi objeto de regulação por ocasião da edição do Decreto-lei n. 6.969/1944, assegurando preços mínimos e atenção à saúde aos protocapitalistas rurais, frente ao oligopólio dos usineiros. Em 1963 a promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural ampliou a regulação do mercado de trabalho rural, de modo formalmente universal. Com efeito, a Lei n. 4.214/1963 é estrutural e principiologicamente idêntica à CLT, definindo os agentes do mercado de trabalho rural, limitando a jornada de trabalho, fixando o salário mínimo.

Em termos jurídicos, o Brasil da segunda metade do século XX optou pela construção de um mercado de trabalho regulado, baseado na tipificação dos contratantes na relação jurídica que envolve a venda e compra de trabalho: o trabalhador rural e o empregador, consoante arts. 2º e 3º do Estatuto do Trabalhador Rural. O art. 3º da citada norma já apontava para a impossibilidade da intermediação de mão-de-obra considerando como empregador rural aquele que explore atividades agrícolas, pastoris e na indústria rural, de modo temporário ou permanente, diretamente ou através de prepostos.

A preocupação manifestada com a segurança jurídica dos envolvidos, especialmente do trabalhador, foi mais ampla, infirmo as manifestações de vontade e as ações comissivas ou omissivas que se destinam a elidir a aplicação das disposições contidas na regulação pública, consoante o enunciado do artigo primeiro do citado Estatuto.

Muitos são os escopos dessa exaustiva regulação do mercado de trabalho: entronizar os trabalhadores nas relações jurídicas mercantis, dado que, a despeito da regulação pública, a dação de trabalho organiza-se em moldes próximos a de um mercado de bens; fixar a tarifação mínima desse contrato; e, por último, mas não menos importante, assegurar certos balizamentos na concorrência entre as empresas.

Esses interesses imbricados ressaltam a importância e a repercussão que o trabalho tem para a organização das sociedades modernas. Por fim, mas não menos importante, a regulação específica do mercado de trabalho rural, recepcionada parcialmente pelo sistema político-constitucional erigido em 1988, tem campo exclusivo de incidência, compartilhado apenas com a CLT, dado o mandamento constitucional da isonomia de direitos socioeconômicos entre trabalhadores urbanos e rurais. Com efeito, dispõe o art. 1º da Lei n. 5.889/73:

Art. 1º. As relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovadas pelo Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943. (Grifos atribuídos pelo juízo)

Assim, não há e não havia nenhum espaço para a contratação de mão-de-obra por interposta pessoa nas atividades rurícolas desenvolvidas pelas empresas do setor sucroalcooleiro, pois o espaço de inovação jurídica foi expressamente

absorvido pela regulação pública, que criou mercado de trabalho com severas barreiras de entrada de inovação regulatória quanto à aquisição de trabalho pelos patrocinadores da atividade econômica.

Desde 1941 o setor canavieiro e, contemporaneamente, toda a agroindústria só podem demandar trabalho para suas atividades econômicas, vale dizer agrícola, pecuária e industrial, através da direta contratação de trabalho.

Aliás, a intermediação de mão-de-obra conhecida como *merchandising* é, historicamente, repugnada pelo Direito do Trabalho brasileiro, ao menos desde meados do século XX, inclusive pela jurisprudência das Cortes do Trabalho, sendo exemplos eloquentes o antigo Enunciado n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho e a atual Súmula n. 331 da mesma Corte, embora seus precedentes tenham origem nos conflitos de trabalho urbano e na peculiar formação do setor terciário brasileiro e das demais economias subdesenvolvidas.

Portanto, não houve alteração regulatória estrutural e significativa que seja contemporânea da recente expansão do emprego rural formal, pois seus instrumentos de regulação são preexistentes e, aparentemente, estavam em estado de “hibernação”.

O problema se repõe: qual a causa da formalização sem precedentes do mercado de trabalho rural, especialmente o complexo sucroalcooleiro? Por que tão ampla regulação restou “congelada” durante o século XX? Novamente excluindo hipóteses unidimensionais, bem como o surto tardio de *noblesse obligé*, é possível suscitar a hipótese de que a iminente inserção do álcool combustível na matriz energética mundial e o aumento da eficiência do sistema estatal de prevenção e reparação dos danos coletivos ao mercado de trabalho brasileiro tenham efeitos importantes sobre o comportamento recente de tal segmento do mercado de trabalho.

4. A QUESTÃO DA INSERÇÃO E DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL

Evidentemente, a inserção do álcool combustível na matriz energética mundial e a crescente preocupação dos países da OCDE com questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável introduzem um elemento de racionalidade econômica de extrema relevância (FARIA, 2004). Afinal, tanto a concorrência entre as corporações como as regras não-tarifárias de restrição de acesso aos mercados internacionais, mormente as barreiras ambientais e de *dumping* social, podem constituir sérios entraves para o setor sucroalcooleiro.

Assim, a elevação do padrão do emprego rural nesse setor constitui mecanismo preventivo à imposição de restrições não tarifárias pelos demais competidores internacionais, ancorados nas legislações dos países centrais. Desse modo, os mecanismos de competição numa economia de mercado em globalização produzem emulações no sentido da formalização do mercado de trabalho rural, potencializado pelo efeito pró-cíclico da expansão econômica recente (BALSADI, 2008).

5. A PERFORMANCE DO APARATO ESTATAL E A JUDICIALIZAÇÃO COLETIVA DOS CONFLITOS

Outra dimensão a ser explorada é a inflexão das políticas públicas, mormente as atividades de fiscalização, prevenção e promoção do Ministério do Trabalho e

do sistema de justiça, composto do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho (FERREIRA, 2009).

Resguardadas as áreas de competência específicas, já que o Ministério do Trabalho e Emprego integra o Poder Executivo e, por isso, tem as atribuições de fiscalização e prevenção de danos ao mercado de trabalho, a sinergia interação promovida pela ação do Ministério Público do Trabalho tem papel relevante no aumento da eficiência do poder de polícia do Estado. Os dois casos a seguir analisados tratam exatamente da performance do aparelho estatal encarregado da aplicação da regulação do trabalho.

5.1. A integral judicialização do conflito

O primeiro envolve a completa judicialização do conflito, com o ajuizamento de uma ação civil pública que resultou na condenação de uma usina integrante de um conglomerado agroindustrial, obrigada ao longo de certo lapso temporal de contratar trabalhadores para o plantio e o corte da cana de modo direto, além de cumprir uma série de regras relacionadas com a segurança e a higiene no ambiente de trabalho.

Nesse caso o que tem de inovador na atuação dos órgãos estatais é ação coordenada da vigilância sanitária dos municípios afetados pela imigração sazonal da força de trabalho, juntamente com os grupos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e o Ministério Público do Trabalho que, de posse dos autos lavrados pelos agentes de fiscalização do Estado, ajuizou a ação para postular a formalização da força de trabalho e a elevação das condições de habitabilidade dos alojamentos e das condições ambientais de trabalho.

O Poder Judiciário aqui agiu como instituição de *last resource*, pois a sentença judicial só foi emitida após longo processo de instrução e de tentativas de conciliação, que somente não lograram êxito por força do tempo exigido pelo conglomerado para cumprir com as exigências legais e a tentativa do Ministério Público do Trabalho em implementá-las de modo instantâneo. A sentença optou por uma implementação incremental que, ao cabo de duas safras, extinguisse a intermediação de mão-de-obra e alterasse qualitativamente as condições ambientais de trabalho.

Os dados que se extraem são relevantes e mostram um nível de formalização que não guarda relação com a expansão do produto ou mesmo com a taxa de formalização do mercado de trabalho como um todo. Vale esclarecer que a sentença tem efeitos potenciais sobre as demais unidades produtivas do conglomerado agroindustrial, em qualquer estado da federação onde o mesmo desenvolva as atividades econômicas rurais.

5.2. A judicialização parcial do conflito

O segundo caso envolve a própria *holding* de outro conglomerado rural também do setor sucroalcooleiro. A diferença é que nesse caso o Ministério Público do Trabalho celebrou com o grupo econômico um Termo de Ajustamento de Conduta que, por força do arcabouço jurídico brasileiro, tanto em nível constitucional como infraconstitucional, tem força equivalente à sentença judicial.

O que se realça nesse segundo caso é a circunstância de o precedente judicial do caso I ser a matriz de atuação do Ministério Público do Trabalho, o que permite uma padronização do mercado de trabalho, e a circunstância de o acordo extrajudicial envolver um conglomerado rural de atuação agroindustrial em vários estados da federação, o que faz com que os marcos regulatórios constantes da sentença do caso I e do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) do caso II tenham potencial de espraiamento por todo o território nacional.

Com isso, tem-se um balizador do comportamento dos agentes econômicos, pois, tanto a sentença judicial como o TAC envolvem conglomerados econômicos cujo comportamento influencia os demais agentes econômicos. Ademais, em se tratando de um setor que passa por forte concentração, os efeitos sinérgicos da ação do Estado têm potencial para alcançar a quase integralidade do setor.

Assim, ainda que se pondere sobre as múltiplas causalidades da recente formalização do mercado de trabalho brasileiro, uma das causas relevantes envolve o comportamento do Estado como terceiro interessado nessa formalização. A inflexão da ação do Estado que assumiu papel proativo e mais consentâneo com o fato de deter, simbolicamente, o monopólio legal da violência reflete-se diretamente na alteração do comportamento dos agentes econômicos. E isso ocorre em variados graus de consentimento e participação dos agentes econômicos, especialmente os empregadores, pois, mesmo no caso I, a sentença foi prolatada após diversas rodadas de negociação em que a grande divergência entre o MPT e a empresa era o prazo para implementação das medidas de formalização e elevação das condições de trabalho.

6. A AÇÃO DA JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS TRANSFORMAÇÕES PRODUTIVAS DO SETOR

A ação da Justiça e do Ministério Público e as transformações produtivas do setor devem ser analisadas quando se foca tanto a ocupação como as relações de trabalho no setor canavieiro. A expansão do álcool como combustível tem induzido recorrente aumento de produção, bem como da área plantada. Esse movimento tem sido caracterizado pelo incremento da produtividade do trabalho no corte da cana-de-açúcar, onde o uso de mão-de-obra é intensivo (RAMOS, 2009). Segundo o Instituto de Economia Agrícola do Estado de São Paulo, a quantidade média cortada por ocupado cresceu de 7,6 toneladas para 8,6 toneladas, e o valor recebido por tonelada variou em termos reais, de R\$3,10 para R\$3,50 entre 2000 e 2008. O aumento do rendimento por trabalhador ocorre ao mesmo tempo em que se estabelece um programa de mecanização progressiva do corte da cana no Estado de São Paulo.¹

Segundo a Lei estadual n. 11.241/2002, a queima da cana-de-açúcar deve ser eliminada nas áreas mecanizáveis até 2021, o que representará uma redução sistemática da mão-de-obra contratada na colheita. Estimativa realizada pela UNICA, instituição de organização das empresas sucroalcooleiras, considera que, em 2016, restarão somente os empregos vinculados ao corte mecanizado (DIAS DE MORAES, 2007).

¹ Para uma discussão sobre a produtividade no setor agrícola, ver GASQUES *et alii* (2009).

A tendência de mecanização do corte acompanha processo de modernização setorial, caracterizado por ampliação da capacidade de processamento das unidades de produção de açúcar e/ou álcool que se realiza com a conglomeração do setor. Segundo informação presente na página eletrônica da UNICA, as 118 empresas afiliadas respondem por 50% do etanol e 60% do açúcar produzido no Brasil. De acordo com Vian e Belik (2003), as 25 maiores unidades produtivas respondiam, em 1998-99, por 45% da cana esmagada no Estado de São Paulo.

A concentração no esmagamento tende a causar efeitos reordenadores da estrutura de plantio, em razão de os grandes grupos do setor produzirem parte das suas necessidades de cana-de-açúcar *in natura*, bem, por ter certo monopólio da compra, vão estabelecendo as condições e características dos contratos de aquisição junto aos produtores independentes. De acordo com Toneto Jr. *et alii* (2008), observa-se uma forte integração da atividade agrícola com a industrial no interior dos grandes grupos empresariais paulistas, sendo que 70% da cana por eles processada advém de produção em terras próprias ou por eles arrendadas.

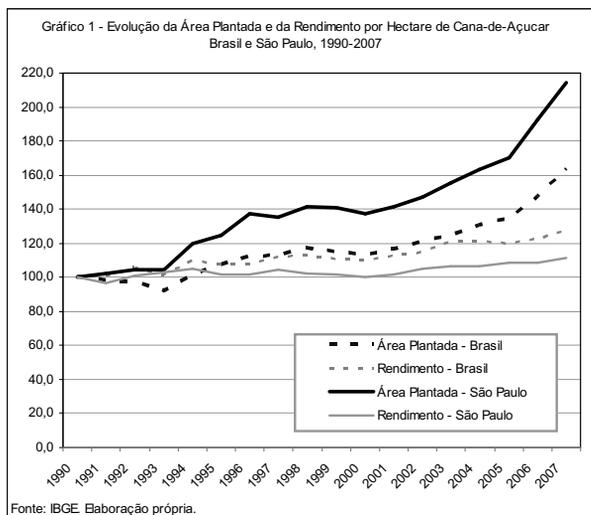
Do ponto de vista da produção, as 30 maiores usinas ou destilarias do Estado de São Paulo processaram 50% da produção de cana-de-açúcar da safra 2000-2001 (VEIGA FILHO & RAMOS, 2006). O processo de concentração produtiva tem induzido mudanças na forma de propriedade de capital, marcada pelo ingresso no mercado aberto de alguns grandes grupos, a entrada de capital estrangeiro no setor e a diversificação de alguns deles para atividades correlatas, como a distribuição de combustível no mercado varejista.

A configuração atual do setor no Estado de São Paulo não mais guarda relação com aquela prevaente até algumas décadas atrás, quando predominavam as empresas familiares e de âmbito local. O plantio de cana-de-açúcar dissociado da produção de açúcar ou álcool vem se tornando residual, bem como a existência de usinas ou destilarias autônomas. A concentração de capital e a integração produtiva tornaram-se predominantes, bem como vêm se consolidando na forma de propriedade capitalista de capital aberto, ampliando as possibilidades de *funding* dessas operações.

As perspectivas para o mercado de álcool anidro deverão realimentar o movimento de reorganização produtiva e de propriedade de capital prevalente no complexo, reiterando o processo de concentração de produção existente e de modernização tecnológica com possíveis efeitos sobre a produtividade nas diversas fases de produção e sobre a demanda de mão-de-obra.

No Estado de São Paulo, essa transformação passará por uma quase completa mecanização da colheita em uma provável trajetória de aumento da produtividade e da área plantada. A evolução desses indicadores dá uma primeira e rápida evidência desse processo, bem como do papel determinante do Estado de São Paulo (Gráfico 1). Mudanças na estrutura do emprego vinculadas ao complexo serão inevitáveis, incorrendo inclusive mudanças, mesmo que limitadas, no perfil de qualificação da força de trabalho incorporada nos setores diretamente vinculados ao complexo.²

² Os setores de atividade básicos pertencentes ao complexo são: cultivo da cana-de-açúcar, produção e refino de açúcar e produção de álcool. Contudo, diversos outros setores se associam total ou parcialmente ao complexo, como o de produção de equipamentos para as usinas, de máquinas e equipamentos agrícolas, de adubos e fertilizantes, dentre outros. Neste ensaio serão focados somente os setores básicos do complexo, especialmente o de cultivo de cana-de-açúcar.



7. A DESTRUIÇÃO DO TRABALHO MANUAL DE CORTE DA CANA-DE-AÇÚCAR

A destruição do trabalho manual de corte da cana-de-açúcar deverá produzir uma situação de desemprego local de uma força de trabalho com grande dificuldade de ser reaproveitada em setores urbanos. Mesmo que negociada e regulada pelas instituições públicas, e desejada socialmente, o fim do trabalho manual no corte da cana-de-açúcar será um evento social de natureza complexa devido à condição de quase absoluta ausência de qualificação associada, em geral, ao analfabetismo da força de trabalho.

Considerando-se tal perspectiva, é provável que tanto a Justiça como o Ministério Público do Trabalho tenham somente o papel de amenizar os problemas sociais que tal transformação tenderá a gerar nos Estados com maior presença do complexo sucroalcooleiro, tendo o Estado de São Paulo como palco principal desse processo de transformação.³

As estatísticas sobre a força de trabalho incorporada ao complexo dão pistas importantes quanto ao tamanho desse desafio que vem enfrentando e deverá continuar a enfrentar pelas instituições públicas, mas também pela sociedade, especialmente nos locais de maior concentração da atividade de plantio.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, a ocupação vinculada ao complexo cresceu de 680 mil trabalhadores para 898 mil entre 2002 e 2007, respondendo por, aproximadamente, 1% da força de trabalho brasileira. A distribuição regional é bastante desigual, havendo uma clara

³ Cabe lembrar que, nas últimas décadas, tem-se observado a expansão, em especial, do plantio em direção ao Mato Grosso do Sul. Esse movimento não será aqui analisado, mas é importante lembrar que ele é caracterizado pelo corte manual, devendo a destruição dos empregos atingir um mercado de trabalho menos complexo que aquele encontrado no Estado de São Paulo e, portanto, podendo-se observar impactos sociais negativos mais complexos. Existem indícios de que a expansão do plantio no Mato Grosso do Sul tem alimentado um processo de migração de bolivianos durante o período de corte.

concentração nas regiões Nordeste e Sudeste, sendo a participação do Estado de São Paulo predominante nesta última. Ademais, o Estado respondeu por 2/3 das novas ocupações geradas no período 2002-2007.

Tabela 1
População Ocupada Total e no Complexo Sucroalcooleiro segundo as Regiões Geográficas
Brasil, 2002/2007

	2002			2007			Distribuição da Variação Absoluta da Ocupação, Complexo Sucroalcooleiro
	Complexo Sucroalcooleiro (A)	Total (B)	(A) / (B) Em %	Complexo Sucroalcooleiro (C)	Total (C)	(A) / (B) Em %	
Norte	3.684	4.168.555	0,1	5.188	5.157.235	0,1	0,7
Nordeste	328.150	21.513.844	1,5	315.169	23.646.780	1,3	-5,9
Sudeste (menos São Paulo)	60.289	16.860.962	0,4	86.647	18.538.607	0,5	12,1
São Paulo	224.962	17.410.055	1,3	363.277	20.378.223	1,8	63,3
Sul	30.792	13.426.101	0,2	48.067	14.792.120	0,3	7,9
Centro-Oeste	32.369	5.777.386	0,6	80.465	6.695.723	1,2	22,0
Total	680.246	78.956.903	0,9	898.813	89.208.688	1,0	100,0

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar, PNAD-IBGE, microdados. Elaboração Própria.

Apesar das estimativas de perda de participação do Estado na produção nacional, os dados recentes reiteram a sua centralidade no complexo sucroalcooleiro, inclusive na sustentação de seu nível de ocupação, motivo que justifica atenção por parte das instituições públicas e da sociedade paulista sobre os destinos do complexo e suas implicações para o mercado de trabalho regional.

O aumento da ocupação dos últimos anos tem sido marcado pelo incremento do grau de formalização. Entre 2002 e 2007, a participação do emprego formal na ocupação total elevou-se de 52%, aproximadamente, para 63%. A situação de formalidade dos contratos varia bastante entre regiões, apontando, entretanto, para que a proteção social continue sendo limitada para os trabalhadores do complexo. Ademais, como veremos mais à frente, uma alta instabilidade do vínculo empregatício é observada no complexo como um todo.

Explicita-se, desse modo, que tipo de debilidade é encontrada neste segmento do mercado nacional de trabalho e, portanto, que desafio deverão enfrentar as instituições públicas no processo de transformação e concentração que passará o setor nos próximos anos. A destruição de postos de trabalho no corte da cana-de-açúcar deverá ser marcada por um desemprego caracterizado por uma força de trabalho com baixa proteção social, fator de constrangimento para a intervenção, especialmente, da Justiça do Trabalho.

Tabela 2
População Ocupada e Empregada no Complexo Sucroalcooleiro segundo Regiões Geográficas
Brasil, 2002/2007

	2002			2007		
	PNAD (A)	RAIS (B)	(B) / (A) Em %	PNAD (A)	RAIS (B)	(B) / (A) Em %
Norte	3.684	971	26,4	5.188	2.034	39,2
Nordeste	328.150	170.600	52,0	315.169	215.157	68,3
Sudeste (menos São Paulo)	60.289	20.171	33,5	86.647	39.056	45,1
São Paulo	224.962	114.266	50,8	363.277	215.735	59,4
Sul	30.792	29.079	94,4	48.067	51.323	106,8
Centro-Oeste	32.369	18.173	56,1	80.465	48.889	60,8
Total	680.246	353.260	51,9	898.813	572.194	63,7

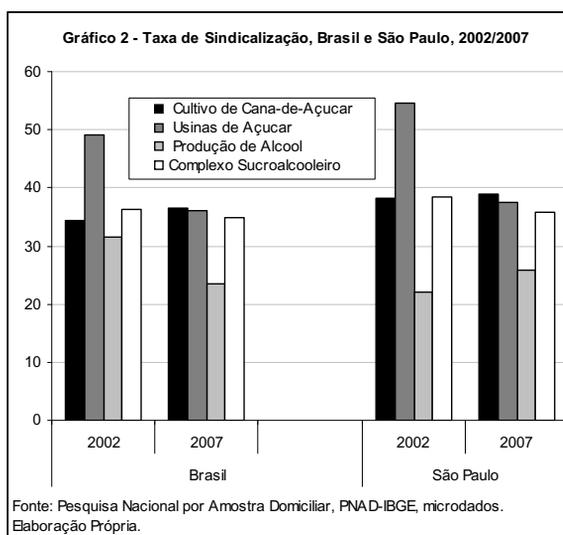
Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar, PNAD-IBGE, microdados; e Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/MTE. Elaboração Própria.

Além disso, é preciso também considerar o possível papel a ser jogado por outra instituição pública que participa do ordenamento das relações de trabalho no complexo sucroalcooleiro: os sindicatos. Mesmo considerando sua maior presença nas últimas décadas, é baixo o grau de organização prevalente no complexo. A formalização limitada dos contratos de trabalho associada à instabilidade do vínculo empregatício e à baixa qualificação são elementos que limitam a sindicalização dos trabalhadores.

Os dados da PNAD revelam que um pouco mais de 1/3 dos trabalhadores do complexo são sindicalizados, apresentando um patamar bastante superior ao encontrado para a média dos demais setores da economia brasileira. Apesar de mais elevada, nota-se uma tendência de retração da taxa de sindicalização do complexo no período recente, sinalizando que tanto a geração de ocupações como a maior formalização dos contratos parecem não ter contribuído para favorecer uma elevação do grau de organização dos trabalhadores.

A exceção observada refere-se à taxa de sindicalização dos ocupados no plantio de cana-de-açúcar, que teve um pequeno incremento. Porém, deve-se lembrar de que são justamente esses trabalhadores que serão os grandes afetados pela transformação produtiva do complexo nos próximos anos, devendo ser uma relação de trabalho residual na estrutura ocupacional setorial. A tendência da ocupação no complexo será a concentração nos setores de produção de açúcar e álcool, onde o incremento recente dos postos de trabalho foi acompanhado da queda da taxa de sindicalização, apesar do aumento do grau de formalização.

Desse modo, é pouco provável que a ação coletiva venha, ao menos no médio prazo, ter papel ativo na formalização dos contratos de trabalho, bem como de provocar sinergia com as ações das demais instituições públicas.



8. CARACTERÍSTICAS DA OCUPAÇÃO FORMAL DO COMPLEXO SUCROALCOOLEIRO

Conhecidas as características mais gerais da ocupação do complexo sucroalcooleiro, serão exploradas aquelas relativas ao seu segmento formal.

Segundo a Relação Anual de Informações Sociais, o número de estabelecimento e de empregados conheceu uma elevação ponderável entre os anos de 2002 e 2007. Parte importante desse incremento ocorreu no Estado de São Paulo, que respondeu por 3 de cada 4 novos estabelecimentos e por 1 de cada 2 empregos criados no período.

Apesar da importância do Estado para a ocupação do complexo, observa-se um tamanho médio de estabelecimento relativamente baixo, ao redor de 40 empregados. Contudo, nota-se que 8 de cada 10 empregos criados, no país ou no Estado, foram por estabelecimento com mais de 1000 ocupados.

A criação expressiva de estabelecimentos é em grande parte caracterizada por unidades sem empregados, sugerindo o incremento de estabelecimentos onde o(s) proprietário(s) é(são) o(s) único(s) que responde(m) completamente pela atividade produtiva. É possível que esses estabelecimentos contratem trabalho através da prestação de serviços por outro estabelecimento ou da relação informal. Contudo, os dados da RAIS não permitem mensurar a ocorrência desses tipos de relação.

Constata-se, portanto, que o menor tamanho médio dos estabelecimentos não se reflete na distribuição dos empregos criados, que se mostra fortemente concentrada nos grandes estabelecimentos, expressando também a concentração produtiva no setor, já mencionada anteriormente.

Os dados da RAIS indicam ainda que o aumento do emprego foi acompanhado da elevação do salário médio em todas as regiões do país, sendo que o menor incremento ocorreu em São Paulo, embora o salário médio pago no Estado seja o segundo mais elevado do país, perdendo somente para aquele praticado no Centro-Oeste. Mesmo assim, deve-se ressaltar que, exceção feita à Região Norte, todas as demais conheceram queda do rendimento médio em termos de múltiplos do salário mínimo.

Isto é, a elevação do rendimento médio não acompanhou aquela encontrada para o piso legal, sinalizando que as negociações coletivas do complexo não foram capazes de estabelecer acordos salariais que se traduzissem em ganhos superiores aos estabelecidos pela política pública de salário mínimo. Desse modo, o movimento recente indica uma tendência de concentração salarial do setor ao redor do piso legal e, portanto, de reiteração de um perfil de baixos salários no complexo. Em suma, a perspectiva de expansão do complexo não se traduziu, ao menos no período recente de crescimento da economia brasileira, em uma elevação mais expressiva dos salários reais.

Tabela 3
Indicadores de Estabelecimentos, Emprego, Massa Salarial, Salários e Tempo de Vínculo no Complexo Sucoalcooleiro
Brasil, 2002/2007

	Número de Estabelecimentos	Tamanho Médio	Total de Empregados	Massa Salarial Real - Em Reais (1)	Salário Médio Real - Em Reais (1)	Salário Médio Em Salários Mínimos	Tempo do Vínculo Em meses
2002							
Norte	9	108	971	596.390	614	2,1	21
Nordeste	1.443	118	170.600	80.667.692	473	1,6	85
Sudeste (menos São Paulo)	413	49	20.171	11.257.403	558	1,9	53
São Paulo	2.576	44	114.266	84.685.347	741	2,5	54
Sul	162	180	29.079	17.906.978	616	2,1	51
Centro-Oeste	153	119	18.173	16.315.200	898	3,1	35
Total	4.756	74	353.260	227.628.164	644	2,2	63
2.007							
Norte	22	92	2.034	2.118.168	1.041	2,6	25
Nordeste	1.528	141	215.157	117.732.918	547	1,4	69
Sudeste (menos São Paulo)	846	46	39.056	27.896.495	714	1,8	43
São Paulo	5.527	39	215.735	174.656.698	810	2,0	56
Sul	329	156	51.323	37.234.702	725	1,8	56
Centro-Oeste	359	136	48.889	48.518.140	992	2,5	25
Total	8.611	66	572.194	434.103.324	759	1,9	56
2002-2007							
Norte	144	-14	109	255	70		
Nordeste	6	19	26	46	16		
Sudeste (menos São Paulo)	105	-5	94	148	28		
São Paulo	115	-12	89	106	9		
Sul	103	-13	76	108	18		
Centro-Oeste	135	15	169	197	11		
Total	81	-11	62	91	18		

Fonte: Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/MTE. Elaboração Própria
(1) Em Reais de 2008

Outro aspecto importante a ser ressaltado desse movimento diz respeito ao incremento do tempo médio do vínculo de trabalho no complexo sucoalcooleiro, em razão dos impactos desfavoráveis que tendem a gerar o aumento da ocupação e a elevada rotatividade presente no setor. O tempo médio de vínculo do setor era inferior a 5 anos em 2007, observando-se um aumento discreto no Estado de São Paulo no período analisado.

A média reduzida do tempo de trabalho reflete, em grande medida, a rotatividade prevalecente no complexo, mesmo no segmento formal. De acordo com a RAIS, somente 45% dos vínculos estabelecidos em um ano encontravam-se ativos em 31 de dezembro. No Estado de São Paulo, esse indicador alcançava a cifra de 40%. Isto é, para cada 10 contratações realizadas pelo complexo ao longo de um ano, somente 4 eram declaradas em 31 de dezembro, data de menor nível de emprego do complexo em razão do período de entressafra.

Essa situação é ainda mais frágil no setor de cultivo de cana-de-açúcar, onde somente 36% dos vínculos eram declarados ativos em 31 de dezembro. Um contexto melhor, mas não tão favorável, é encontrado nos setores de produção de açúcar e álcool. Nestes, um pouco mais de metade dos vínculos permanecia ativo no último dia do ano.

Tabela 4

Porcentagem de Vínculos Ativos em 31 de dezembro em relação ao Total de Vínculos estabelecidos no Ano

Brasil, 2002/2007

	Cultivo Cana-de- Açúcar	Usinas de Açúcar	Produção de Alcool	Total
2002				
Norte	14,3	67,2	18,8	36,0
Nordeste	57,8	60,9	55,7	59,5
Sudeste (menos São Paulo)	37,2	47,1	42,4	41,8
São Paulo	31,5	53,7	56,6	39,1
Sul	29,9	59,3	53,7	45,8
Centro-Oeste	16,7	39,1	35,4	25,7
Total	36,3	57,6	48,3	46,2
2007				
Norte	47,2	32,2	20,3	27,4
Nordeste	54,7	59,0	62,1	58,3
Sudeste (menos São Paulo)	20,7	50,5	39,7	37,0
São Paulo	36,5	45,5	52,3	41,5
Sul	43,9	56,7	53,0	51,9
Centro-Oeste	22,6	42,1	34,8	30,5
Total	36,5	52,4	47,3	45,4

Fonte: Relação Anual de Informações Sociais - RAIS/MTE. Elaboração Própria.

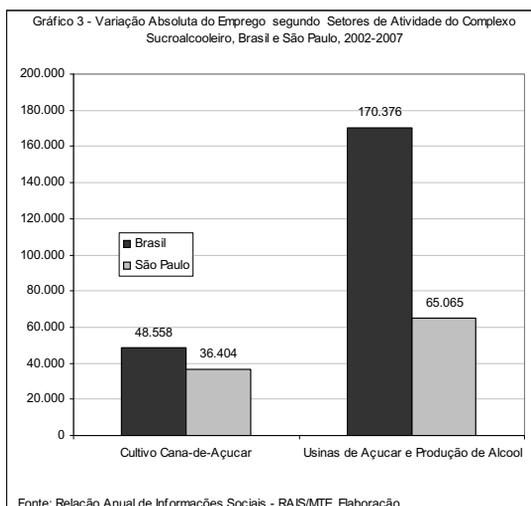
Os dados sugerem que a sazonalidade tem um papel importante para a rotatividade da força de trabalho do complexo, devendo a modernização reduzir essa discrepância entre vínculos estabelecidos e vínculos ativos ao longo do ano. Contudo, não se deve esperar que a rotatividade caia significativamente, se considerada a discrepância encontrada nos setores de produção de açúcar e álcool. Nesses setores, o período de entressafra é utilizado para manutenção das unidades produtivas, o que sugeriria a possibilidade de maior estabilidade da força de trabalho nos estabelecimentos do complexo, situação não observada de fato.

Se, por um lado, a Justiça e o Ministério Público do Trabalho podem atuar no sentido de ampliar o grau de formalização da força de trabalho no complexo, como vimos apontando ao longo deste ensaio, tem-se, por outro, que essas instituições poderiam adotar ações orientadas para uma maior estabilidade dos contratos de trabalho. Mesmo porque o processo de modernização do setor abrirá perspectivas para um movimento dessa natureza, o que poderia favorecer tanto uma maior organização da relação de trabalho, com o aumento da sindicalização, como uma modificação positiva do perfil de remuneração prevalecente no complexo.

Em suma, está se sugerindo que as ações das instituições públicas incorporem em suas estratégias a provável trajetória de transformação que o complexo conhecerá ao longo dos próximos anos e década, que obrigatoriamente estará marcada pela destruição de 30% do emprego do complexo, em razão do fim do corte manual da cana-de-açúcar. Se, nos próximos anos, a formalização do contrato de trabalho e as condições de trabalho dos cortadores de cana devam continuar a ocupar centralidade na agenda da Justiça e do Ministério Público do

Trabalho, será o emprego nos demais setores do complexo que deverá exercer esse papel a partir de meados da próxima década, especialmente no Estado de São Paulo.

A evolução recente do nível de empregos já sinaliza essa tendência. A maior variação é observada nos segmentos de produção de açúcar e álcool, sendo que ela foi significativamente mais expressiva fora do Estado de São Paulo. Esse movimento apresentado nos dados da RAIS pode não expressar geração efetiva de novas ocupações, mas a ocorrência de formalização dos vínculos empregatícios provocada pela ação da Justiça e do Ministério Público do Trabalho. Considerando a consistência dessa possibilidade, reafirma-se argumento anterior sobre o crescente papel das instituições públicas sobre a ocupação dos segmentos de produção de açúcar e álcool, em substituição daquele observado até o presente no segmento de cultivo da cana-de-açúcar.



9. À GUIA DE CONCLUSÕES

À guisa de conclusões é possível ponderar que as estruturas produtiva e ocupacional do complexo sucroalcooleiro deverão conhecer, portanto, transformações expressivas nos próximos anos que terão implicações sobre as relações e condições de trabalho, em particular em seu núcleo mais dinâmico e moderno situado no Estado de São Paulo.

A evolução da ocupação do complexo durante o crescimento recente da economia brasileira apresentou um comportamento divergente daquele encontrado nas análises dos anos 1990, que consideravam o recuo do assalariamento e da formalização como processos irreversíveis ao longo do desenvolvimento econômico do país neste início de Século.

Os resultados dos levantamentos estatísticos mostram a reiteração do trabalho assalariado com características semelhantes àquelas observadas no passado, como a baixa remuneração e a precariedade do vínculo empregatício.

O fato novo emergente remete-se a muito provável destruição do principal segmento ocupacional do complexo, aquele vinculado ao corte da cana-de-açúcar. Os acordos recentes entre Governo e entidades de representação sinalizam que essa forma de trabalho deverá se tornar residual no final da próxima década, observando-se inclusive a tendência de antecipação desse movimento no Estado de São Paulo. O fim dessa categoria de trabalhadores trará duas consequências com características diversas.

A primeira relaciona-se à possível constituição, nas regiões com maior densidade do plantio de cana, de um contingente de trabalho com elevado risco ao desemprego e à pobreza extrema, dada a quase impossibilidade de realocação desses trabalhadores nos demais segmentos da cana-de-açúcar ou em outros setores da economia, dada a prevalência do analfabetismo e ausência de qualificação profissional mínima. É fundamental que os Governos Federal e Estadual planejem ações que busquem superar o amplo risco de ocorrência do problema. Mesmo que, no médio prazo, procure-se ampliar o grau de formalização do contrato de trabalho no corte da cana-de-açúcar, através da ação dos Governos e demais instituições públicas, é fundamental que se construa uma estratégia que contemple o enfrentamento das consequências da destruição desse segmento de trabalhadores.

A outra diz respeito à consolidação do mercado de trabalho da cana-de-açúcar nos setores de produção de açúcar e álcool. Apesar de uma menor incidência da informalidade nesses setores, a precariedade do trabalho medida pelo assalariamento restrito, a rotatividade e a baixa remuneração constituem características básicas da relação de trabalho nesse segmento do complexo. Frente à baixa sindicalização observada nesses setores e à baixa estruturação do processo de negociação coletiva, é provável que tanto as ações dos Governos como da Justiça e do Ministério Público do Trabalho continuem a jogar papel determinante na ampliação da proteção social e na melhora das condições de trabalho no complexo sucroalcooleiro.

O papel das instituições públicas estatais deverá ganhar ainda maior importância se levado em conta a tendência de concentração e, em certa medida, internacionalização do complexo em uma perspectiva de ampliação da capacidade de produção com aumento da produtividade, explicado pelas perspectivas favoráveis de crescimento do mercado de álcool anidro e de modernização tecnológica da base produtiva.

Nesse sentido, é grande a perspectiva de continuidade da regulação pública do trabalho no complexo sucroalcooleiro para a próxima década. É razoável argumentar que a mudança desse padrão de regulação, vigente no país desde a primeira metade do Século XX, somente poderia ser viabilizada com o crescimento do grau de organização e representação das entidades de representação existentes no complexo, bem como da emergência de um padrão de negociação melhor estruturado, onde o respeito às relações e condições mínimas de trabalho fosse amplamente exercido pelas partes.

REFERÊNCIAS

- BALSADI, O.V. *O mercado de trabalho assalariado na agricultura brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008.
- BARBOSA, A.F. *A formação do mercado de trabalho no Brasil*. São Paulo: Alameda Editorial, 2008.
- CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: LTr, 1996.
- DEDECCA, C.S. Evolução do mercado de trabalho no Brasil. *Revista de Economia Política*, 25 (1), São Paulo: REP, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FERREIRA, J.O.S. *O papel da justiça do trabalho no funcionamento do mercado de trabalho: entre os direitos dos trabalhadores e dos empresários*. A.M.Buainain e C.S.Dedecca (Orgs.). *Emprego e trabalho na agricultura brasileira*. Brasília: IICA, 2009
- GASQUES, J.M.; BASTOS, E.T.; BACCHI, M.R.P. *Crescimento da agricultura e produtividade da mão-de-obra no Brasil*. A. M. Buainain e C. S. Dedecca (Orgs.). *Emprego e trabalho na agricultura brasileira*. Brasília: IICA, 2009.
- MORAES, M.A.F. Dias de. O mercado de trabalho na agroindústria canieira: desafios e oportunidades. *Revista de Economia Aplicada*, 11(4), Ribeirão Preto: USP, 2007.
- PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Terceirização e reestruturação produtiva*. São Paulo: LTr, 2008.
- PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994.
- POCHMANN, Márcio. *O trabalho sob fogo cruzado*. São Paulo: Editora Contexto, 2000.
- RAMOS, P. *O trabalho na lavoura canieira paulista: evolução recente, situação atual e perspectivas*. A.M.Buainain e C.S.Dedecca (Orgs.). *Emprego e trabalho na agricultura brasileira*. Brasília: IICA, 2009.
- RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos - O declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makron Books, 1995.
- SZMRECSÁNYLI, T.J.M.K.; RAMOS, P. *La sucrerie de canne dans la politique économique du Brésil au xxe siècle, économies et sociétés*, 34, Paris: ISMEA, 2006.
- TONETO JÚNIOR, R.; PALOMONO, J.M.; LIBONI, L. *Uma agenda de competitividade para a indústria paulista setor sucroalcooleiro, mimeo*. São Paulo: IPT/FIPE, 2008.
- VEIGA FILHO, A.A. & RAMOS, P. Proálcool e evidências de concentração na produção e processamento de cana-de-açúcar. *Informações Econômicas*, 36(7), São Paulo: IEA, 2006.
- VIAN, C. & BELIK W. *Os desafios para a reestruturação do complexo agroindustrial canieiro do Centro-Sul*, Economia, 4(1), Niterói: Anpec, 2003.

O TRATAMENTO DA QUESTÃO ECONÔMICA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta*
Lucília Alcione Prata**

INTRODUÇÃO

Neste estudo iremos nos dedicar ao tratamento da ordem econômica, nas diversas Constituições da República, até a atual Constituição de 1988.

Aliás, essa expressão *ordem econômica* é típica da Norma Constitucional vigente e sobre ela nos deteremos, também, buscando seu sentido e alcance.

Com efeito, da maior importância os fundamentos da República Federativa do Brasil inseridos no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, quais sejam, “[...] os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...]”; evidenciando, no nosso sentimento, a importância do crescimento econômico vinculado à garantia dos direitos sociais.

A questão econômica, assim, será abordada a partir das normas-regra e, principalmente, das normas-princípio constitucionais.

Para tanto, trataremos também dos direitos fundamentais, descrevendo a alteração paradigmática dos mesmos ao longo da nossa história constitucional e a relação dessa mudança no ordenamento econômico constitucional.

Evidentemente, não traremos conclusões prontas, acabadas, até porque isso seria difícil em sede acadêmica, onde os debates são comuns, necessários e propiciam, inclusive, a própria evolução da hermenêutica constitucional.

Ademais, em se tratando de um processo histórico - em construção, portanto -, dele todos fazemos parte.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção dos direitos fundamentais desenvolve-se a partir da ascensão da burguesia, no século XVIII, concepção esta inicialmente sempre vinculada ao conceito de Estado: num território soberano¹ e como uma garantia dos cidadãos frente a este próprio Estado.

* Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Titular da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano/MG, graduada em Direito pela UFMG, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

** Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Titular da 1ª Vara Cível do Foro Regional de S. Miguel Paulista - Entrância Final, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura, Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ “A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 132/133).

Pretendendo ver eliminados os privilégios concedidos aos nobres e ao clero, os burgueses lutaram para que os direitos fundamentais de primeira dimensão passassem a ser concedidos igualmente a todos pelo Estado.

Gianpaolo Poggio Smanio pondera que há uma coincidência temporal entre o surgimento do conceito moderno de cidadania, do conceito moderno de direitos humanos e do conceito de Estado de Direito. Todos estão no âmbito da Idade Moderna e a Revolução Francesa passa a ser o marco decisivo das referidas conceituações. É a partir dela que o cidadão passa a ser o centro de imputação do conjunto de direitos que corresponde aos membros de um Estado de Direito.²

Esses direitos, inicialmente direitos naturais, deveriam, assim, ser codificados para que as distorções e privilégios não retornassem mais, o que redundou no movimento de codificação dos séculos XVIII e XIX.

O Professor Paulo Bonavides³ assevera que os direitos fundamentais de primeira geração são, portanto, aqueles que pressupõem o homem livre e isolado em face do Estado. São direitos pessoais, naturais, inalienáveis, sagrados.

Correspondem aos direitos civis e políticos, hoje absolutamente consolidados, apesar de algumas “idas e vindas”, notadamente no século passado, valendo citar, em relação aos países sul-americanos, v.g., como exceção os períodos ditatoriais.

Representam, em última análise, o direito de resistência do indivíduo perante o Estado e foi um conceito que dominou o século XIX.

No século XX, passam a ser invocados os direitos fundamentais de segunda geração, assim chamados os direitos culturais, sociais e econômicos.

Referidos direitos “[...] nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.⁴

Tratando dessa questão, Paulo Bonavides, na obra já citada no parágrafo acima, acrescenta que inicialmente os direitos sociais foram objeto de especulação filosófica, depois passaram a inserir-se em textos constitucionais marxistas e no constitucionalismo social-democrata, v.g., Constituição do México de 1917, Constituição de Weimar de 1919.

Foram, igualmente, nessa fase inicial, delegados a uma natureza programática, portanto, de baixa normatividade, pois são direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais, nem sempre resgatáveis por carência de recursos.

Exatamente por isso, em paralelo a eles, desenvolveu-se a teoria das garantias institucionais, inicialmente desenvolvida pelos publicistas alemães, a partir de Carl Schmitt, como acrescenta o autor.

Isso porque tão importante quanto proteger o indivíduo era proteger a instituição.

² SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988*. In: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros Editores, 1999, p. 514/531.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 518.

Localizando historicamente a necessidade por direitos inerentes ao homem situado numa comunidade, pondera o ilustre professor:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida.⁵

Referida fase assenta-se sobre a fraternidade para uns e solidariedade para outros, em ambos os casos, dotada de alto teor de humanismo e universalidade, abrangendo não só os indivíduos ou grupos, mas o gênero humano.

São os direitos de terceira geração, dos quais são exemplos o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação, a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Com a globalização (econômica e política) e como limite a ela, desenvolveu-se o conceito de direitos fundamentais de quarta geração, os quais tornam legítima e possível a globalização política.⁶

Pois, como pondera o Professor Paulo Bonavides⁷, globalizar direitos fundamentais interessa aos povos da periferia e sobre tal globalização não tem jurisdição a ideologia neoliberal.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ob. cit., p. 522.

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55/59 assim trata da globalização e do neoliberalismo:

A globalização é um fato histórico; o neoliberalismo, uma ideologia.

A globalização decorre da terceira Revolução Industrial - informática, microeletrônica e telecomunicações -, realizando-se como globalização financeira.

[...]

O neoliberalismo é uma ideologia.

Quero dizer, com, isso, (i) que não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo e (ii) que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas.

Seria perfeitamente viável a concepção de uma sociedade socialista globalizada. Precisamente essa, aliás, é a forma - internacional - que ela assume na utopia possível.

[...]

Há marcante contradição entre o neoliberalismo - que exclui, marginaliza - e a democracia, que supõe acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito.

O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe.

A exclusão social se dá sob múltiplas modalidades - são excluídos, afinal, tanto a vítima do crime quanto o criminoso.

Vivemos um momento marcado pela insegurança e pelo comprometimento da coesão social.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Ob. cit., p. 524.

No Brasil (como de resto no mundo todo) o neoliberalismo⁸ é extraído da globalização econômica, representando uma filosofia negativa de poder, afrouxando os laços da soberania e incentivando a perpetuação das desigualdades (entre nações e, via de consequência, entre indivíduos).

Os direitos de quarta geração - democracia direta, isenta da mídia manipuladora, com informação e pluralismo - são introduzidos pela globalização política na esfera da normatividade jurídica.

Acrescentamos que, assim postos os direitos fundamentais, percebe-se que uma geração não exclui/substitui outra, sendo muito interessante a ponderação do Professor Paulo Bonavides que substitui a expressão “geração” por “dimensão”⁹, exatamente para evidenciar que a dimensão posterior não afasta simplesmente a que lhe antecede.

Entendemos que elas “convivem” e, fatalmente, a sucessora influencia a sucedida, porque o grupo que sente necessidade de outros direitos também anseia pelos que já tinha de uma forma muito mais ampliada.¹⁰

Destaca, a nosso ver, com propriedade, que o coração das constituições estáveis é o processo legislativo de reforma constitucional e, ao inserir princípios na norma constitucional, assegura aos mesmos essa estabilidade.

Na nossa Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais são intangíveis¹¹, o que é ótimo, pois, do contrário, seriam alterados conforme a ideologia dos governantes.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Contudo, no que tange à hermenêutica constitucional, importante frisarmos que os métodos normalmente utilizados para interpretação da legislação infraconstitucional nem sempre são os mais adequados para se fazerem efetivados, na prática, os direitos e garantias constitucionais suprarreferidos.

Luís Roberto Barroso¹², assim desenvolve o tema, enumerando os métodos tradicionais de interpretação das normas jurídicas.

Interpretação gramatical, da qual deve partir toda interpretação jurídica, baseando-se no texto da norma, pois, como pondera o autor mencionado, “[...] é o

⁸ A propósito do neoliberalismo, vide nota anterior.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 525.

¹⁰ Sobre esse tema já tratamos, fazendo ponderações semelhantes. *Vide*: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. A judicialidade dos direitos sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 78, p. 45/63, 2009.

¹¹ “Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 126/139.

momento inicial do processo interpretativo”, formando o texto da lei “[...] o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete.”

Interpretação histórica que “[...] consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes históricos [...]”, envolvendo, inclusive, “[...] especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e ideias contemporâneos.”

A interpretação sistemática consiste em não se examinar a norma isoladamente do diploma legal em que se insere, mas, em consonância com todo ele e dentro de um sistema maior.

Pondera o autor supracitado: “A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital”.

A interpretação teleológica importa em que as normas sejam “[...] aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade [...]”. Referido método “[...] procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito [...]”, pondera o autor.

Pois bem: após (ou além de) socorrer-se de todos esses métodos, em conjunto ou separadamente, o intérprete e aplicador da Norma Constitucional deve buscar a solução que possibilite à norma-regra interpretada realizar-se como um todo, da melhor forma possível, e sem contrariar também os princípios constitucionais.

E qual posição ocupam os princípios no Texto Constitucional?

PRINCÍPIOS

O aplicador do Direito deve se basear nos princípios norteadores do ramo jurídico que está a aplicar, uma vez que, ao falarmos de princípios, estamos tratando de normas, que vinculam não só o intérprete, bem como o legislador, que fica impedido de editar regras que venham a contrariar referidos princípios.

Com efeito, norma é um gênero, do qual são espécies regras e princípios, consoante a melhor doutrina pós-positivista¹³, segundo a qual “[...] as normas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas:

¹³ “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...]”

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”

(BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In Revista de Direito Processual Geral* (54). Rio de Janeiro, 2001, p. 64/65).

regras (ou disposições) e princípios [...]”¹⁴, como pondera Daniel Sarmento, acrescentando que “[...] parece estar superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado.”¹⁵

A superação da distinção entre normas-regra e normas-princípio é igualmente abordada por Willis Santiago Guerra Filho, afirmando que o “[...] avanço fundamental da teoria do direito contemporânea, que, em uma fase pós-positivista, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo [...]”¹⁶ distingue normas jurídicas que são regras e normas jurídicas que são princípios.

E acrescenta, ainda, que nas regras “[...] há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência [...],” enquanto que os princípios não trazem descrição de situações específicas e, sim, “[...] a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.”¹⁷

Acerca dos critérios que podem ser utilizados pelo intérprete para distinguir as normas-regra das normas-princípio, J.J. Gomes Canotilho¹⁸ nos fornece importantes subsídios, *in verbis*:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em uma substituição, sugerir:

- (1) - as regras e princípios são duas espécies de normas;
- (2) - a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”

[...]

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras; enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou na “ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.”

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 42.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 36.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 36.

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 147.

Com efeito, Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, superando a distinção entre norma e princípio, aponta a maior especificidade das normas-regra em relação às normas-princípio, embora, frisemos uma vez mais, ambos sejam NORMAS:

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.¹⁹

Também Ana Paula de Barcellos²⁰, ao tratar da matéria, acrescenta, de forma bastante clara:

Ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem não apenas foi funcionalizado, como também imobilizado brutalmente nos altares do Estado-nação, Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal. O Estado nazista alemão, embora não tenha sido a última dessas experiências, foi certamente a mais chocante, tanto por estampar a barbárie em tons e formas quase inacreditáveis, como sua constrangedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919.

Desse modo, o fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade e a proximidade do mal, cuja ingestão produziu efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral, e no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e o retorno à ideia de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana.

O reflexo mais visível desses efeitos nas Constituições, novas ou reformadas, foi a introdução nos textos de cláusulas, juridicamente obrigatórias para todas e qualquer maioria de plantão, veiculando de forma expressa a decisão política do constituinte (i) por determinados valores fundamentais orientadores da organização política e (ii), em maior ou menor extensão, por certos limites, formas e objetivos dirigidos à atuação política do novo Estado, com a finalidade de promover a realização desses valores. A política passou, assim, a estar vinculada a tais disposições constitucionais, como já antes estivera pelos direitos de liberdade e pela separação de poderes.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Ob. cit., p. 147.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25/26.

Através da análise supra, a autora demonstra como, historicamente, os princípios passaram a integrar os textos constitucionais, importando em verdades fundantes de um ordenamento jurídico, igualmente importantes em relação às normas-regra ou até mais que estas, na medida em que contrariar um princípio importa, muitas vezes, em contrariar todo um conjunto de valores normativos escolhidos por um povo.

Pois bem: são fundamentos da República Federativa do Brasil os valores do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º da CF/88).

Resta igualmente exposto, no mesmo dispositivo legal (*caput* do artigo 1º da CF/88), que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, a “ordem econômica” tratada nos artigos 170 e seguintes da Constituição, deve se basear

[...] na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais. (inciso VII do artigo 170 da CF/88)

Assim, os valores do trabalho, a justiça social, a existência digna e a busca na redução das desigualdades regionais e sociais, no contexto de um Estado Democrático de Direito, são normas-regra e normas-princípio que estão a orientar a ordem e o desenvolvimento econômico do Estado brasileiro.

No capítulo seguinte trataremos dessa ordem econômica e sua evolução nas diversas Constituições da República, buscando destacar o relacionamento entre as referidas questões econômicas e as sociais, ao longo desse processo histórico.

O TRATAMENTO DA QUESTÃO ECONÔMICA NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O conceito de ordem é dado por José Berdnarski e Tatiana Soares Azevedo²¹: “[...] organização direcionada dos elementos que integram um conjunto. Ela une elementos compatíveis entre si, dando ao todo coerência e harmonia.”

Acrescentam eles que a ordem “[...] reproduz a ideia de organização ou de sistematização de regras [...]”, podendo “[...] referir-se à ordem jurídica, à ordem econômica, à ordem política, pelo conhecimento de cada uma em sua espécie.”

O professor Washington Peluso Albino de Souza relaciona a ordem jurídica e a ordem econômica²², sendo que aquela

[...] traduziria a regulamentação dos interesses humanos, segundo a ideia de justiça dominante no momento, e constituiria, quando considerada em seu conjunto, uma

²¹ BERDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. O sistema econômico na Constituição de 1988. In *Direito constitucional econômico - Uma releitura da Constituição econômica brasileira de 1988*. Coord. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. São Paulo: Minha Editora, CEPE, Centro de Estudos Políticos e Sociais, Manole, p. 29.

²² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005.

sistematização das energias sociais, que os juristas alemães, com muita propriedade, denominam “Ordem Jurídica”.

De forma sintética e precisa acrescentam Berdnarski e Azevedo²³ que “[...] a ordem jurídica é a esfera ideal do dever-ser. Já a ordem econômica é a esfera dos acontecimentos reais.”

Tal assertiva vai ao encontro do que pondera Eros Roberto Grau²⁴:

É que a expressão “ordem econômica”, ao ser utilizada como termo do conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficiente normatizada [...].

Explicam José Luiz Berdnarski e Tatiana Soares Azevedo²⁵ que a

[...] expressão ordem econômica foi incorporada à linguagem dos juristas a partir da primeira metade do século XX, com a Constituição de Weimar, de 1919, que trazia uma seção intitulada “a vida econômica”. Embora o pioneirismo no tratamento da organização econômica seja atribuído à Constituição Mexicana de 1917.

O Artigo 151 da Constituição de Weimar estabelecia que:

A ordem econômica deve corresponder aos princípios de justiça tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme à dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo.

A partir daí podemos ter claro um conceito de “Constituição Econômica”²⁶:

Constituição econômica é o conjunto de preceitos jurídicos que, garantindo os elementos de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização da economia, constituindo uma determinada ordem econômica.

Também José Afonso da Silva²⁷ trata da “Constituição Econômica” que conceitua como a “[...] parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, ou seja, que dá forma ao sistema econômico.”

Canotilho define a Constituição Econômica, no sentido estrito, como o “[...] conjunto de disposições constitucionais - regras e princípios - que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia.”²⁸

²³ *Idem, ibidem*, p. 29.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 58.

²⁵ BERDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. Ob. cit., p. 30.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 31.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 765.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Ob. cit., p. 345.

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua a Constituição Econômica formal e materialmente:

A constituição econômica formal é o conjunto de normas, que incluídas na constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico.

[...] em sentido material, a constituição econômica abrange todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a constituição escrita.

As regras jurídicas, portanto, que integram a constituição material, caracterizam-se não pela forma e sim pelo conteúdo. Esse conteúdo, ou matéria, é o fundamental para a organização da economia.²⁹

Outra importante questão - e que foi abordada por Berdnarski e Azevedo³⁰ - diz respeito às “[...] diferentes correntes ideológicas apuradas na confecção do texto constitucional [...]”, as quais, ponderam eles, “[...] acomodam-se em fundamentos e princípios aparentemente contraditórios.”

Com efeito e como já ponderamos, isso se verifica na Constituição de 1988, v.g., ao dispor em seu artigo 1º, inciso IV, *in verbis*:

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

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assim, o desenvolvimento econômico deve, necessariamente, caminhar ao lado do desenvolvimento social, buscando sempre garantir empregos propiciadores de cidadania, especialmente aos mais pobres.³¹

Nesse sentido, JOHN RAWLS³²:

A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.

O Ministro Eros Roberto Grau, que também trata das expressões “ordem econômica” e “Constituição Econômica”, como também já tratamos neste estudo, afirma que o importante não são as regras, mas como as mesmas podem alterar a realidade³³:

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*, p. 6/7.

³⁰ BERDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. Ob. cit., p. 32.

³¹ José Murilo de Carvalho aceitando a concepção clássica de Thomas H. Marshall acerca de três dimensões para a cidadania, correspondentes aos direitos civis, políticos e sociais, assevera que, no Brasil, estes últimos vieram antes dos direitos políticos, nos anos 30-45, com a legislação protetiva do trabalho. *In: Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 110/126.

³² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8.

³³ GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 66/67.

[...] em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é um conceito do mundo do ser, portanto): o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

em um segundo sentido, ordem econômica é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; em um terceiro sentido, ordem econômica significa ordem jurídica da economia.

E conclui:

Pretendo, neste ensaio, construir uma contribuição para a crítica do tratamento normativo conferido, no nível constitucional - no nível de uma Constituição dirigente -, às relações econômicas travadas no bojo de uma determinada economia. Crítica de um determinado direito, note-se, visto que não há que falar do direito, senão dos direitos. Nada impede que o faça, de modo proficiente, ainda que no texto empregando a expressão ordem econômica, desde que, porém, restem bem vinculadas as precisões que procurei estabelecer. Apenas na medida em que isso resulte devidamente enfatizado - e creio ter restado - o uso da expressão será tocado por um mínimo de prestabilidade, que não deixa de ser econômica: ordem econômica (mundo do dever-ser) em lugar de conjunto de normas, da Constituição dirigente, voltado à conformação da ordem econômica (mundo do ser).

Feitas essas considerações, passaremos a tratar da “ordem econômica” nas Constituições brasileiras, relacionando-a, historicamente, com a questão social.

CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DE 1824

André Ramos Tavares³⁴ traz as principais características da Constituição Imperial, afirmando que a mesma se baseou na Constituição Francesa de 1814.

Acrescenta que ela garantiu, em seu artigo 179, o direito de propriedade em toda a sua plenitude. “Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela.”

A Norma Constitucional priorizou também a liberdade de iniciativa e de concorrência e aboliu as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres.

Nesse particular, cita Pimenta Bueno: “[...] as corporações não serviam senão para disputar privilégios, monopólios, para atender direitos e extorsões.”

³⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

O Professor Washington Albino Peluso de Souza³⁵ pondera que a Constituição Imperial segue ideologia liberal, o que já vinha sendo obedecido no Brasil, a partir da abertura dos portos ao comércio mundial e refletindo a orientação inglesa nessa direção.

Afirma também o i. Professor mineiro que o poder econômico refletia-se no poder político, com a exclusão do direito de votar daqueles que não tivessem renda líquida anual mínima de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, nas eleições primárias. Para deputados, senadores e membros dos Conselhos de Província exigiam-se duzentos mil réis.

CONSTITUIÇÃO DE 1891

Acerca da Constituição de 1891, Ana Paula Oriola Raeffray³⁶ afirma que, no plano financeiro, a grave situação que vinha dos tempos da Monarquia tornou-se dramática, herdando o governo republicano uma dívida externa colossal, agravada pelo *deficit* público, visto que o governo gastava muito mais do que arrecadava.

A autora pondera que as colheitas de café ampliaram a oferta do produto no mercado internacional, provocando queda dos preços e redução no ingresso de divisas estrangeiras, especialmente da libra inglesa.

Acrescenta que o crescimento industrial foi moderado e que o Estado não estava voltado para a indústria, mas para os interesses agroexportadores.

E, conclui ela: a estrutura econômica voltava-se para o favorecimento de poucos.

André Ramos Tavares³⁷, citando o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conclui que foi somente a Constituição de 1891, em seu artigo 72, § 8º, que previu a liberdade de associação, assim entendida por Carlos Maximiliano, continua Tavares, como aquela que têm as pessoas de pôr em comum bens, direitos ou valores, o seu trabalho, a sua atividade, os seus conhecimentos, forças individuais quaisquer para um fim desinteressado ou não intelectual, moral, caridoso, econômico, artístico ou recreativo.

No mesmo sentido, pondera que as medidas iniciais indiciárias do intervencionismo ocorrem por conta do café e dos conhecidos privilégios estatais que o setor obteve.

Conclui que, mesmo numa Constituição liberal, pode haver exemplos de intervenção e cita o artigo 34, n. 5, que atribuiu ao Congresso competência para “[...] legislar sobre o comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas pelo bem público e sobre o alfandegamento de portes e criação ou supressão de entrepostos.”

Por fim, vale acrescentar o que ensina Washington Peluso Albino de Souza³⁸, no sentido de que a Constituição de 1891 consagrava o regime republicano federativo e captava os elementos tradicionais da ideologia liberal, no tocante à Constituição Econômica.

³⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Ob. cit., p. 211/212.

³⁶ RAEFRAY, Ana Paula Oriola. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 147.

³⁷ TAVARES, André Ramos. Ob. cit., p. 109/111.

³⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Ob. cit.

As minas pertenciam aos proprietários do solo, o que se alterou posteriormente pela Emenda de 03 de setembro de 1926.

CONSTITUIÇÃO DE 1934

O Professor Washington Albino³⁹ trata do período que vai de 1930 a 1934 como um período em que surgiram as legislações sobre juros, a estatização por meio de institutos que concentravam a atividade econômica em regulamentos e condicionavam a sua prática à política econômica que ainda perdura e só começa a se esmaecer na medida em que as novas ondas liberalizantes mais acentuadas tomam força.

Gilberto Bercovici⁴⁰ explica o contexto social após a Revolução de 1930, acrescentando que:

[...] o Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930 é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos, os setores mais privilegiados. Entretanto, apesar das contradições e limitações estruturais, é um Estado que pode terminar o projeto de formação nacional, ultrapassando a barreira do subdesenvolvimento.

Sobre as matérias que passam a integrar os textos constitucionais no pós-primeira guerra, o i. Professor paulista⁴¹ afirma que:

[...] as Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, a família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social” que estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 213/215.

⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 30.

E acrescenta que, a partir de Weimar e da Constituição do México de 1917, a principal característica das Constituições do século XX “[...] passa a ser o seu caráter diretivo ou programático, que incorpora conteúdos de política econômica e social”, aspecto já abordado por nós neste artigo:

Seguindo o exemplo da Constituição de Weimar, uma das grandes inovações da nossa Constituição de 1934 foi, justamente, a inclusão de um capítulo referente à ordem econômica e social (Título IV, artigos 115 a 140), que tinha por fundamento a determinação de que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional.⁴²

Cita Washington Albino para acrescentar que a Constituição de 1934 foi a primeira Constituição Econômica programática do Brasil.

E, por fim, destaca⁴³ que ela “[...] inaugurou entre nós a mudança da concepção de propriedade em seu artigo 113, 17, que previa a utilização da propriedade de acordo com o interesse social, a função social da propriedade.”

Ana Paula Oriola de Raefray⁴⁴ acrescenta ainda que, após a Revolução de 1930 liderada por Getúlio Vargas, explodiu no Estado de São Paulo a Guerra Civil Constitucionalista de 1932, e que exigia do governo revolucionário o cumprimento das promessas outrora feitas no sentido de serem convocadas eleições para compor uma Assembleia Nacional Constituinte e eleger um novo Presidente da República.

Afirma também que, muito embora São Paulo tenha perdido a guerra, o país ganhou uma Constituinte e o então chefe de governo, Getúlio Vargas, mediante o Decreto n. 21.402, de 14 de maio de 1932, atribuiu a uma comissão, que ficou conhecida como a Subcomissão do Itamaraty, a incumbência de elaborar o anteprojeto de uma nova Constituição para o país, seguindo, já em seu nascedouro, os passos das Constituições anteriores.

Também em 1932 as mulheres passaram a ter direito de votar e de serem votadas.

Pondera a mesma autora que em 15 de julho de 1934, pelo voto indireto da Assembleia Nacional Constituinte, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República, devendo exercer o mandato até 3 de maio de 1938.

Finaliza, no sentido de que três títulos inexistentes nas Constituições anteriores tratavam da ordem econômica e social; da família, educação e cultura e da segurança nacional. Os dispositivos de caráter social asseguravam a pluralidade e a autonomia dos sindicatos dispondo também sobre a legislação trabalhista.

A legislação trabalhista deveria prever, no mínimo, a proibição de diferenças de salários para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo, regulamentação do trabalho das mulheres e dos menores, descanso semanal, férias remuneradas e indenização na despedida sem justa causa.

⁴² BERCOVICI, Gilberto. Ob.cit., p. 30/32.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 34.

⁴⁴ RAEFRAY, Ana Paula Oriola de. Ob. cit., p. 163/167.

André Ramos Tavares⁴⁵ afirma que o Estado que se formava interventor foi impulsionado basicamente por 3 fatores, a saber, depressão mundial que atingiu a economia cafeeira, o parâmetro mundial de intervenção, com o fascismo, o nazismo e o comunismo, uma demanda social por intervenção pelo fim do modelo clássico liberal.

Cita o Artigo 115 da Constituição de 1934:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Acrescenta que a Constituição reconheceu os direitos dos trabalhadores sem abandonar a iniciativa privada como princípio, não sendo possível, nesses termos, negar-lhe o cunho liberal.

CONSTITUIÇÃO DE 1937

Como ensina Gilberto Bercovici⁴⁶, a Constituição de 1937 foi

[...] apelidada de “A Polaca”, pois a Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 recebeu forte influência das Constituições autoritárias da Polônia, de 1935, e do Estado Novo português, de 1933.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares⁴⁷:

Vargas apresentou, em 10.12.37, uma nova Carta. Sua imposição autoritária, em termos semelhantes à da Polônia, que ocorrera em 1935, outorgada pelo Marechal Pilsudsky, levou a uma inevitável comparação, passando a ser denominada “Constituição Polaca”.

Citando Pontes de Miranda, afirma que “A Constituição de 1937 foi solapada, logo depois, pelos seus próprios autores. Não se realizou; não foi respeitada, quase toda, nem, sequer, existiu.”

Segundo o autor supra, seu artigo 178 dissolveu o Poder Legislativo em todas as esferas governamentais no Brasil e previa que o Presidente da República convocaria eleições depois de realizado o plebiscito revisto no artigo 187. Enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional, o Presidente da República poderia expedir decretos-lei. A Carta, conforme artigo 187, deveria ser submetida a um plebiscito para que a população se manifestasse sobre sua adoção ou não.

O plebiscito não foi convocado.

Francisco Campos, Ministro da Justiça e defensor do regime autoritário que se instalou é citado por Gilberto Bercovici - “O régimen político das massas é o da ditadura [...] Não há hoje um povo que não clame por um César.”

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Ob. cit., p. 112/115.

⁴⁶ BERCOVICI, Gilberto. Ob. cit., p. 40/42.

⁴⁷ TAVARES, André Ramos de. Ob. cit., p. 116.

Cita também, no mesmo texto, Oliveira Viana, *in verbis*:

Só o Estado centralizado politicamente, detentor da “técnica autoritária”, poderia garantir as liberdades civis no Brasil, como primeiro passo para a futura garantia das liberdades políticas e a implantação de um regime democrático que respeitasse as tradições e costumes peculiares no Brasil. Esse regime seria o Estado Novo.

Ana Paula Oriola de Raefray⁴⁸, sobre a Constituição de 1937, afirma que o “[...] Estado Novo foi implantado de forma autoritária. O movimento popular e os comunistas tinham sido neutralizados, sendo que a classe dominante aceitava o golpe como benefício para a sociedade.”

CONSTITUIÇÃO DE 1946

O contexto histórico antecedente à promulgação da Constituição Federal de 1946 era a queda do governo Getúlio Vargas, iniciando-se a partir daí um processo de redemocratização com a Constituição Federal de 1946, promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946 previa mandato presidencial de 05 anos, ampla autonomia político-administrativa para Estados e Municípios, restabelecendo os direitos individuais, alguns dos quais foram desprezados no período getulista, pós-golpe.

A ordem econômica deveria ser organizada segundo os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

O Texto Constitucional de 1946 revelava que a ordem econômica nele prevista assentava-se numa economia capitalista de mercado, de inspiração liberal, mas com conotação também social, decorrente da influência da democracia social weimariana, ou seja, a inspiração social da democracia cristã, numa tentativa de conciliar a iniciativa estatal, direitos individuais e fundamentais.

A Constituição de 1946 continuava a garantir a defesa da propriedade privada e do latifúndio (ideal liberal), mas também assegurava o direito de greve e de livre associação sindical.

Contudo, em que pese a sua tentativa de conciliação liberal-social da ordem econômica e social, o Texto Constitucional de 1946 ainda apresentava resquícios do autoritarismo estatal (intervenção dos Estados nas relações de emprego) e medidas tipicamente liberais (favorecimento ao empresariado), em detrimento dos direitos sociais.

Enquanto o Decreto-lei n. 9.070/46 regulamentava o direito de greve, a definição das atividades excluídas do direito de paralisação - “atividades essenciais” - abrangia quase todos os ramos de atividade, evidenciando-se o esvaziamento do direito assegurado constitucionalmente.⁴⁹

Em síntese, a ordem econômica e social da Constituição de 1946 indicava a subordinação do exercício dos direitos individuais ao interesse coletivo; a liberdade econômica não era o objetivo primordial do Estado; mas sim a ordem nacional e a ordem social.

⁴⁸ RAEFRAY, Ana Paula Oriola de. Ob. cit., p. 176.

⁴⁹ RAEFRAY, Ana Paula Oriola de. Ob. cit., p. 197.

CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967 surge na transição do governo Castelo Branco para o governo Costa e Silva, no ápice do militarismo - autoritarismo e arbítrio político.

Foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, com o Congresso Nacional praticamente mutilado por várias cassações.

A grande preocupação do militarismo com os assuntos de segurança nacional e a edição de vários atos aniquilando direitos civis e políticos representavam o reflexo da conjuntura mundial da “Guerra Fria” no Brasil. A ordem era: combate aos inimigos internos de esquerda.

A ordem econômica da Constituição de 1967 pouco acrescentou ao Texto Constitucional que lhe antecedeu. Não delineou uma ordem econômica explícita e de contornos precisos. Os planos regionais de desenvolvimento dos Estados passaram a ser da competência da União, restringindo a autonomia dos Estados. O Presidente poderia expedir decretos-lei sobre segurança nacional e assuntos financeiros sem submetê-los previamente ao Congresso, evidenciando o forte intervencionismo e dirigismo do Estado sobre a economia financeira. A exploração econômica foi atribuída preferencialmente ao setor empresarial privado e, somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizaria e exploraria diretamente atividade econômica.

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1 - 1969

A Emenda Constitucional n. 1/69 alterou de tal forma a Constituição de 1967 que passou a ser chamada de Constituição de 1969.

A ordem econômica prevista revelava uma realidade intervencionista, estatizante e planificadora, embora o Texto Constitucional fosse de tessitura neoliberal, conceito já explorado por nós neste artigo.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 - A ORDEM ECONÔMICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

Com o difícil mister de fortalecer a tênue democracia brasileira, após o encerramento do período golpista anterior, a nova Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988.

O artigo 1º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, por nós já citado, determina que a República Federativa do Brasil constituiu-se num Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos:

[...]

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A Constituição Federal de 1988 enfatizou, a exemplo do art. 2º da Constituição da República portuguesa, o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito. A ordem jurídica que rege o Estado brasileiro não é qualquer lei, mas sim a lei elaborada segundo os ditames de uma democracia representativa, importando em grande avanço democrático em relação às Constituições brasileiras que lhe antecederam, muitas delas marcadas, notadamente, por resquícios do absolutismo monárquico (Constituição de 1824) e de regimes autoritários.

Os aspectos fundamentais do Estado de Direito de cunho liberal eram divisão dos Estados em Monarquias e Repúblicas; adoção do constitucionalismo como técnica de limitação do poder político; reconhecimento da existência de direitos do homem anteriores e superiores ao Estado; adoção da soberania nacional com a plenitude do conceito de Estado-Nação; instituição dos sistemas de governo representativo, dos partidos políticos e do parlamentarismo; subordinação do Estado ao Direito e à legalidade e à concretização do ideal liberal do liberalismo econômico.

Ao tratarmos da evolução dos direitos fundamentais, abordamos esse tema. Contudo, entendemos pertinente enfatizarmos, uma vez mais, tais questões.

As bases do Estado de Direito deram impulso às concepções da superioridade formal da Constituição; limitando o agir do Estado à organização constitucional e às diretrizes referentes aos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos.

A necessidade de serem impostos limites ao Poder do Soberano diante do Parlamento e também em favor das liberdades individuais, progressivamente consideradas como invioláveis ao próprio legislador, encontra guarida no regime constitucional da Inglaterra, antecipando na prática os ideais do Estado de Direito.

A tradição jurídica anglo-saxônica chama de *rule of law* (domínio da lei) a supremacia do direito consuetudinário e do Parlamento, mediante a garantia de proibição do exercício arbitrário do poder, a exigência de normas públicas claras e consistentes, elaboradas segundo o processo ordinário em contraposição ao poder arbitrário do Rei.

A Constituição norte-americana é outro marco decisivo na elaboração do conceito de *rule of law*. Os revolucionários americanos não apenas afirmaram o valor normativo superior do Texto Constitucional (*higher law*), instituindo assim a própria concepção de um Estado Constitucional democrático, como também consignaram as propriedades procedimentais e substanciais que caracterizam o “domínio da lei”.

A concretização de um Estado de Direito buscou uma estrutura do Estado assentada nos ideais da democracia, da ampla representação participativa e das diretrizes da Constituição. Surge, portanto, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, cujo pressuposto é estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito. O Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo:

Tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de direito. Tal como só existe um Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas (Grifamos).⁵⁰

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 231.

Dessa forma, a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático e Social de Direito, através do estabelecimento de mecanismos de limitação do poder político e estatal, composta de elementos que garantem as liberdades públicas, os direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e a livre iniciativa:

[...] só é possível assegurar a liberdade dos homens quando há um mínimo de regras estabelecidas livremente pelo conjunto de membros da sociedade e, em torno das quais, todos aceitam conviver. Essas regras devem conter o princípio segundo o qual, ao mesmo tempo em que se define como as decisões políticas são tomadas e se estabelece quem é que pode tomar decisões em nome de todos, fixa-se também as condições para que essas mesmas regras possam ser modificadas pela maioria, quando ela desejar.⁵¹

E é nesse Estado Democrático e Social de Direito que se assenta a organização da economia por meio da Constituição, não podendo mais se admitir uma desvinculação entre direitos políticos, sociais e econômicos da forma de organização do Estado Democrático de Direito.

O conceito de Constituição Econômica, por nós já tratado no início deste estudo, é fundamental neste tópico, na medida em que se refere a uma abrangência de todas as normas constitucionais que digam respeito à economia, assim como todas as demais normas recepcionadas pelo Texto Constitucional e que, de forma não colidente, tratem da organização econômico-política do Estado.

Todas as Constituições brasileiras, a partir da Constituição de 1934, podem ser consideradas Constituições formalmente econômicas, pois todas cuidaram das questões referentes à economia em títulos próprios.

A Constituição Econômica, como já ponderamos, caracteriza-se por estabelecer os fundamentos da ordem econômica, dando especificidade ao princípio ideológico do Estado em relação à economia, com a finalidade do estabelecimento de uma ordem econômica e o tipo de economia que ela regerá.

Ao estabelecer um título próprio, dividido em capítulos, elencando os princípios que regerão as relações econômicas entre Estado, sociedade e iniciativa privada, a Constituição estabelece a ordem econômica que pautará o agir dessas relações econômicas.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição formalmente econômica, estabelecendo, através de uma ordem econômica e financeira, o conteúdo ideológico e formal da economia brasileira, fixando os princípios da economia nacional, atuação da iniciativa privada e pública, as formas de ação do Estado em relação às atividades setoriais essenciais e em relação à intervenção no domínio privado.

A ordem econômica da Constituição Federal de 1988, iniciada pelo art. 170, é estabelecida consoante os seguintes princípios:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁵¹ MOISÉS, José Álvaro. *O que é democracia*. São Paulo: BEAC/USP, 1988, p. 67.

- I - soberania nacional;
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade;
 - IV - livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII - busca do pleno emprego;
 - IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
- Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Do ponto de vista ideológico, a Constituição Federal abarcou o ideal social de democracia e o ideal capitalista de direção da economia, tendo em vista que os princípios do artigo 170 devem ser interpretados em consonância com os demais princípios norteadores da Constituição Federal, tais como os elencados nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º.

Dessa forma, a ordem econômica e financeira da Constituição de 1988, além dos princípios do artigo 170 deve pautar-se em correspondência com o Estado Democrático e Social de Direito, com a soberania nacional, com a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho e a livre iniciativa, numa forma de composição do Estado, da sociedade e da economia apta a atender às necessidades sociais da cidadania e às necessidades próprias do sistema capitalista.

Analisemos os princípios norteadores da ordem econômica previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

A soberania nacional (art. 170, inciso I) já se encontrava prevista como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art.1º, inciso I) e sua inserção no capítulo próprio da ordem econômica indica que o Estado brasileiro estabeleceu a formação de um capitalismo nacional autônomo, mediante a independência econômica do Brasil em relação aos Estados estrangeiros.

Ao garantir a proteção à propriedade privada (art. 170, inciso II), a Constituição Federal repete a fórmula das Constituições brasileiras que lhe antecederam, consagrando um dos fundamentos primordiais da origem do capitalismo, verdadeiro alicerce do sistema econômico que se funda na iniciativa privada.

Ao erigir a função social da propriedade (art. 170, inciso III) como princípio com idêntico tratamento normativo da propriedade privada, a CF retirou o caráter absoluto da propriedade particular, condicionando-o a uma função social, cujos parâmetros encontram-se nos arts. 182, § 2º e 183 da CF (usucapião constitucional).

A livre concorrência (art. 170, inciso IV) é pela primeira vez prevista de forma expressa como princípio norteador da atividade econômica, pressupondo o exercício legal da atividade comercial, a fim de impedir a formação de cartéis, monopólios e oligopólios, mediante a garantia instituída no § 4º do art.173 da CF, observados, portanto, os limites impostos pela lei ordinária.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (Grifamos)

A defesa do consumidor (art. 170, inciso V) e do meio ambiente (art. 170, inciso VI) revelam a preocupação do legislador constitucional com questões que envolvem os interesses diretos da cidadania, mediante a preservação de instrumentos de defesa da população em face da exploração econômica e preservação do meio ambiente, envolvendo uma nova dinâmica constitucional de defesa de interesses da cidadania coligados aos interesses da exploração econômica.

A redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, inciso VII) é também objetivo fundamental da ordem constitucional, mediante adoção de medidas públicas (planejamento) e incentivos à atividade privada que garantam o incremento da economia como finalidade de redução de desigualdades, conforme mecanismos previstos no art. 43 e § 1º do art.165 da Constituição Federal:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. (Grifamos)

A busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII), embora por muitos considerada como um princípio inatingível no Estado brasileiro, deve ser entendida como uma limitação ao Estado na adoção de políticas econômicas recessivas, que venham de alguma forma limitar o acesso da população ao emprego e não como uma garantia incondicional de que todos os brasileiros deverão ter um emprego.

Obviamente que os princípios norteadores da ordem econômica constitucional demandam não só as práticas adotadas pela economia de mercado e pela livre iniciativa, mas também uma intervenção do Estado como agente disciplinador da economia.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Grifamos)

A diretriz do artigo 174 reflete a tendência de redução do intervencionismo econômico do Estado, no âmbito da atividade econômica destinada à iniciativa privada, o que culminou com onda privatizante das empresas públicas nos anos 90.⁵²

A intervenção estatal direta é prevista no art. 173, § 4º, para coibir o abuso do poder econômico, para garantia da livre concorrência e como forma de impedir o aumento arbitrário de lucros. Nesse particular, uma das formas de intervenção direta do Estado na economia se faz pelo CADE (Lei n. 4.137/62), órgão administrativo de repressão ao abuso de poder econômico pela supressão da livre concorrência, vinculado à Secretaria de Direito Econômico.

O Estado também intervém na ordem econômica mediante atividade empresarial subsidiária (artigo 173) e por meio de ações delimitadas de atuação na economia privada (segurança nacional e interesse coletivo).

Em razão da própria morosidade do processo legislativo e da necessidade urgente das medidas de recomposição da economia, cabe ao Estado a função de editar normas gerais, por vários instrumentos normativos que apresentem pronto reequilíbrio da conjuntura econômica. Exemplo disso é a edição de Medidas Provisórias em matéria de regulação da economia, tal como a recente edição da MP n. 443, de 21 de outubro de 2008, que, em resposta à crise financeira mundial, autorizou, em regime de urgência (art. 62 da CF), o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias integrais ou controladas, para cumprimento de seu objeto social e diante do interesse coletivo que impunha a intervenção estatal (artigo 173).

O Estado regulador é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação efetiva de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem contudo abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando (fiscalizando) a conduta privada, conforme já se pôde observar anteriormente.⁵³

Entretanto, o Estado - ainda que mantenha o papel normatizador e regulador da economia -, ao intervir na economia, encontra limites nos princípios e regras insculpidos na Constituição Federal.

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios - como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade.

Motivos de ordem pública ou razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a

⁵² Expressão encontrada em BORGES, Alice Gonzalez. *O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos. Nova dimensão - Direito administrativo - Repertório de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. Cerdônio Quadros (Org.). São Paulo: Editora NDJ, 1997, vol. 1.

⁵³ TAVARES, André Ramos. Ob. cit., p. 307.

inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.⁵⁴

No Brasil, como já mencionamos, nos anos 90, ocorreu uma onda privatizante⁵⁵ representada pela tendência globalizante (também já abordada neste texto, anteriormente) de redução da intervenção do Estado no âmbito econômico e a abertura de espaço às formas de parceria com a iniciativa privada (Parcerias Público-privadas), identificando-se três etapas nesse processo:

- 1) o Estado retira-se da atividade econômica, privatizando as empresas estatais que se encontravam em regime de competição de mercado com as empresas privadas;
- 2) privatização das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, sob regime híbrido, sujeito ao direito privado;
- 3) privatização dos serviços públicos.

E, na mesma tendência de redução da atuação do Estado na economia, fomentando a sua condição de agente regulador, segue-se a implementação de instrumentos regulatórios pelas agências autônomas tais como ANVISA, ANATEL, ANEEL, cujos pressupostos são a regulação das atividades em setores essenciais de interesse coletivo, mediante controle de agências dotadas de autonomia de gestão ligadas à regulação operacional e alcance de resultados.

Contudo, a mera “redução” do Estado sem o correspondente desenvolvimento de políticas públicas propiciadoras de melhores condições de vida não atende ao comando constitucional.

Essa “reforma pela metade”, se defendida nesses termos, importa em não ter-se atentado para as regras e princípios constitucionais ou não ter entendido o que eles veiculam, *c.m.v.*, na medida em que alterações de nomenclatura não têm o condão de inserir, automaticamente, um Estado no grupo dos países de capitalismo hegemônico, muitos deles muito mais intervencionistas e dirigentes do que se divulga midiaticamente, com o objetivo de justificativa à já mencionada onda privatizante.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici⁵⁶, citando Celso Furtado, a seguir:

Afinal, não podemos esquecer que o subdesenvolvimento, em suas raízes, é um fenômeno de dominação. O subdesenvolvimento é um processo histórico autônomo, não uma etapa pela qual, necessariamente, os países desenvolvidos passaram.

⁵⁴ AI 244.578/RS, Rel. Min. Celso de Mello. *Informativo n. 154* - STF.

⁵⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Ob.cit.

⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Democracia, inclusão social e igualdade* - Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI - <<http://www.conpedi.org/>>.

Segundo Celso Furtado, ele é a manifestação de complexas relações de dominação entre os povos e que tende a perpetuar-se. Deste modo, é fundamental ter consciência da dimensão política do subdesenvolvimento. O que houve nos países periféricos foi a modernização, sem nenhuma ruptura com as estruturas socioeconômicas, mantendo-se a reprodução do subdesenvolvimento. Não existe uma tendência à passagem automática da periferia para o centro do sistema econômico capitalista. Pelo contrário, a única tendência visível é a da continuidade do subdesenvolvimento dos países periféricos. Portanto, o esforço para superar o subdesenvolvimento requer um projeto político apoiado por vários setores sociais, pois trata-se da superação de um impasse histórico.

Para a superação do subdesenvolvimento é necessário um Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social. Portanto, a superação do subdesenvolvimento, assim como teve a proposta original de Heller do Estado Social de Direito, tem um nítido caráter emancipatório, de alteração profunda das estruturas socioeconômicas brasileiras.

Portanto, a partir deste debate entre Hermann Heller e Carl Schmitt, é possível afirmar que a garantia da existência digna por meio da homogeneização social está, também, diretamente vinculada à democracia. Afinal, com a falta de homogeneidade social, inúmeros setores da população já não mais se identificam na política e no Estado. A cidadania, assim, não se limita aos direitos de participação política, inclui, também, os direitos individuais e, fundamentalmente, os direitos sociais. A ideia de integração na sociedade é fundamental para a cidadania, o que não ocorre em países como o Brasil. A igualação das condições sociais de vida, assim, está intrinsecamente ligada à consolidação e ampliação da democracia, para não dizer que é essencial para sua legitimidade, permanência e futuro como forma política.

A partir desses pressupostos, passamos a outro aspecto importantíssimo de nosso estudo: o planejamento.

Representa ele outro aspecto de atuação indireta do Estado na economia e é o resquício de influência da economia planificada na Constituição Federal de 1988.

Como alerta Washington Peluso Albino de Souza, “[...] o Planejamento tem sido tratado constitucionalmente, no Brasil, de modo evasivo e disperso, apesar de sua importância e, de certo modo, até mesmo de sua prática, pelo menos em termos setoriais.”⁵⁷ A ressalva que se faz à dificuldade de implementação do planejamento é a própria condição do Brasil dividido em Estados-federados e uma gama infinita de Municípios com diversidades econômicas, regionais e sociais muito diferenciadas.

Art. 174 [...]

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

⁵⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Ob. cit., p. 125.

Segundo Américo Luís Martins, o planejamento consiste:

[...] no estudo e estabelecimento de diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental, através de um plano geral de governo, de programas globais, setoriais e regionais de duração plurianual, do orçamento-programa anual e da programação financeira de desembolso, que são seus instrumentos básicos.⁵⁸

O planejamento é determinante para o setor público na medida em que se destina a servir de base à implementação das políticas públicas e como elemento de metas e objetivos a serem buscados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações.

O Estado deve atingir fins coletivos através de sua atividade empresarial e para isso demanda metas e objetivos estratificados por meio do planejamento.

De qualquer modo, a atividade de planejamento também se insere numa função mais reguladora do que regulamentadora ou intervencionista do Estado, tanto é que o constituinte já previu, no âmbito municipal, o plano diretor municipal como instrumento básico de política de desenvolvimento urbano, de forma a regular as diretrizes do Município no seu planejamento urbano.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. (Grifamos)

Por fim, o artigo 175 da Constituição Federal estabeleceu as formas de permissão e concessão dos serviços públicos aos particulares, prevalecendo, mais uma vez, a regra de exercício pelo Estado de atividades típicas e essenciais, podendo, por meio de procedimento licitatório, efetuar a concessão e permissão de serviços públicos a particulares, como mais uma forma de ampliar e desenvolver a atividade econômica.

CONCLUSÕES

O Estado Democrático e Social de Direito permite, assim, a manutenção da ordem democrática, política e econômica, objetivando imprimir funcionalidade, organização e equilíbrio, a fim de que todas as práticas econômicas e sociais pautem-se nos ideais da democracia e nos direitos civis e políticos, ensejando novas prioridades e metas da Administração Pública quanto à forma de manifestação de uma ordem constitucional econômica.

⁵⁸ SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 135.

A regulação estatal da atividade empresarial constitui um dever constitucional ordinário, não devendo tal regulação ser tratada "como mera intervenção" - excepcional e temporária - do Estado no domínio econômico. Avulta, então, o grave problema de que, para ser formalmente válida e politicamente legítima, a ação estatal reguladora da vida econômica terá de obedecer aos objetivos e aos princípios fundamentais fixados na Constituição.⁵⁹

Assim, a partir da Ordem Constitucional de 1988, podemos esboçar que o modelo econômico brasileiro pauta-se nas seguintes características:

1. Modelo de organização econômica, política e social baseado num Estado de Direito Democrático e Social regido pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da soberania nacional, da representatividade popular, do pluralismo partidário, do valor do trabalho e da livre iniciativa empresarial.

2. A organização da CF de 1988, do ponto de vista ideológico e político, apresenta metas e compromissos de um Estado social, mas preservando uma economia de mercado pautada na livre concorrência e na livre iniciativa, sempre limitada pelo valor do trabalho.

3. O Estado brasileiro assume um caráter subsidiário de atuação direta no campo econômico, adstrito à legalidade, exercendo atividades típicas do Poder Público.

4. O Estado atua como agente regulador, normatizador e fiscalizador do domínio econômico, num jogo de equilíbrio de acordo com o ideal de liberdade de mercado, a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho.

5. Ao Estado incumbe um papel de planejamento, precipuamente no setor público, para diminuição de desigualdades sociais e regionais, desempenhando ainda um papel de *welfare state* no desenvolvimento de políticas públicas, promovendo as medidas necessárias para a inclusão social dos cidadãos, inclusão esta que se faz, principalmente, através da relação de emprego.

Não há como se dissociar a atividade humana da atividade econômica, estando ambas vinculadas a um sentido de conduta ditado pelo Estado Democrático e Social de Direito, notadamente pela Constituição, entendida esta como um elemento agregador de todo o agir do Estado, da sua intervenção como garantidor dos direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e, portanto, da sua atividade como agente regulador da economia.

É através dos instrumentos de democracia e representatividade que se garante a legitimidade ao Estado na intervenção que se fizer necessária na atividade econômica como forma de preservação da legalidade, dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, sempre em busca do equilíbrio entre os valores do trabalho e da livre iniciativa.

⁵⁹ GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Pluralismo organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 22.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Democracia, inclusão social e igualdade* - Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI - <<http://www.conpedi.org/>>.
- _____. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Coord. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25/61.
- BERDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. O sistema econômico na Constituição de 1988. In *Direito constitucional econômico* - uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988. 1. ed., Coord. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. São Paulo: Minha Editora, CEPES, Centro de Estudos Políticos e Sociais, Manole, p. 27/30.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional*. Malheiros Editores, 1999.
- BORGES, Alice Gonzalez. *O ressurgimento das concessões de serviços públicos e a eclosão de novas formas de contratos administrativos*. Nova dimensão - *Direito administrativo - Repertório de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. Cerdônio Quadros (Org.). São Paulo: Editora NDJ, 1997, vol. 1.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 9. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Pluralismo organizado. Uma nova visão do direito econômico*. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MOISÉS, José Álvaro. *O que é democracia*. São Paulo: BEAC/USP, 1988.
- PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. A judicialidade dos direitos sociais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 78, p. 45/63, 2009.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAEFRAY, Ana Paula Oriola. *Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a*

Constituição Federal de 1988. In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico.* São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Teoria da constituição econômica.* Minas Gerais: Del Rey, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: Editora Método, 2003.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

ATA DE AUDIÊNCIA RELATIVA AO PROCESSO DE NÚMERO 814/99

Aos vinte e sete dias do mês de setembro do ano de 1999, às 17h50min, reuniu-se a Eg. Junta de Conciliação e Julgamento de Itajubá-MG, em sua sede, e sob a Presidência do MM. Juiz do trabalho, Dr. FREDERICO LEOPOLDO PEREIRA, presentes os Senhores JOAQUIM ANTÔNIO DA COSTA, Juiz Classista representante dos empregadores, e EURICO VAZ PINTO, Juiz Classista representante dos empregados, para julgamento da ação ajuizada por JANAÍNA LETÍCIA BATISTA DE SOUZA em face de ARLETE DE ANDRADE CORSINO (“ARLETE’S BOITE”).

Aberta a audiência, foram, de ordem do MM. Juiz Presidente, apregoadas as partes, ausentes.

A seguir foi proposta a solução do litígio e, colhidos os votos dos Srs. Juízes Classistas, passou a Junta a proferir a seguinte decisão:

1 - RELATÓRIO

JANAÍNA LETÍCIA BATISTA DE SOUZA aforou ação trabalhista em desfavor de ARLETE DE ANDRADE CORSINO (“ARLETE’S BOITE”), em síntese aduzindo ter trabalhado para a reclamada entre maio de 1998 e setembro do mesmo ano, prestando serviços em auxílio à gerência, mediante retribuição diária de cinco por cento do faturamento, o que somava, ao final, a média mensal de R\$1.000,00; trabalhava diariamente, inclusive aos sábados, domingos e feriados, entre as 20h e as 5h, sem intervalo; a carteira profissional não foi anotada; requer a exibição incidental de documentos (notas de despesas dos clientes), para comprovação do salário; descreve as atividades diárias e diz que, não obstante o *nomen juris* de “auxiliar de gerência”, não detinha ela quaisquer poderes de mando ou gestão, estando subordinada à ré; além dos salários declinados, a reclamada fornecia à reclamante alimentação e moradia; quando de seu despedimento, a reclamante estava no terceiro mês gestacional, encontrando-se, portanto, amparada por estabilidade precária da gestante; não lhe eram pagos horas extras, adicional noturno, nem lhe era retribuído em dobro o labor aos domingos e feriados; os dissabores decorrentes da fratura do pacto, inclusive desaguando em ocorrência policial, desautoraram a reintegração da reclamante; a omissão da anotação da carteira profissional frustrou a possibilidade de obtenção do seguro-desemprego; requer a satisfação dos pleitos de fl. 06, atribuindo à causa o valor de R\$3.000,00 e juntando documentos às fls. 09/16.

A demandada contestou, na forma da peça de fls. 22/32, em resumo, alegando não ter havido entre as partes vínculo de emprego, desconhecendo ela

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

própria as datas precisas de admissão e dispensa, além do que a gravidez da reclamante jamais fora comunicada à ré; traz à colação arestos, impugnando cada pleito da inicial por inexistência do liame empregatício e ainda a jornada de trabalho trazida com a proemial, negando ainda a concessão de moradia e alimentação, sustentando ainda pagar aos seus empregados a soma mensal de R\$165,00, jamais o indicado na peça vestibular. Requer a improcedência, trazendo ao bojo do processado a documentação de fl. 33.

Recusada a primeira proposta de conciliação.

Impugnação pelo polo ativo às fls. 35/39.

Na audiência em prosseguimento, conforme registros da ata de fls. 42/45, foram colhidos os depoimentos da reclamada, de dois informantes trazidos pela reclamante e de uma testemunha trazida pela reclamada.

Não havendo mais provas, foi encerrada a instrução, com razões finais orais pela reclamante, memorial pela reclamada e sem que se atingisse a conciliação.

Conciliação impossível.

É o relatório, em apertada síntese.

2 - FUNDAMENTOS

Trata-se, inicialmente, de examinar se entre as partes vigorara relação de emprego, tendo em vista a negativa do vínculo pela ré.

A reclamante alegou, na exordial, a prestação de serviços vários, como servir fregueses, limpar o salão, lavar pátio e piscina, trabalhos ligados à cozinha e quejandos.

A prova falada desvelou uma triste realidade: segundo a informante trazida pela reclamante (CÁSSIA CRISTINA DE OLIVEIRA SOUTO - fls. 43/44) e a própria testemunha da reclamada (VERA MARIA DE PAULA - fl. 44), a reclamante era “garota de programa”, eufemismo com o qual se alcunhou a atividade de meretrício.

Não obstante, em casos tais, a comodidade nos convida a buscar refúgio na singela declaração de ilicitude do vínculo, o drama humano e social que desfila ante os olhos do Juízo exige o aprofundamento do exame da *vexata quaestio*, a fim de que não se perpetue a apática convivência da sociedade diante do tema, como brilhantemente pontuado por consagrada poetisa goiana:

MULHER DA VIDA

Contribuição para o Ano Internacional da Mulher, 1975.

Mulher da Vida,
Minha irmã.

De todos os tempos.

De todos os povos.

De todas as latitudes.

Ela vem do fundo imemorial das idades
e carrega a carga pesada
dos mais torpes sinônimos,

apelidos e apodos:

Mulher de zona,
Mulher da rua,
Mulher perdida,
Mulher à-toa.

Mulher da Vida,
Minha irmã.

Pisadas, espezinhadas, ameaçadas.
Desprotegidas e exploradas.
Ignoradas da Lei, da Justiça e do Direito.

Necessárias fisiologicamente.
Indestrutíveis.
Sobreviventes.
Possuídas e infamadas sempre
por aqueles que um dia
as lançaram na vida.
Marcadas. Contaminadas.
Escorchadas. Discriminadas.
Nenhum direito lhes assiste.
Nenhum estatuto ou norma as protege.
Sobrevivem como a erva cativa
dos caminhos,
pisadas, maltratadas e renascidas.

Flor sombria, sementeira espinhal
gerada nos viveiros da miséria,
da pobreza e do abandono,
enraizada em todos os quadrantes
da Terra.

Um dia, numa cidade longínqua, essa
mulher corria perseguida pelos homens
que a tinham maculado. Aflita, ouvindo
o tropel dos perseguidores e o sibilo
das pedras,
ela encontrou-se com a Justiça.

A Justiça estendeu sua destra poderosa
e lançou o repto milenar:
“Aquele que estiver sem pecado
atire a primeira pedra.”

As pedras caíram
e os cobradores deram as costas.

O Justo falou então a palavra
da equidade:
"Ninguém te condenou, mulher... nem
eu te condeno."

A Justiça pesou a falta pelo peso
do sacrifício e este excedeu àquela.
Vilipendiada, esmagada.
Possuída e enxovalhada,
ela é a muralha que há milênios
detém as urgências brutais do homem
para que na sociedade
possam coexistir a inocência,
a castidade e a virtude.

Na fragilidade de sua carne maculada
esbarra a exigência impiedosa do macho.

Sem cobertura de leis
e sem proteção legal,
ela atravessa a vida ultrajada
e imprescindível, pisoteada, explorada,
nem a sociedade a dispensa
nem lhe reconhece direitos
nem lhe dá proteção.
E quem já alcançou o ideal dessa mulher,
que um homem a tome pela mão,
a levante, e diga: minha companheira.

Mulher da Vida,
Minha irmã.

No fim dos tempos.
No dia da Grande Justiça
do Grande Juiz.
Serás remida e lavada
de toda condenação.

E o juiz da Grande Justiça
a vestirá de branco
em novo batismo de purificação.
Limpará as máculas de sua vida
humilhada e sacrificada
para que a Família Humana
possa subsistir sempre,
estrutura sólida e indestrutível
da sociedade,

de todos os povos,
de todos os tempos.

Mulher da Vida,
Minha irmã.

Declarou-lhes Jesus: “Em verdade vos digo que publicanos e meretrizes vos precedem no Reino de Deus.”
Evangelho de São Mateus, 21, vers. 31.

(in CORALINA, Cora. *Poemas dos Becos de Goiás e Estórias Mais*. Círculo do Livro, Rio de Janeiro, 1987, páginas 149 a 151).

É de conhecimento notório (artigo 334, I, do Código de Processo Civil e artigo 769, da CLT) o expediente utilizado pelos “*câftens*” de encobrir sob falso manto de legalidade a sua atividade injurídica e até criminosa (artigos 229 e 230, do *Codex Punitivo*), com instalação de boates, casas noturnas, “*dancings*”, “casa de massagens”, etc.

No caso vertente, a ré se vale de uma atividade legal, pois é proprietária de uma “boate”, estando inclusive cadastrada no Fisco, como se vê na inscrição no CGC de fl. 33.

Nada há de reprovável no estabelecimento daquela modalidade de negócio, embora nas sombras se oculte o seu fim ilegal.

É de se notar que as infelizes que, como a reclamante, veem-se tragadas pelo vórtice da dita “vida fácil” passam a integrar o elenco da “casa” em condições de aparente legalidade, como garçonetes, bailarinas, “*hostess*” e congêneres.

Assim, vale-se o rufião dos instrumentos de uma atividade legal para o exercício, às escondidas, de um fim reprovável.

Aquele que busca trabalho procura um meio de sobrevivência, vale dizer, encontra-se em “estado de necessidade”, como professorado pelo Professor e emérito Magistrado MÁRCIO TÚLIO VIANA, aceitando, na aflição de sua carência, quaisquer imposições que lhe permitam saciar a fome.

Ao se permitir contratar pelo lupanar, portanto, fá-lo a mulher aderindo a uma atividade lícita, mas sabendo que lhe será imposto, como *conditio sine qua non* de sua permanência no local, o sacrifício dos escrúpulos, da auto-estima, o viver do tormento de vencer a repugnância natural a qualquer ser humano de abrir as sagradas portas de sua intimidade não em favor de elevado sentimento afetivo, mas em socorro da concupiscência alheia.

No feliz magistério de ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira, in *Aspectos e evolução da Teoria dos Contratos*, Saraiva, São Paulo, 1949, páginas 117 e seguintes, encontra-se o norte da aplicação mais justa da lei ao caso ora *sub studio*, de vez que:

[...] A lei não contém todo o direito. O legislador, formulando textos rígidos e universais, estabelece normas esquemáticas, sem a previsão exata dos atos e fatos particulares que, no futuro, cairão sob o seu domínio. Por isso mesmo, as disposições normativas nem sempre se mostram adequadas, especialmente em relação aos casos anormais.

*O juiz, diversamente, atua em face de acontecimentos consumados. Verifica, frequentemente, que as normas, em si mesmas, não bastam para dirimir os conflitos, variados e diferenciados, que, dia a dia, se submetem à sua decisão. Convence-se que os preceitos seriam diversos, se o legislador decidisse para cada caso, de posse do rico filão proporcionado à experiência judiciária. **Então sente que só fará justiça se puder tornar flexível o direito rígido, fornecido pela lei [...].** (com a grafia do original e nosso negrito)*

Acima de tudo, a lide *sub examine* clama pela aplicação da lei, através de seus multívocos instrumentos, à busca de solução justa e pacificadora das chagas abertas pelo conflito.

Afinal, cabe ao Juízo o manejo da lei de forma a “[...] atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (artigo quinto, da Lei de Introdução ao Código Civil)

Que nos oferta o caso concreto?

Já se observou, alhures, o aliciamento da reclamante ao meretrício, através de sua arregimentação como “empregada” do estabelecimento.

É fato denunciado pela prova falada (fls. 43/44) que a autora, efetivamente, intervinha nas atividades aceitáveis da casa noturna, servindo fregueses por detrás do balcão e ainda auxiliando no gerenciamento do estabelecimento.

Ditas atividades, lícitas, embora imbricadas com a prática da prostituição, compunham as condições ou cláusulas do pacto celebrado entre as partes.

Houve, pois, um *vinculum juris* entre a autora e a ré, marcado por cláusulas revestidas de legalidade e uma condição ilegal.

Nemo turpitudinem suam audire potest, diz venusto brocardo jurídico quirritário, sendo vedado à ré opor no feito a ilicitude de sua atividade como fato desconstitutivo de direitos da autora, não podendo ainda se socorrer da ilegalidade por ela mesma imposta como meio de se forrar à aplicação mais equilibrada da lei.

A melhor solução para o *casus belli* nos é ofertada, portanto, pelo criterioso manuseio do instrumento legal emergente do artigo 153, da Lei Civil (artigo oitavo, da CLT), onde se estabelece que “A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável [...]”.

E o estuário tracejado pela mais respeitável Doutrina não conduz a outro caminho.

POTHIER, citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva, *in* “Instituições de Direito Civil”, Forense, Rio de Janeiro, 1990, página 37, formulou quatorze notáveis regras de interpretação dos contratos, dentre as quais se destaca a décima terceira: “Interpreta-se a cláusula contra aquele contratante, em razão de cuja má-fé, ou culpa, ou obscuridade, ambiguidade ou outro vício se origina”.

Se a suplicante foi contratada pela requerida para a prestação de serviços na “boite”, dentre os quais a prática de meretrício, em sendo nula, por ilegal, a cláusula impositiva desta condição, não se pode negar validade aos aspectos lícitos do exercício da atividade da autora, sob pena de se favorecer quem vulnerou a lei e se valeu de forma torpe da necessidade alheia em detrimento de quem, em busca de subsistência, submeteu-se ao constrangimento de figurar como membro de tal submundo.

Transcendendo-se, portanto, a cláusula nula, ilegal, relativa ao exercício da prostituição, há que se declarar o vínculo de emprego, no que se refere ao aspecto da atividade da autora conformato à lei: auxiliar de gerência.

Fica, portanto, reconhecida a relação empregatícia havida entre as partes, vencida pelo acervo probatório a peremptória negativa da peça de resistência.

A autora não declinou na inicial as datas de admissão e despedimento, limitando-se a apontar os meses de maio e setembro de 1998 como marcos inicial e final do vínculo, sendo, portanto, mais razoável estabelecer-se como data de ingresso o derradeiro dia do primeiro mês de prestação de serviços, e como data do desligamento o primeiro dia do mês final.

A retribuição alegada na inicial não restou evidenciado pela autora.

Tendencioso neste particular foi o depoimento de sua segunda informante (fls. 43/44), onde se alegou remuneração diária ou semanal equivalente aos salários medianos mensais da inicial.

Todavia, a testemunha da ré (fl. 44) declarou perceber, na condição de “balconista”, quatrocentos reais ao mês.

A reclamada asseverou, no depoimento pessoal de fls. 42/43, pagar a uma “gerente” de estabelecimento mantido em Pouso Alegre, MG, até setecentos reais ao mês, sendo trezentos reais “fixos” e trezentos a quatrocentos reais a título de “ajuda”.

Se mera “balconista” percebe no estabelecimento o salário alegado pela testemunha do polo passivo, e a “gerente”, aquela declinada pela ré, a pessoa incumbida da prestação de auxílio à gerência não poderia perceber nem mais que a primeira, nem menos que a segunda.

Assim, o salário médio da reclamante resta fixado na linha mediana entre os dois outros, ou seja, quinhentos e cinquenta reais ao mês.

A concessão de alimentação e moradia não se desvelou como retribuição pelo trabalho, senão como instrumento de viabilização da realização do labor: para o trabalho, pois, o que afasta a incidência do artigo 458, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Negada a relação de emprego, e, conseqüentemente, a dispensa, à ré competia demonstrar a iniciativa de ruptura do pacto pela reclamante, nos termos da Súmula de Jurisprudência iterativa de número 212, do C. Tribunal Superior do Trabalho (artigos 818, da CLT, e 333, II, do Código de Processo Civil - CPC).

Não o tendo logrado, presume-se injustamente dispensada a reclamante, o que atrai o deferimento dos pleitos de pagamento de reparações pela despedida imotivada, quais sejam: indenização substitutiva do aviso prévio, natalina proporcional, férias proporcionais e seu terço, estas com a inclusão (artigo 487, parágrafo primeiro, celetizado) do período de aviso prévio na contagem das frações duodecimais e adicional de quarenta por cento sobre o valor devido a título de recolhimentos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

A existência de relação de emprego, com sonegação da anotação da carteira profissional, conduz à condenação da reclamada, ainda, ao pagamento das natalinas, férias e seu terço e indenização pecuniária (artigos 159, *caput*, da Lei Civil, e oitavo, da CLT) pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do período e pelo salário-família do período, inclusive o da estabilidade precária, adiante examinado.

No que se refere à estabilidade precária da gestante, a razão está com a autora.

Os documentos de fls. 11/13, não atacados pela ré, notificam que a concepção se dera por volta do dia vinte e quatro de junho de 1998, o que confirma a gravidez quando do despedimento.

É irrelevante ter ou não a reclamada ciência do estado gravídico da autora.

A melhor exegese da lei estabelece princípio de responsabilidade objetiva, pois a tutela, endereçada não somente à empregada gestante mas também à criança convidada a vir ao mundo, abstrai a necessidade de comunicação da gravidez ao empregador (dizendo a lei que o direito se adquire desde a confirmação da gravidez - Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias, artigo 10, inciso II, alínea "b"), estando sobejamente comprovado à fl. 11 ter ocorrido a confirmação antes do despedimento.

Não se pode pretender restituir a reclamante ao trabalho, a uma, dada a característica ilegal que lhe era imposta no dia a dia; a duas, dado o perceptível grau de incompatibilidade emergente da lide, registrado no documento de fl. 15 e observado na audiência instrutória, quando a ré necessitou se retirar da sala de audiências, em decorrência da clara animosidade existente entre as partes, e, *ultima ratio*, por não se poder exigir da mãe da tenra criança submeter-se ao ambiente desgastante do estabelecimento da ré.

Aplica-se, portanto, com supedâneo no artigo oitavo, da CLT, analogicamente, o artigo 496, do mesmo Estatuto, convolvendo-se em indenização pecuniária os salários e demais direitos reivindicados (férias e seu terço, natalina, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e seu adicional de quarenta por cento) emergentes da garantia legal, vigente até dezessete de agosto de 1999, conforme denunciado pela peça de fl. 14.

O seguro-desemprego deve ser indenizado, pois da sonegação da anotação da carteira profissional e omissão da expedição dos formulários para seu requerimento exsurge a frustração de sua obtenção junto ao Órgão Governamental competente, e o período de estabilidade reconhecido no presente decreto condenatório enseja o seu deferimento, já que incontroversa a situação de desemprego da autora (artigo segundo, parágrafo segundo, inciso I, da Lei de n. 8.900/94 e artigos 159, *caput*, da Lei Civil, e oitavo, da CLT).

O depoimento pessoal da reclamada, de fls. 42/43, denunciou o funcionamento do estabelecimento, diariamente, a partir das vinte horas, e com término por volta das duas horas, em dias úteis, e às quatro horas, aos finais de semana.

De se fixar, portanto, a jornada de trabalho mediana da reclamante entre as vinte e as duas horas, de segunda a quinta-feira, e até as quatro horas às sextas-feiras, sábados e domingos, o que, considerada a redução do artigo 73, parágrafo primeiro, da CLT, soma a média de quarenta e seis horas semanais de trabalho, de segunda a sábado, atraindo o deferimento de duas horas extras por semana, em todo o período.

Evidenciado o trabalho aos domingos e feriados, entre as vinte e as quatro horas, faz jus a reclamante ao pagamento em dobro, nos moldes do enunciado de n. 146, do Eg. Tribunal Superior do Trabalho, das nove horas de labor prestadas naqueles dias.

O adicional noturno, à base de vinte por cento sobre o valor da hora normal (artigo 73, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho), é devido sobre quarenta e uma horas semanais, apurada a média de prestação de serviços aliada à redução de jornada alhures mencionada.

Em sendo habitual a prestação de serviços em jornada extraordinária e em horário noturno, aderindo, pois, aos salários da reclamante o valor correspondente, defere-se o pedido de integração de seu valor à indenização pela estabilidade da gestante deferida, assim como em natalinas (enunciado de n. 45, do Eg. TST), nas férias e seu terço (enunciado de n. 151, do C. TST), FGTS e seu adicional (art. 15, da Lei de n. 8.036/90 e enunciado de n. 63, do Eg. TST) e indenização substitutiva do aviso prévio (enunciado de n. 94 do Col. TST).

Não tendo ocorrido a tempo e modo o pagamento dos haveres resilitivos, incidirá a multa do artigo 477, parágrafo oitavo, da CLT, nos termos da ementa seguinte, cuja tese esposamos:

EMENTA - MULTA DO ART. 477, PARÁGRAFO OITAVO, DA CLT - NATUREZA - FINALIDADE - PRAZO - VALOR - DURAÇÃO DA RECLAMAÇÃO: A multa prevista no art. 477, parágrafo 8º, da CLT, é sanção cominada ao empregador que não paga as parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação nos prazos do parágrafo 6º. Deve ser aplicada *pro rata die*, sendo esta a interpretação mais razoável para a expressão "em valor equivalente a um salário" do parágrafo 8º, já que toda sanção deve guardar a mais exata proporcionalidade possível com o ato sancionado. Se o empregador incorre em mora por um dia ou dez dias, pagará uma multa correspondente ao respectivo salário de um ou dez dias. Se, porém, contesta a ação e discute a causa nas instâncias superiores que, ao final, não acolhem a pretensão da contestação, deve ser onerado pela multa *pro rata die*, relativa a todo o tempo de duração do processo. A alegação de que os fatos são controversos não é motivo para afastar a multa, pois a exclusão desta só se verifica, nos exatos termos do parágrafo oitavo, "quando o trabalhador der causa à mora". O empregado que aciona o Judiciário trabalhista para receber direitos não voluntariamente pagos na época oportuna não dá causa a qualquer mora, mas exerce o direito constitucional de reaver, pela via legal, a lesão a um direito - art. 5º, item XXXV, da CF. Não há confundir o fato "controvérsia", expressamente previsto no art. 467, com causa da mora exigida pelo artigo 477, parágrafo oitavo. Se a própria Justiça estabelece, em sentença trânsita em julgado, que são improcedentes os motivos alegados na contestação, fica automaticamente reconhecida a mora do empregador em relação às parcelas não pagas em época própria, incidindo a multa *pro rata die* por todo o tempo de duração da demanda. Se é verdade que a sanção pode trazer pesados encargos ao empregador nas demandas de longa duração, igual raciocínio se aplica ao trabalhador que se viu privado do crédito de natureza alimentar pelo mesmo período. Mais uma razão para ambos procurarem o entendimento e a solução extrajudicial dos conflitos.

(TRT da Terceira Região, Terceira Turma, RO 7.214/96, Relator: Excelentíssimo senhor Juiz ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, MGDJ, 22 de outubro de 1996, página 03)

Vencido o prazo para quitação daqueles valores aos dez de setembro de 1998 (artigo 477, parágrafo sexto, da CLT), deverá a reclamada pagar à reclamante, a contar de onze de setembro do mesmo ano, importância equivalente a um trinta avos de seu salário mensal por dia de atraso, e até a comprovação da integral quitação do acerto rescisório nos autos.

3 - CONCLUSÃO

Diante do examinado, resolve a Eg. Junta de Conciliação e Julgamento de Itajubá, MG, unanimemente, julgar PROCEDENTES EM PARTE os pedidos da ação ajuizada por JANAÍNA LETÍCIA BATISTA DE SOUZA em face de ARLETE DE ANDRADE CORSINO (“ARLETE’S BOITE”), para declarar o vínculo de emprego entre as partes, entre trinta e um de maio de 1998 e primeiro de setembro do mesmo ano, reconhecendo ter a reclamante prestado serviços como auxiliar de gerência, com salário mensal de R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais) e condenar a reclamada a pagar à reclamante, em oito dias, como se apurar em liquidação, deduzida a parcela de contribuição da autora de acordo com o percentual fixado pela Legislação Previdenciária vigente, incidente sobre horas extras, adicional noturno, reflexo das horas extras e adicional noturno sobre natalinas e retribuição pelo labor em dias de ócio legal, e respeitada a incidência de retenção na fonte do imposto de renda, se for o caso, o seguinte: indenização pelo período de estabilidade precária da gestante, compreendendo os salários e as férias e seu terço e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e seu adicional de quarenta por cento, com integração das extraordinárias e adicional noturno conforme fixado no presente *dispositivum*; indenização substitutiva do aviso prévio; natalina proporcional a 1999, de sete doze avos; décimo terceiro proporcional a 1999, oito doze avos; um período de férias de forma singela; três doze avos de férias proporcionais; terço constitucional sobre as férias; horas extras, em número semanal equivalente a duas, com divisor de duzentos e vinte e adicional de cinquenta por cento; descansos semanais remunerados em dobro, calculados com jornada diária de nove horas; adicional noturno de vinte por cento sobre o salário-hora, por todo o período, sobre quarenta e uma horas semanais; reflexo das horas extras e adicional noturno sobre as natalinas, férias integrais e proporcionais e seu terço, indenização substitutiva do aviso prévio e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e seu adicional de quarenta por cento; indenização pecuniária pelo salário-família entre dezessete de março e dezessete de agosto de 1999; indenização pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço de todo o período e adicional de quarenta por cento sobre tal montante incidente; multa equivalente a um trinta avos do salário mensal da reclamante, por dia de atraso no acerto rescisório, desde dez de setembro de 1998 e até a efetiva comprovação da quitação integral das verbas resilitivas nos autos; indenização pecuniária por três parcelas do seguro-desemprego.

A reclamada, no mesmo prazo, anotará a carteira de trabalho da reclamante, com admissão aos trinta e um de maio de 1998, dispensa em primeiro de setembro do mesmo ano, função de auxiliar de gerência e salário de R\$550,00 ao mês.

Atualização de moeda na forma da lei e juros moratórios conforme enunciado de n. 200, do C. TST.

Expeçam-se ofícios à DRT, ao INSS e à Caixa Econômica Federal, bem como, independentemente de passamento em julgado e instruindo-se o ofício com as necessárias peças, ao Ilustríssimo senhor Promotor de Justiça da Vara Criminal da Comarca (artigo 40, do CPP), tendo em vista a notícia emergente dos autos do cometimento, em tese, de crimes contra os costumes (artigos 229 e 230, do Codex Punitivo).

A reclamada recolherá as contribuições previdenciárias de acordo com o disposto no Provimento de número 02/93, da Douta Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, Provimento de n. 01/99, da Douta Corregedoria Regional e com base no disposto no parágrafo quarto, do artigo 68, do Decreto de n. 2.173/97, na forma ora fixada, comprovando-o nos autos até o décimo quinto dia que se seguir ao passamento em julgado do *decisum*, pena de execução.

Custas processuais de R\$600,00, calculadas sobre R\$30.000,00, valor arbitrado à condenação, pela reclamada.

Cientes as partes da publicação, a ré por seu ilustre patrono.

Nada mais havendo, encerrou-se.

FREDERICO LEOPOLDO PEREIRA
Juiz do Trabalho

Comentário*

Como todos nós sabemos, não são apenas as palavras que dizem coisas. Falam também os nossos gestos, os objetos, as músicas, os barulhos...

No caso da prostituta, podemos quase ouvir a voz de suas roupas, de seus retoques e seus perfumes; mesmo no lusco-fusco, adivinhamos os olhos cansados da noite, as faces gastas pela maquiagem, a tristeza no fundo dos sorrisos.

Falas como essas, que a própria pessoa exala, contam suas vivências passadas e o seu provável futuro; indicam que aquele corpo pode ser alugado, usado e largado; e mostram, por isso mesmo, que a prostituta não merece qualquer respeito, é cidadã sem cidadania.

Mas também a lei sabe falar, e ela fala *também quando se cala*. O seu silêncio, então, pode ser terrível: ele deixa ao desabrigo os mendigos, as diaristas, os vadios, os ambulantes, os loucos pobres, os sem-casa, os sem-terra, os imigrantes clandestinos e tantos outros que - paradoxalmente - mais precisam de ajuda.

No caso da prostituta, o silêncio da lei tem mil vozes. São vozes que condenam a mulher que nasceu pobre e vendeu o seu corpo para viver; a mulher que não finge que é casta, que se veste com escândalo, que anuncia aos quatro ventos os seus pecados e que, além de tudo... é mulher.

Pois ser mulher, segundo a Bíblia, é corromper Adão, homem piedoso e inocente; e mesmo hoje, tantas vezes ainda, é ser vista de forma menor, com menosprezo ou suspeita.

* Comentário feito pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aposentado e professor Márcio Túlio Viana.

Nos dicionários, há mais de dez nomes compostos com a palavra “mulher”, e só um (“mulher de César”) não tem sentido pejorativo. Já a palavra “homem”, além de designar toda a nossa espécie, sinaliza uma série de virtudes (“homem de pro”, “homem de bem”, “homem do mundo”...). A diferença entre “homem público” e “mulher pública” já diz tudo.

Além de fria e insensível, a lei é hipócrita, já que, por não proteger, desprotege; faz de conta que está neutra, ausente, mas no fundo, por isso mesmo, legítima e reforça as discriminações. Ao deixar a prostituta entregue à sua sorte, sinaliza que o seu corpo é mesmo público, e público não só para o cliente, mas para qualquer passante, inclusive a polícia - que tantas vezes bate, apalpa, extorque, humilha.

“*Todos nós temos direito a uma vida digna*” - rezam dezenas de declarações de direitos, que de tão enfáticas já ameaçam esgotar o estoque de adjetivos. “*Joga pedra na Geni!*” - responde a canção de Chico Buarque, mostrando com toda a crueza o enorme fosso entre o discurso e a prática.

Nessa bela sentença, o magistrado **Frederico Leopoldo Pereira**, cuja inteligência eu já conhecia, reconhece a relação de emprego entre uma *garota de programa* e a boate na qual trabalhava. Com isso, dá um passo importante no combate à discriminação, fazendo uso do bom Direito.

É verdade que, no presente caso, a reclamante também fazia outros serviços, o que facilitou um pouco a tarefa do julgador. No entanto, ele soube não se deixar levar pelas aparências, e muito menos pelos preconceitos. Com a habilidade de um cirurgião, separou precisamente as duas situações.

Mas não é só.

Tal como acontece com a lei e com a fala, também a sentença pode conter espaços em branco. E é o que eu vejo aqui. Em outras palavras, essa sentença é precursora *também nos seus silêncios*. Ou seja, na tese que insinua, para além de seu ponto final.

Essa tese é a de que até mesmo a prostituta que *não faz* outros serviços deve merecer direitos trabalhistas - seja no futuro, explicitamente, por obra do legislador, seja (também) desde logo, pela interpretação do juiz.

De fato, num mundo em que todos “ficam” com todos, e até casais bem casados trocam com outros os prazeres do sexo, é completamente sem sentido dizer que o trabalho da prostituta é imoral - e por isso capaz de nulificar o contrato entre ela e um dono de boate.

A imoralidade que existe, na hipótese, reside antes no descaso da lei, nos preconceitos de todos nós e na exploração do lenocínio - que é tão ou mais cruel que as novas formas de escravidão, e no entanto isenta o autor de todos os encargos trabalhistas.

Assim, embora às vezes raciocine com base na letra da lei, essa sentença - ao questionar a triste sina da prostituta - invade os terrenos mais amplos do direito e da justiça, abrindo possíveis caminhos. Ela desperta sensibilidades, faz-nos pensar um pouco mais fundo e talvez nos permita - quem sabe? - dizer alguma coisa onde a proteção se calou.

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

TRT-00191-2009-148-03-00-8-RO

Publ. no “MG” de 17.08.2009

RECORRENTE: NORMA JÚNIA LACERDA OLIVEIRA

RECORRIDOS: MANOEL AFONSO DA COSTA (1)

IDEMAR SILVA (2)

VALTER DANIEL ALVES (3)

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DO ATO JUDICIAL DE HOMOLOGAÇÃO DE ADJUDICAÇÃO - ESCRITURA DE COMPRA E VENDA - LAVRATURA ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO TRABALHISTA E DA ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL OBJETO DA CONSTRUIÇÃO - INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA À LEI DE REGISTROS PÚBLICOS - TÉCNICA DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA - SÚMULA N. 84 DO STJ - APLICAÇÃO. Conquanto, à luz do art. 1.245 do Código Civil/2002, sobressaia claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por atos *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, visto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento não são hábeis a transferir o domínio do bem, sendo titular do direito aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária, a jurisprudência do C. STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula n. 84 do STJ, visando dar guarida a situações como a presente, em que, à época da alienação da propriedade e lavratura da escritura pública de compra e venda, não pendia qualquer ação em face dos alienantes do bem, tampouco recaía qualquer gravame sobre o imóvel. Diante disso, é nulo o ato judicial que homologou a adjudicação do imóvel, bem como insubsistente a penhora que sobre ele recaiu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em destaque, DECIDE-SE:

RELATÓRIO

Insurge-se a requerente Norma Júnia Lacerda Oliveira em face da v. sentença de f. 1129/1133 (6º vol.), que julgou improcedente a ação por ela proposta.

A autora apresentou suas razões de recurso ordinário às f. 1167/1184 (6º vol.).

Isenta do recolhimento de custas processuais, conforme decisão de f. 1133, item 2.3 (6º vol.).

Contrarrazões ofertadas pelo 3º réu às f. 1190/1193 (6º vol.).

Instrumento de procuração da autora à f. 344 (2º vol.) e contrarrazões, assinadas a rogo do 3º réu, contendo a sua digital, às f. 1190/1193 (6º vol.).

Dispensada a manifestação da d. Procuradoria Regional do Trabalho, à

ausência de interesse público que justifique a emissão de parecer circunstanciado, seja pela natureza da lide, seja pela qualidade das partes.

É o relatório.

VOTO

Admissibilidade

Conheço do recurso da autora, eis que regular, próprio e tempestivamente interposto, bem como das contrarrazões opostas pelo 3º réu.

Mérito

Anulação do ato judicial de homologação de adjudicação do imóvel objeto da constrição judicial e declaração de insubsistência da penhora

Antes de adentrar ao mérito do recurso, cabe fazer um breve relato do feito.

Trata-se de ação ordinária anulatória de ato jurídico de homologação de bem, objeto de constrição judicial c/c pedido declaratório de insubsistência de penhora, proposta com base no art. 486 do CPC (cf. exordial de f. 02/12 - 1º vol.), pelas razões que se seguem.

A autora noticiou que, em 11 de setembro de 1992, seu cônjuge, já falecido, Sr. Jorge Luiz de Oliveira, adquiriu do Sr. Bosco Castelo Branco Filho e de seu cônjuge Tânia Ester Cordeiro Vasconcelos Castelo Branco o imóvel infradescrito, por meio de escritura pública de compra e venda, a saber:

Um lote de terreno medindo 330m² (trezentos e trinta metros quadrados) na cidade de Pompéu (MG), lote de n. 15 (quinze), quadra H, na rua Maria Álvares Maciel, Bairro Nossa Senhora de Lourdes, com as confrontações e descrições contidas na matrícula 3.374 do CRI da cidade de Pompéu. (f. 03, 1º § - 1º vol.)

Informou que, no entanto, nem o *de cujus* nem ela efetuaram o registro da escritura pública.

Disse que, no ano de 2003, os ora requeridos propuseram ações reclamatórias em face da empresa do Sr. Bosco Castelo Branco Filho, perante a Vara do Trabalho de Pará de Minas/MG, cujos pedidos foram julgados procedentes.

Em seguida, narrou os fatos relacionados à execução.

Expediu-se carta precatória para a Comarca de Pompéu/MG, onde está situado o imóvel já referido, visando garantir a execução.

Penhorado o bem e à ausência de licitante à hasta pública, o exequente, ora 1º demandado, requereu a adjudicação do imóvel, a qual foi deferida e homologada em relação não só a ele, mas a dois outros exequentes, com a expedição da respectiva carta de adjudicação. Isso, a despeito de o falecido ter adquirido o imóvel de boa-fé, em data muito anterior à dívida do Sr. Bosco e à propositura daquelas ações trabalhistas.

Disse que só teve ciência daquela execução quando foi procurada pelos requeridos, ocasião em que se dirigiu ao Cartório de Registro de Imóveis da

Comarca de Pompéu/MG, onde constatou a existência de averbação de penhora sobre o imóvel.

Pelo exposto, pugnou pela observância ao disposto no art. 113 do Código Civil/2002, que preceitua que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, a par do que dispõe o art. 1.245 do CC/2002.

Argumentou que o registro da escritura de compra e venda no CRI trata-se de mera formalidade legal, cuja ausência, por si só, não tem o condão de afastar a legítima propriedade do bem constrito, tendo em vista que o *de cuius* adquiriu o imóvel em tela vários anos antes da propositura daquelas reclamatórias trabalhistas.

Disse que o registro não é a exclusiva prova da aquisição da propriedade imóvel, desde que não esteja caracterizada a má-fé no negócio jurídico perpetrado, tal como também é previsto no art. 1.201 do já citado CC/2002.

Salientou que a escritura de compra e venda, lavrada em 1992, constitui justo título a presumir a boa-fé, salientando que, ao tempo da alienação do imóvel (1992), sequer havia ação ajuizada em face do transmitente, o que só veio a ocorrer em 2003, ou seja, mais ou menos 10 (dez) anos depois.

Diante disso, afirmou que a circunstância de o registro não ter sido efetuado é irrelevante, pois a autora já era detentora da posse mansa e pacífica do imóvel, legitimamente alienado antes da propositura das ações trabalhistas, conforme já frisado.

Aduziu que a não oposição de embargos à adjudicação pelo executado autoriza a interposição da presente ação anulatória, já que ela não foi parte naquelas reclamatórias e o bem constrito não mais integra o patrimônio do devedor executado.

Por fim, alegou que os exequentes não sofrerão quaisquer prejuízos, eis que tramita perante o d. Juízo da Comarca de Pompéu/MG o inventário n. 0520 06 012 185-9, onde figura como herdeiro o Sr. Bosco Castelo Branco Filho, executado nos autos principais, cujo quinhão hereditário poderá solver a dívida trabalhista.

Os 1º e 3º réus, por sua vez, arguiram (f. 1086/1094 e 1099/1107 - 6º vol) a ilegitimidade *ad causam* da autora e, em seguida, sustentaram a inadequação da ação proposta. Aduziram que o ato de adjudicação tem natureza jurídica de sentença, não podendo, pois, ser anulado, mas sim rescindido (cf. art. 485 do CPC), não se enquadrando, portanto, ao disposto no art. 486 do CPC. Pela eventualidade, disseram que, se cabível alguma ação, seria a rescisória, por parte do espólio e, por parte da requerente, os embargos de terceiro. Diante disso, requereram a extinção do feito, sem resolução do mérito, com base no inciso I do art. 267 do CPC.

Quanto ao mérito, aduziram que, no caso vertente aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula n. 621 do STF, segundo a qual "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis", pois caberia à requerente e seu cônjuge diligenciar no registro da escritura do imóvel e se assim não o fizeram, não podem ser considerados donos do imóvel. Disseram que, no caso dos autos, não se discute posse (artigos 1.196 a 1.203 do CC/2002), mas sim propriedade. Sustentaram que a posse deixou de ser de boa-fé, a partir do momento em que a autora da presente ação tomou ciência da adjudicação a eles deferida. Alegaram que não há que se falar em nulidade, pois o executado nos autos principais, em que são exequentes os ora requeridos, continua como proprietário, no registro de imóvel, conforme artigos 1.245 e 1.247 do CC/2002. Ressaltaram, ainda, que o bem em questão não é de

família, não se enquadrando, portanto, ao que dispõe a Lei n. 8.009/90. Requereram a manutenção da penhora sobre o bem, bem como a adjudicação.

O d. julgador de origem afastou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, ao argumento de que o Processo do Trabalho pauta-se pela informalidade, celeridade e economia,

[...], sendo incontroverso que a requerente foi casada com o *de cujus*, não havendo que se falar em ilegitimidade ativa e decretação de nulidade, principalmente se os réus não informam existência de prejuízo, conforme dispõem os artigos 794 e 796, "a", ambos da CLT. (f. 1130, item 3.1.1, último §, e 1131 - 6º vol.)

Quanto à ação proposta, esclareceu o d. Juízo *a quo*, de forma escorreita, que

[...] a adjudicação é ato judicial que não depende de sentença (art. 685-B do CPC), mesmo que tenha os mesmos efeitos desta, mas que só se aperfeiçoa mediante a lavratura do respectivo auto, que é instrumento formal da adjudicação e entrega ao adjudicante (cf. f. 1131, item 3.1.2, 4º § - 6º vol.), consoante dispõe o item I da Súmula n. 399 do C. TST.

Todavia, houve por bem julgar improcedente a anulação requerida pela autora, pelos seguintes fundamentos:

Muito embora tenha a demandante adquirido o imóvel de boa-fé, em período anterior ao início das execuções em questão, em nosso ordenamento jurídico a propriedade de um bem imóvel somente se transmite e se aperfeiçoa com o devido registro da escritura no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil. (f. 1132, item 2.2.2, 5º § - 6º vol.)

Irresignada, insurge-se a demandante, repisando as alegações exordiais e requerendo a concessão de efeito suspensivo ao recurso, por aplicação subsidiária do art. 558 do CPC, para que a adjudicação não seja levada a registro. Caso assim não se entenda, requer a antecipação dos efeitos da tutela, argumentando que é evidente a irreparabilidade do dano em face da prova inequívoca que instrui a inicial (escritura pública do imóvel) e a verossimilhança das alegações. Caso assim também não se entenda, pugna pela concessão de medida cautelar, em caráter incidental, por estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Examina-se.

A autora comprovou que foi casada com o adquirente do imóvel em questão, Sr. Jorge Luiz de Oliveira, conforme certidão de casamento de f. 14 (1º vol.).

O cônjuge da requerente faleceu em 05/05/2000, conforme certidão de óbito de f. 16 (1º vol.).

Em 11.09.1992, o Sr. Jorge Luiz de Oliveira adquiriu, por meio de escritura pública de compra e venda, o imóvel em discussão, do Sr. Bosco Castelo Branco Filho e seu cônjuge Tânia Ester Cordeiro Vasconcelos Castelo Branco (cf. f. 17/18 - 1º vol.).

Nos anos de 2002 e 2003, os réus da presente ação, naquela ocasião autores, ingressaram com ações trabalhistas em face da empresa Vasconcelos e

Castelo Branco Ltda., sendo que o Sr. Bosco figurava no quadro societário daquela empresa. A execução contra a reclamada frustrou-se voltando-se contra os sócios, culminando com a penhora do bem imóvel em questão (cf. f. 88 e 173 - 1º vol.).

Ao ser cientificado da constrição judicial, o executado “[...] recusou-se a assinar a ciência da penhora, bem como receber a contrafé, alegando não ser de sua propriedade o bem penhorado” (cf. certificado à f. 149).

O bem foi levado à praça (cf. f. 165/166 - 1º vol.), sem licitantes (cf. f. 167 - 1º vol.). Em face disso, o 1º recorrido requereu a adjudicação do imóvel (cf. f. 169 - 1º vol.), a qual foi condicionada ao depósito da diferença entre o valor do bem e o crédito do autor (cf. f. 172 - 1º vol.).

Ao se manifestar, o exequente alegou não ter condições de arcar com a referida diferença, aduzindo, ainda, que o bem penhorado já estava garantindo outros débitos, não podendo, portanto, ser adjudicado em seu favor (cf. f. 176 - 1º vol.).

A solução encontrada pelo d. Juízo *a quo* foi a adjudicação do bem não só ao 1º recorrido, mas também aos exequentes Valter Daniel Alves e Idemar Silva (2º e 3º recorridos), o que se efetivou com a expedição do auto e da carta de adjudicação (cf. f. 294 - 2º vol.).

Expedida a carta de adjudicação, os exequentes foram intimados para indicar meios efetivos de prosseguimento da execução, sob pena de suspensão do feito, nos termos do Provimento n. 02/2004 deste Eg. Regional, em virtude de não haver nos autos notícia da sua averbação.

Não tendo sido a intimação atendida, o juízo da execução determinou a suspensão do feito pelo prazo de 01 (um) ano (cf. f. 309 - 2º vol.).

Pois bem.

Tem-se que o d. julgador de origem, à vista da semelhança desta ação com outras ações propostas em face do Juízo de Pará de Minas/MG, possuindo mesmo objeto e causa de pedir, o que as caracteriza como conexas, determinou a reunião dos presentes autos a outros dois, que foram assim numerados (00192-2009-148-03-00-2 e 00193-2009-148-03-00-7, cf. f. 345/346 - 2º vol.), referentes às seguintes reclamações trabalhistas: autos n. 00587-2002-084-03-00-4 (autor: Idemar Silva; data da distribuição: 18.09.2002) e n. 00836/02 (autor: Valter Daniel Alves; data do ajuizamento: 18.07.2002). Em seguida, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por entender não se fazerem presentes os requisitos para tanto (cf. f. 345/346 - 2º vol.).

Os autos do processo n. 00192-2009-148-03-00-2 foram juntados às f. 352/663 (3º e 4º volumes) e os do processo n. 00193-2009-148-03-00-7 foram juntados às f. 700/1.039 (4º, 5º e 6º volumes).

Examina-se.

A fim de espancar qualquer dúvida a respeito, cabe frisar que a via eleita pela autora é adequada, pois não poderia se valer de outro meio processual, eis que não figurou como parte nas reclamações trabalhistas supramencionadas. Com efeito, não poderia utilizar-se dos embargos de terceiros, porque os mesmos só podem ser opostos até 05 (cinco) dias após a arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta, nos termos do art. 1.048 do CPC.

Todavia, na hipótese dos autos, está provado que a carta de adjudicação foi expedida, em favor dos três réus, em 02.07.2007.

Da mesma forma não poderia a autora se valer da ação rescisória, conforme sustentado em defesa, porquanto a natureza jurídica do ato judicial de homologação de adjudicação não é a de sentença, embora a ela se equipare. Diante disso, outra não poderia ser a opção processual, senão o ajuizamento de ação anulatória de ato judicial, com fulcro no art. 486 do CPC. Vale transcrever, por oportuna, a ementa de acórdão do C. STJ:

Processo civil. Adjudicação. Anulação.

I - A adjudicação é anulável por ação ordinária, como os atos jurídicos em geral; se, porém, forem apresentados embargos à adjudicação, será necessária ação rescisória para anular a decisão neles proferida.

II - No caso, não tendo sido oferecidos embargos à adjudicação, cabível era a ação anulatória.

III - Recurso especial não provido.

(REsp n. 146.260 - SP - 1997/0060802-6 -, Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro, DJ: 13.06.2005)

Superada essa questão, no mérito tem-se que assiste razão à autora.

Embora o art. 1.245 do CC, *caput*, disponha que “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”, na hipótese em apreço, deve ser levada em conta a data da aquisição do imóvel pelo *de cuius*, cônjuge da autora.

Com efeito, é incontroverso que a alienação do bem ocorreu em 11.09.1992, através de escritura pública de compra e venda, antes do ajuizamento das reclamações trabalhistas aqui aludidas.

Assim, o fato de não ter sido levada a registro, na esteira da Súmula n. 84 do C. STJ, que dispõe que “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 de registro”, não impede que a autora defenda a propriedade adquirida pelo seu cônjuge, que lhe foi, pela via civil transferida, assim como ao seu filho.

Isso porque juntou aos autos escritura pública de compra e venda, datada de 11.09.1992, ao passo que as ações trabalhistas foram ajuizadas após esse negócio jurídico, ou seja, em 2002 e 2003, o que demonstra a boa-fé do adquirente do imóvel.

No mesmo sentido, a Súmula n. 375 do STJ, que assim dispõe, *in verbis*: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

Cabe esclarecer que a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada, essa é a regra geral emanada do ordenamento jurídico vigente.

E, na hipótese em apreço, tem-se que, ainda que não exigida, restou provada, a contento, a boa-fé do cônjuge da autora.

Conquanto, à luz do art. 1.245 do Código Civil/2002, sobressaia claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por atos *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, visto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são hábeis a transferir o domínio do bem, sendo titular do direito aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária, a jurisprudência do C. STJ,

privilegiando a tutela do princípio constitucional de garantia da propriedade, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula n. 84 do STJ, visando dar guarida a situações como a presente, em que, à época da alienação da propriedade e lavratura da escritura pública de compra e venda, não pendia qualquer ação em face dos alienantes do bem, tampouco recaía qualquer gravame sobre o imóvel.

Diante do exposto, comprovado que a aquisição do imóvel se deu em setembro/1992 e que as reclusórias só foram interpostas nos anos de 2002 e 2003, ou seja, mais de 10 anos após a efetivação da transação imobiliária, impõe-se declarar nulo o ato judicial que homologou a adjudicação do imóvel em comento, bem como insubsistente a penhora que sobre ele recaiu.

Provedimento que se dá ao recurso, nos termos acima.

Tendo em vista o resultado da demanda, e estando presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, prova inequívoca da alegação da autora, que convence da verossimilhança da alegação (cf. *caput* do art. 273 do CPC) e se encontra materializada na escritura pública de compra e venda juntada às f. 17/18 (1º vol.), bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (cf. inciso I do art. 273 do CPC), consubstanciado na perda da propriedade imóvel, torna-se possível e recomendável a concessão do provimento de urgência, ainda que nessa fase recursal. Cabe esclarecer que a referida escritura mostra-se bastante à existência do requisito “prova inequívoca”, que, frise-se, convence da verossimilhança da alegação, isto é, da plausibilidade da pretensão do direito material afirmado.

Diante disso, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a averbação da carta de adjudicação de f. 1110/1111 (6º vol.) junto ao Cartório do Registro de Imóveis da cidade de Pompéu/MG, determinando ao d. julgador de origem que expeça ofício, nesse sentido, e com urgência, ao respectivo órgão, para ciência desta decisão.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão da sua Sexta Turma, hoje realizada, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, por maioria de votos, deu-lhe provimento para declarar nulo o ato judicial de homologação da adjudicação do imóvel, objeto de penhora nos autos, com base no art. 486 do CPC, bem como para declarar insubsistente a penhora que sobre ele recaiu; deferiu a tutela antecipada para suspender a averbação da carta de adjudicação de f. 1110/1111 (6º vol.) junto ao Cartório do Registro de Imóveis da cidade de Pompéu/MG, determinando ao d. julgador de origem que expeça ofício, nesse sentido e com urgência, ao respectivo órgão, para que tome ciência desta decisão, vencido o Ex.^{mo} Desembargador Revisor.

Belo Horizonte, 04 de agosto de 2009.

MARIA CRISTINA DINIZ CAIXETA
Juíza convocada Relatora

TRT-00219-2006-108-03-00-5-RO

Publ. no "MG" de 16.12.2009

RECORRENTES: 1) MANOELA FARIA DE CARVALHO E OUTRO

2) BRENDA DE ARAÚJO SANTOS E OUTRA

RECORRIDOS: 1) CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A.

2) BRENO HENRIQUE DE ARAÚJO SANTOS

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. O acidente do trabalho decorreu do exercício normal da atividade de eletricitário, atraindo a aplicação da teoria do risco, que imputa a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos advindos do desempenho laboral. O risco à integridade física dos eletricitários que laboram expostos ao perigo está tipificado por norma regulamentar, deixando, no caso, de ser uma presunção para se concretizar no óbito do empregado, dele resultando danos de ordem moral e material a seus familiares, que cumpre sejam indenizados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos ordinários, interpostos contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 29ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram: como recorrentes, MANOELA FARIA DE CARVALHO E OUTRO e BRENDA DE ARAÚJO SANTOS e OUTRA, como recorridos, CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A. e BRENO HENRIQUE DE ARAÚJO SANTOS.

RELATÓRIO

O MM. Juízo da 29ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela sentença de f. 1083/1087, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou improcedentes os pedidos formulados pelos reclamantes, concedendo-lhes os benefícios da justiça gratuita.

Embargos de declaração opostos pelos reclamantes Manoela Faria de Carvalho e Gabriel Santos Faria de Carvalho, às f. 1090/1092, e Brenda de Araújo Santos e Bárbara Helen de Araújo Santos, às f. 1093/1100, julgados improcedentes (decisão de f. 1102/1103).

Os reclamantes Manoela Faria de Carvalho e Gabriel Santos Faria de Carvalho interpuseram recurso ordinário (f. 1163/1176), requerendo seja considerada a revelia em relação ao segundo reclamante e postulando a indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho que vitimou o companheiro da primeira reclamante e o pai do segundo reclamante.

As reclamantes Brenda de Araújo Santos e Bárbara Helen de Araújo Santos também recorreram, às f. 1120/1147, postulando a indenização por danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho que vitimou seu pai.

Contrarrazões da reclamada, às f. 1150/1154 e 1155/1160, arguindo a intempestividade do primeiro recurso interposto e, no mérito, pugnando pelo desprovemento de ambos os apelos.

Tudo visto e examinado.

VOTO

Retificação da capa dos autos e demais registros

Determino a inclusão na capa dos autos e nos demais registros do nome do reclamante Breno Henrique de Araújo Santos, como segundo recorrido, e de sua procuradora Dr^a Silvana Simas Krein (f. 1080).

Juízo de admissibilidade

Preliminar de intempestividade do recurso de f. 1163/1176

Argui a reclamada, em contrarrazões, a intempestividade do recurso de f. 1163/1176, alegando que o apelo foi apresentado por *e-mail*, sem a apresentação da peça original no prazo assinalado na Resolução n. 1/99 deste Tribunal.

Sem-razão.

Os reclamantes interpuseram o recurso por *e-mail* em 22.05.09 (f. 1104), dentro do prazo recursal, eis que intimados da decisão declaratória no dia 15.05.09 (f. 1103v.), dando-se início ao prazo em 18.05.09, com término em 25.05.09. A peça original foi apresentada no dia 28.05.09 (f. 1163), no prazo de cinco dias previsto no art. 2º da Lei n. 9.800/99 e no item II da Súmula n. 387 do TST.

Sendo tempestivo o apelo, rejeito a preliminar arguida e conheço dos recursos ordinários, porquanto aviados a tempo e a modo, estando regular a representação processual (f. 22 e 580).

Conheço das contrarrazões, porquanto tempestivas e apresentadas por procurador regularmente constituído (f. 774).

Passo à apreciação conjunta dos apelos diante da identidade das matérias veiculadas.

Juízo de mérito recursal

1. Revelia

Pedem os reclamantes que seja aplicada a revelia à reclamada em relação ao autor Gabriel Santos Faria de Carvalho, alegando que a peça defensiva foi apresentada apenas em relação à autora Manoela Faria de Carvalho, deixando em todo o seu teor de citar o outro reclamante.

Razão não lhes assiste.

A defesa da reclamada (f. 25/55), embora faça referência à propositura da ação por Manoela Faria de Carvalho, contesta a causa de pedir e os pedidos, que são os mesmos para ambos os autores e formulados na mesma peça inicial. A defesa aplica-se inequivocamente aos dois reclamantes, sendo mero erro material a omissão na indicação do nome de um deles (f. 25), o que não induz à pretendida revelia.

Nego provimento.

2. Indenização por danos morais

Postulam os recorrentes a indenização por danos morais em face do acidente do trabalho que resultou no óbito do empregado da reclamada, Luiz Cláudio dos Santos. Sustentam que a morte do obreiro decorreu do descuido da reclamada em não manter no local de trabalho condições e medidas para o imediato salvamento do empregado; que cabe ao empregador fiscalizar o uso dos equipamentos de proteção; que a causa do acidente não pode ser imputada à culpa exclusiva da vítima, mas por uma série de omissões em matéria de segurança do trabalho e atendimento ao acidentado; que não foi fornecido ao empregado o equipamento de proteção adequado. Alegam que a atividade desempenhada pelo empregado era de risco, sendo objetiva a responsabilidade do empregador.

Assiste-lhes razão.

Trata-se de ação proposta por Manoela Faria de Carvalho, companheira de Luiz Cláudio dos Santos, e por Gabriel Santos Faria de Carvalho, seu filho, que foi reunida (f. 345) à ação ajuizada pelos demais filhos do empregado, Breno Henrique de Araújo Santos, Brenda de Araújo Santos e Bárbara Helen de Araújo Santos, representados por sua mãe Silvania Aparecida de Araújo.

Os reclamantes pleiteiam a indenização por danos morais e materiais, alegando que o empregado foi admitido pela reclamada em 30.09.91, tendo sido vítima de acidente do trabalho em 29.10.05, quando fazia testes de ensaio em um transformador na subestação da usina de Irapé. Afirmando que o trabalhador foi levado com vida até um ambulatório a 80 metros do local do acidente, onde havia apenas um enfermeiro, não lhe tendo sido prestados os primeiros socorros necessários para salvar a sua vida. Afirmando, ainda, que não lhe foram fornecidos os equipamentos de proteção individual adequados, imputando a culpa pelo acidente às condições de trabalho e de atendimento médico às quais foi submetido.

Em defesa, a reclamada sustenta que o acidente ocorreu por negligência do empregado, que deixou de desligar a alimentação do circuito antes de fazer o ensaio de relação de tensões no TPC da fase azul. Afirma que o empregado era responsável por orientar e prevenir a equipe quanto aos riscos da atividade, contando com grande experiência na área, descuidando-se, entretanto, quanto ao uso de EPC e EPs, os quais estão disponíveis para toda a equipe. Argumenta que sempre envidou esforços para eliminar o agente de risco, estando isenta de qualquer responsabilidade pelo acidente.

Diante da controvérsia, foi designada a realização de perícia (f. 824/869) que constatou que: o reclamante era profissional com larga e comprovada experiência profissional no cargo de técnico de montagem elétrica de transmissão, por ele ocupado há dezenove anos na empresa (resposta ao quesito n. 1, f. 830/831), sendo dez, como supervisor da equipe; as atividades exercidas no dia do acidente estavam sendo desenvolvidas normalmente e dentro do cronograma previsto pela empresa; ao iniciar o trabalho, a equipe efetuou o levantamento de toda a rotina de atividades a serem executadas, estabelecendo os riscos existentes em cada uma das etapas de trabalho (análise de riscos, f. 87/91); no momento do acidente, o reclamante verificava as razões das oscilações de tensão detectadas em teste recente, problema que havia sido sanado pelo mesmo em testes anteriores; a subestação testada encontrava-se totalmente desenergizada, porquanto ainda em fase de construção;

a energização existente no momento do acidente ocorreu nos equipamentos de teste utilizados pela equipe e em razão de o empregado ter tocado na parte energizada do equipamento (resposta ao quesito 25, de f. 833); pela análise de risco efetuada especificamente para o choque elétrico, a medida de prevenção de acidente seria a de “conferir as condições requeridas na PT/PLE e respeitar distância de segurança” (esclarecimentos, f. 894); a reclamada seguia os ditames da legislação para a proteção e saúde do trabalhador, possuindo normas e procedimentos no desenvolvimento dos testes de equipamentos, toda a estrutura prevista na NR-5 quanto à organização e manutenção da CIPA, bem como fornecia todos os EPs a seus empregados, ministrava cursos de treinamento e especialização na área de atuação do *de cujus*, dos quais ele participou, tendo sido o acidente objeto de estudos e reuniões (vide relatório de acidente, f. 969/983); as luvas fornecidas pela empresa foram aprovadas para a proteção das mãos dos usuários contra agentes abrasivos e escoriantes, não tendo indicação de neutralização de condições laborativas expostas a energia elétrica (esclarecimentos, f. 1049/1052).

No que tange aos procedimentos de primeiros-socorros tomados pela reclamada após o acidente, o depoimento da testemunha Hélio Costa (f. 1014/1015), ouvida a rogo das reclamantes Brenda e Bárbara, mostrou-se esclarecedor, não divergindo do restante da prova produzida em relação à matéria:

[...] quando chegou no local do acidente, a reclamada estava prestando socorro ao Sr. Luiz Cláudio; que após o acidente dois técnicos de segurança e um enfermeiro contratado acompanharam o Sr. Luiz Cláudio na ambulância com destino ao ambulatório; (*omissis*); que quando o corpo do Sr. Luiz Cláudio chegou ao ambulatório do consórcio construtor de Irapé estava sem vida; que, após o acidente, o Sr. Luiz Cláudio ainda permaneceu vivo, outrossim no trajeto entre a usina e o ambulatório este veio a falecer; que, no momento em que o Sr. Luiz Cláudio chegou ao ambulatório, não tinha nenhum médico, sendo que uma enfermeira é que constatou que o mesmo estava sem vida; que, no ambulatório, tinha desfibrilador; que os médicos e enfermeiros que trabalhavam no citado ambulatório tinham habilitação profissional para trabalhar no referido equipamento; (*omissis*); que, ao chegar no local do acidente, os técnicos de segurança da requerida estavam fazendo massagem cardíaca no Sr. Luiz Cláudio bem como tinham colocado um aparelho na boca do mesmo com intuito de tentar reanimá-lo; que a finalidade do referido aparelho é injetar ar na boca da pessoa, ou seja, uma simulação como se fosse a respiração boca-a-boca; que, quando chegaram no local do acidente, os técnicos de segurança da requerida estavam prestando os primeiros-socorros ao Sr. Luiz Cláudio, sendo que esse procedimento foi adotado até o momento em que o corpo dele foi colocado na ambulância; que os técnicos de segurança da requerida são treinados para a prestação de primeiros-socorros em caso de necessidade; que, dentro da subestação de Irapé, tem um ambulatório para a prestação de primeiros-socorros, medir pressão e curativos e medicamentos; que, ao que saiba, o ambulatório existente dentro da subestação de Irapé era suficiente para o atendimento de acordo com a Norma Regulamentadora, além disso a requerida dispunha de uma ambulância na citada subestação em caso de alguma eventualidade.

O conjunto da prova é no sentido de que a reclamada adotou as medidas de segurança necessárias para prevenir a ocorrência do acidente, bem como

disponibilizou e utilizou da estrutura exigida pela legislação para prestar os primeiros-socorros ao acidentado.

Observe-se que a medida preventiva a ser adotada, no caso, seria manter a distância necessária para evitar o choque e desligar o circuito de ensaio, desenergizando o equipamento, não tendo sido comprovado que a utilização de qualquer luva ou EPI fosse capaz de neutralizar os efeitos da descarga elétrica sofrida pelo empregado. Pontue-se, ainda, que o documento “Relatório Final do Acidente” feito pela reclamada (f. 969/983) indica possíveis soluções para evitar acidentes na execução de testes, cuja viabilidade seria ainda objeto de análise por comissão própria, não se verificando, portanto, a omissão pela empresa na adoção de tais medidas.

Assim, não restou comprovada a culpa da empresa pelo sinistro, seja na prevenção do acidente ou nos socorros dados ao empregado após o evento. Tem-se, portanto, que a ré não se omitiu no cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho (art. 157 da CLT), ressaltando-se que, no caso, o próprio empregado, como supervisor da equipe, era responsável por fazer a análise dos riscos da atividade, orientando e fiscalizando a atividade dos demais empregados, pelo que estava plenamente ciente das medidas preventivas a serem tomadas.

Se, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, não se identifica o elemento culpa da empregadora, necessário para configurar o direito à indenização, a hipótese atrai a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador, prevista no parágrafo único do artigo 927 do CC, relativa às atividades que, por sua natureza, impliquem risco para os direitos de outrem. A jurisprudência inclina-se para o entendimento de que tal responsabilidade direciona-se à atividade que expõe o trabalhador acima do risco médio da coletividade, sendo, inquestionavelmente, o que ocorre em relação àquela desempenhada pelo reclamante no cargo de “técnico de montagem elétrica de transmissão”. O simples exercício da atividade expunha o obreiro ao risco, o que lhe ensejava o pagamento do adicional de periculosidade.

O acidente sofrido pelo *de cujus* decorreu do exercício normal da atividade de eletricitário, atraindo a aplicação da teoria do risco, que imputa a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos advindos do desempenho laboral. O risco é um dado objetivo e não resulta de ato do empregador, mas da própria atividade empresarial. Todo aquele que, através de sua atividade, cria risco e dela advenha dano é obrigado a repará-lo. O risco à integridade física dos eletricitários que laboram expostos ao perigo está tipificado por norma regulamentar, deixando, no caso, de ser uma presunção para se concretizar no óbito do empregado. E dele resultam danos de ordem moral e material a seus familiares que cumpre sejam indenizados.

O dano moral sofrido pela companheira do trabalhador e pelos filhos do empregado é decorrente do próprio acidente fatal, deduzindo-se o direito à reparação das disposições do inciso I do artigo 948 do Código Civil, que trata da reparação do luto da família.

No arbitramento da indenização, atenta-se para as graves repercussões do acidente, a inexistência ou não de culpa empresária e a condição econômica das partes. No presente caso, há que se considerar que, além da situação objetiva para a ocorrência do acidente, não houve o agravante da culpa empresária, ficando, por outro lado, demonstrada a culpa concorrente do obreiro para o evento, por não ter observado medidas de segurança no desempenho da atividade laboral.

Diante desses elementos, fixo a indenização por danos morais no valor total de R\$125.000,00, sendo R\$25.000,00 em favor de cada um dos herdeiros, dos quais quatro recorrentes e um outro (Breno Henrique de Araújo Santos), que, embora não tenha interposto recurso próprio, deve ter preservada a sua cota-parte e torna-se beneficiário da tutela jurisdicional ora concedida em segundo grau, em razão do efeito devolutivo amplo do apelo dos demais e por se tratar de litisconsórcio ativo necessário, na espécie, sendo o referido litisconsorte um herdeiro menor.

Provejo em parte.

3. Indenização por danos materiais

A indenização por danos materiais abrange aquilo que efetivamente o lesado perdeu - danos emergentes - e o que razoavelmente deixou de ganhar - lucros cessantes (art. 402 do Código Civil).

Os recorrentes postulam o recebimento de lucros cessantes, correspondentes à pensão mensal devida durante o tempo remanescente da expectativa média de vida do empregado. O inciso II do artigo 948 do Código Civil estabelece que a pensão no caso de homicídio por ato ilícito consiste “na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

O reclamante, na data do acidente, recebia remuneração no valor de R\$3.529,44 (TRCT, f. 17), que serve de parâmetro para a apuração da pensão mensal.

A base de cálculo do pensionamento deve reparar o que os beneficiários efetivamente deixaram de receber, restaurando a situação anterior ao óbito, não podendo ser motivo de enriquecimento. Diante disso, deve ser deduzido dos rendimentos da vítima o valor presumível de suas despesas pessoais, que têm sido razoavelmente fixadas pela jurisprudência na proporção de 1/3 do valor da remuneração. Realizando tal dedução, arbitro o valor da pensão mensal em R\$2.353,00, a ser dividido entre os quatro recorrentes.

Observe-se que os beneficiários da pensão são as pessoas atingidas diretamente pela morte da vítima, e não necessariamente a totalidade dos herdeiros ou aqueles que foram indicados pelo *de cuius* para receber o benefício da FORLUZ. Mas, *in casu*, indubitável que se enquadram nessa condição os recorrentes e o outro filho e herdeiro menor de nome Breno Henrique de Araújo Santos, pelas razões já explicitadas anteriormente, quando das considerações a respeito do rateio da indenização por danos morais.

Pelo princípio do *restitutio in integrum*, devem ser apurados os rendimentos efetivos da vítima, computando-se os 13º salários e o terço de férias, ambos integrando o cálculo da pensão pelo seu duodécimo. As férias, por sua vez, não integram a indenização porque não representam um acréscimo de rendimentos.

Esclareça-se que não cabe a dedução do valor auferido a título de pensão paga pela entidade de previdência privada e do seguro de vida recebido pelos reclamantes. A pensão mensal objeto da condenação, o benefício previdenciário e o seguro de vida são pagos por fundamentos jurídicos diferentes. O benefício previdenciário decorre das contribuições pagas pelo empregado e pelo empregador no curso do contrato de trabalho, o seguro de vida, do contrato, e a indenização por danos materiais, da responsabilidade objetiva do empregador. De forma

semelhante, o artigo 121 da Lei n. 8.213/91 também não exclui o direito à reparação civil em face do pagamento das prestações por acidente do trabalho. Nesse sentido, o entendimento firmado com a Súmula n. 229 do STF.

As eventuais despesas feitas pela reclamada com funerária, hospital e traslado do falecido são distintas da pensão mensal e devidas por força das disposições do inciso I do artigo 948 do Código Civil, não sendo também dedutíveis.

A expectativa média de vida do brasileiro medida pelo IBGE no ano do óbito (2005) era de aproximadamente 72 anos, pelo que caberia fixar o limite para o pagamento da pensão mensal devida aos reclamantes como sendo a data em que a vítima completaria tal idade, o que ocorreria em 26.12.2034 (vide f. 11). No entanto, os reclamantes Manoela Faria de Carvalho e Gabriel Santos Faria de Carvalho postularam o recebimento da pensão até a data em que o *de cujus* tivesse 68 anos (f. 08) e as reclamantes Brenda de Araújo Santos e Bárbara Helen de Araújo Santos até a data em que completaria 70 anos (inicial, f. 357). Como os três últimos reclamantes são filhos do falecido, e dele dependiam economicamente, presume-se que essa situação de dependência cessaria aos 25 anos, idade em que normalmente o filho já completou sua formação escolar e já dispõe de recursos para adquirir sua independência financeira.

Pontue-se que, no caso de indenização por danos materiais por óbito, não se aplicam as disposições do parágrafo único do artigo 950 do CC, que se vincula apenas à previsão do *caput* do referido dispositivo (quando a vítima sobrevive ao acidente).

Em razão disso, provejo em parte o recurso para condenar a reclamada a pagar pensão mensal no valor de R\$2.353,00, integrado, pelo seu duodécimo, do 13º salário e do terço de férias, a ser dividida entre os herdeiros referenciados (ex-companheira e mais quatro filhos menores), a partir do óbito, sendo à reclamante Manoela Faria de Carvalho até a data de 26.12.2030 e aos demais reclamantes até cada um completar a idade de 25 anos. Fica assegurado aos beneficiários remanescentes o direito de acrescer à sua pensão o valor correspondente à cota-parte que deixou de ser paga.

4. Constituição de capital

A constituição de capital constitui medida a ser aplicada na hipótese de condenação à prestação de alimentos a título de indenização de ato ilícito (art. 475-Q do CPC), a fim de garantir a continuidade do pagamento da obrigação.

Ainda que a reclamada seja empresa sólida, há que se considerar que a obrigação pode se prolongar no tempo e que nunca se pode descartar a mudança na situação econômica do devedor, pelo que cumpre seja aplicado o comando legal, indistintamente, ao presente caso.

Determino, assim, que a reclamada constitua capital para garantir o pagamento da pensão mensal.

ISSO POSTO, dou provimento parcial aos recursos para condenar a reclamada a: a) pagar indenização por danos morais no valor total de R\$125.000,00, sendo R\$25.000,00 em favor de cada um dos herdeiros; b) pagar pensão mensal no valor de R\$2.353,00, integrada, pelo seu duodécimo, do 13º salário e do terço de férias, a ser dividida entre os herdeiros a partir do óbito, sendo à reclamante Manoela Faria de Carvalho até a data de 26.12.2030 e aos demais reclamantes

até cada um completar a idade de 25 anos; c) constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor da pensão mensal. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, fixando-se o valor da condenação em R\$300.000,00 e das custas processuais em R\$6.000,00, pela reclamada. As parcelas objeto da condenação têm natureza indenizatória não sofrendo a incidência de contribuição previdenciária. Fixo a incidência da correção monetária da indenização por danos morais a partir da data da publicação do acórdão. Quanto à pensão mensal, determino que as parcelas vencidas sejam corrigidas a partir do óbito e as parcelas vincendas sejam reajustadas com base nos índices de reajuste fixados para a categoria profissional, sendo que tais reajustes devem ser aplicados também na apuração daquelas. Os juros deverão ser computados a partir da data do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT). Determina-se a inclusão na capa dos autos e nos demais registros do nome do reclamante Breno Henrique de Araújo Santos, como segundo recorrido, e de sua procuradora Dr^a Silvana Simas Krein (f. 1080).

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Primeira Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu dos recursos ordinários, rejeitando a preliminar de intempestividade arguida em relação ao recurso de f. 1163/1176; no mérito, sem divergência, deu provimento parcial aos recursos para condenar a reclamada a: a) pagar indenização por danos morais no valor total de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), sendo R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) em favor de cada herdeiro; b) pagar pensão mensal no valor de R\$2.353,00, integrada, pelo seu duodécimo, do 13º salário e do terço de férias, a ser dividida entre os herdeiros a partir do óbito, sendo à reclamante Manoela Faria de Carvalho até a data de 26.12.2030 e aos demais reclamantes até cada um completar a idade de 25 anos; c) constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor da pensão mensal. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, fixando-se o valor da condenação em R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e das custas processuais em R\$6.000,00 (seis mil reais), pela reclamada. As parcelas objeto da condenação têm natureza indenizatória não sofrendo a incidência de contribuição previdenciária. Fixou a incidência da correção monetária da indenização por danos morais a partir da data da publicação do acórdão. Quanto à pensão mensal, determinou que as parcelas vencidas sejam corrigidas a partir do óbito e as parcelas vincendas sejam reajustadas com base nos índices de reajuste fixados para a categoria profissional, sendo que tais reajustes devem ser aplicados também na apuração daquelas. Os juros deverão ser computados a partir da data do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT). Determinou a inclusão na capa dos autos e nos demais registros do nome do reclamante Breno Henrique de Araújo Santos, como segundo recorrido, e de sua procuradora Dr^a Silvana Simas Krein (f. 1080).

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 2009.

FERNANDO LUIZ GONÇALVES RIOS NETO
Juiz Relator

TRT-01178-2009-098-03-00-4-RO

Publ. no "MG" de 30.11.2009

RECORRENTES: ANDREZA LOPES RESENDE FERREIRA E OUTROS

RECORRIDAS: PROVIR VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA. (1)

ARCA DA ALIANÇA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA. (2)

FORTEMACAÉ SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA. E OUTRAS (3)

VOTO

Juízo de admissibilidade

Conheço do presente recurso, porque próprio e tempestivo.

Juízo de mérito

Incompetência da Justiça do Trabalho - Cobrança de honorários advocatícios

Fixando que os honorários advocatícios reivindicados foram prestados em relação de consumo, o d. Juízo *a quo* declarou-se incompetente para julgar a lide, remetendo os autos à Justiça Comum, com o que não concorda os recorrentes, afirmando que os incisos I e IX do artigo 114 da CF amparam sua pretensão.

Nos termos das alterações introduzidas no artigo 114 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 45/04, a Justiça do Trabalho é competente para conciliar, instruir e julgar lide de honorários previstos em contrato de prestação de serviços advocatícios.

Na hipótese dos autos, a matéria gira em torno de relação de trabalho e os seus efeitos para seus executores, e não em torno do resultado ou produto do trabalho ou suas consequências para o tomador do serviço, como ocorre na proteção que emana do Código de Defesa do Consumidor.

A meu ver é irrelevante a distinção entre relação de trabalho e "relação de consumo" para fins de se delimitar a competência da Justiça do Trabalho, porque a execução de um serviço por pessoa física, fora do âmbito da relação de emprego, das relações de trabalho gratuito e do regime estatutário, inevitavelmente, ocorrerá através do que se denomina de "relação de consumo", já que esta sempre pressupõe a existência de uma relação de trabalho autônomo, em que a pessoa oferece sua força de trabalho ao mercado (§ 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor), de modo que essa relação jurídica será, simultaneamente, de trabalho e de consumo, dependendo do prisma que se busque visualizar as obrigações ou efeitos delas resultantes.

Não me parece que a Emenda Constitucional n. 45 excepcionou as pessoas físicas que oferecem seus serviços ao público em geral ou ao mercado de consumidores, porque não há nenhum fundamento para que elas sejam diferenciadas do trabalhador que se vincula apenas a um cliente.

A competência da Justiça do Trabalho sempre esteve ligada às lides que giram em torno de questões do interesse do trabalhador empregado, tendo em

vista a proteção à sua pessoa, decorrente das normas do Direito do Trabalho.

Com a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, o artigo 114 da Constituição Federal passou a dispor que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, para ampliar o leque de trabalhadores que até então estavam sujeitos à sua jurisdição, em nítido avanço social, porque, em virtude da informalidade que norteia o processo trabalhista, esta Justiça Especializada tem condições de ser mais célere do que a Justiça Comum na entrega da prestação jurisdicional àqueles que ofertam sua força de trabalho, que, na maioria das vezes, dependem dos frutos do trabalho para sobreviver.

Dessa forma, a noção que se pretende estabelecer entre relação de consumo e relação de trabalho não deve ser, *data venia*, o critério utilizado para limitar a amplitude do Texto Constitucional, sendo mais razoável averiguar se a matéria da lide gira em torno da prestação de serviço e os seus efeitos para seu executor, pessoa física, ou se gravita em torno do resultado ou produto do trabalho, ou melhor, se a discussão está relacionada com os vícios e danos provocados pelo serviço ao seu tomador ou a terceiros, como ocorre na proteção que emana do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, se a pretensão reivindicada estiver relacionada com a retribuição do trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho, ao passo que, se a tutela requerida for atinente ao resultado do trabalho para o tomador, a competência será da Justiça Comum.

No caso vertente, os autores reivindicam o recebimento de honorários supostamente avençados em contrato de prestação de serviço de advocacia. Destarte, a tutela reivindicada beneficia diretamente os trabalhadores e decorre de uma relação de trabalho, pelo que a lide não foge da competência desta Justiça Especializada, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/04.

Destarte, dou provimento ao recurso para, declarando a competência da Justiça do Trabalho, determinar o retorno dos autos à Vara de origem para o julgamento do mérito da demanda, conforme se entender de direito, bem como se manifestar sobre o requerimento de f. 159.

Isso posto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para, declarando a competência da Justiça do Trabalho, determinar o retorno dos autos à Vara de origem para o julgamento do mérito da demanda, conforme se entender de direito, bem como se manifestar sobre o requerimento de f. 159.

Firmado por assinatura digital em 18.11.2009 por LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT (Lei n. 11.419/2006)

TRT-00155-2009-110-03-00-1-RO

Publ. no "MG" de 23.11.2009

RECORRENTE: FELIPE DE ALMEIDA SANTOS

RECORRIDAS : TNL PCS S.A. (1)

OLA TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (2)

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - CONTRATO DE FRANQUIA. Embora as reclamadas tenham celebrado contrato de franquia, nos moldes da Lei n. 8.955/94, emerge das cláusulas contratuais a existência de terceirização de serviços de vendas e outras atividades correlatas (assistência prestada aos clientes - troca de número da linha móvel, troca de titularidade das linhas, emissão de segunda via de contas), por incompatível a forma de prestação de serviços com o contrato de franquia, além do excessivo controle e interferência da empresa franqueadora na condução e execução da atividade econômica da franqueada, o que atrai a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada pelos créditos reconhecidos pela sentença de origem, nos termos da Súmula n. 331 do TST.

Vistos, discutidos e relatados estes autos de recurso ordinário em que figuram, como recorrente, FELIPE DE ALMEIDA SANTOS e, como recorridas, TNL PCS S.A. (1) e OLA TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (2)

I - RELATÓRIO

A r. sentença de f. 293/303, proferida pelo Juízo da 31ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, exercido pela Juíza do Trabalho Marina Caixeta Braga, julgou procedentes, em parte, os pedidos deduzidos na presente reclamação trabalhista em relação à primeira reclamada e julgou improcedente o pedido deduzido em relação à segunda reclamada.

Inconformado, recorre ordinariamente o reclamante às f. 304/305, postulando a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (TNL PCS S.A.).

Contrarrazões da segunda reclamada às f. 308/318, juntando decisão proferida em outro processo analisando matéria correlata (f. 319/327).

Não houve contraminuta pela primeira reclamada.

É o relatório.

II - VOTO

Preliminarmente, determino a retificação da autuação para fazer constar, como recorrente, FELIPE DE ALMEIDA SANTOS e, como recorridas, TNL PCS S.A. e OLA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

1 - Juízo de admissibilidade

Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamante.

2 - Juízo de mérito

2.1 - Responsabilidade subsidiária - Contrato de franquia (*franchising*)

Insurge-se o reclamante contra a r. sentença de origem, que julgou improcedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, ao argumento de que foi ela a real beneficiária dos serviços por ele prestados. Aduz ser incontroversa nos autos a exclusividade do trabalho desenvolvido - vendas dos produtos da segunda reclamada - por meio de contrato celebrado com a primeira reclamada em 11.12.2006. Postula a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada pelos créditos trabalhistas reconhecidos.

Em sua defesa a segunda reclamada aduziu que firmou contrato de franquia com a primeira reclamada, sendo esta responsável pela contratação de seu pessoal e pelo pagamento de todos os encargos trabalhistas de seus empregados. Aduziu que o contrato firmado entre as reclamadas não se confunde com a terceirização, tratando-se de mera autorização de venda dos produtos OI. Invocou as disposições da Lei n. 9.472/97, que autorizam a terceirização de atividades secundárias, acessórias e complementares vinculadas aos serviços de telefonia. Alegou ser empresa distinta da franqueada, não pertencendo ao mesmo grupo econômico (f. 119/127).

Primeiramente, cumpre destacar que o pedido deduzido pelo autor em relação à segunda reclamada é restrito à sua responsabilidade subsidiária, por ser a beneficiária dos serviços de vendas dos produtos OI prestados pelo reclamante, não havendo pedido de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a segunda reclamada, o que torna irrelevantes as matérias deduzidas pela segunda reclamada a respeito das disposições da Lei n. 9.472/97.

No mérito propriamente dito, razão assiste ao reclamante.

Segundo o art. 2º da Lei n. 8.955/94:

Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Na lição do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, na sua obra *Relação de emprego - Estrutura legal e supostos*, LTr, 3ª ed., novembro de 2005, p. 573:

O *franchising* pauta-se e executa-se dentro das normas regulares que regem tais contratos, que se caracterizam por uma maior flexibilização nas atividades desenvolvidas pelo franqueado, cuja empresa realiza trabalho já não por conta alheia, como na representação comercial, mas por conta própria, em que o *franchisee* assume os riscos e os resultados do negócio, salientando-se, inclusive, que, na venda de produtos da franqueadora, ou na exploração de seu *know-how*, as empresas franqueadas pagam, inclusive, *royalties* à franqueadora, auferindo os resultados de sua atividade, em trabalho desenvolvido por conta própria e não por conta alheia.

E ainda esclarece:

A nota substancialmente característica do contrato de *franchising* reside em exercer o franqueado - ao ser-lhe transferida ou cometida uma franquia, em um espaço físico operacional ajustado com o franqueador - uma atividade por conta própria, assumindo-lhe os riscos e os resultados dentro das bases e da índole do negócio jurídico entabulado [...].

Tem-se, portanto, que o franqueado executa seu trabalho por conta própria e assume os riscos e resultados do negócio. Enfim, tem autonomia, ou seja, não sofre ingerência do franqueador.

Por outro lado, a fiscalização exercida pela empresa franqueadora, que decorre do contrato de *franchising*, é uma fiscalização normal com vistas ao resguardo do padrão da qualidade dos serviços e da preservação do nome comercial da franqueadora.

In casu, as reclamadas celebraram contrato de franquia (*franchising*), com fulcro na Lei n. 8.955/94, conforme documento de f. 134/163.

No entanto, observa-se das cláusulas contratuais que a empresa franqueada não detinha autonomia e independência no exercício da atividade contratada, mas, ao contrário, a segunda reclamada, empresa franqueadora, interferia nos negócios da primeira reclamada, havendo previsão de prestação de serviços pela franqueada em favor da franqueadora, em verdadeiro desvirtuamento da espécie de contrato celebrado pelas reclamadas (contrato de *franchising*).

Cite-se, por exemplo, a cláusula 9.16 do contrato, que estabelece a obrigação de a empresa franqueada prestar serviços de telefonia móvel da empresa franqueadora, tais como, troca de número da linha telefônica de aparelhos celulares de usuários; troca de titularidade e de número da linha telefônica de aparelhos celulares de usuários; atendimento de usuários problemáticos em salas especiais, denominadas "UTI"; OI Atende, que corresponde a um serviço de atendimento ao consumidor por telefone; emissão de segunda via de conta telefônica; coleta de aparelho celular para assistência técnica; prestação de serviços de assistência técnica ao usuário. Na cláusula seguinte 9.17 há a previsão de que os serviços complementares prestados pela franqueada seriam remunerados, conforme política comercial da empresa franqueadora (f. 147).

Já a cláusula 10ª estabelece a obrigação de a franqueada honrar as promoções definidas pela franqueadora, admitindo a possibilidade de ressarcimento da empresa franqueada, em caso de prejuízo decorrente da eventual diferença entre os preços de aquisição dos produtos e aquele estabelecido pela promoção (f. 147/147verso).

Além disso, nota-se que a empresa franqueada estava obrigada a apresentar demonstrativo de vendas detalhado, especificando o faturamento bruto e o valor bruto das compras no mês anterior (f. 143-verso), o que vem apenas demonstrar que a franqueadora exercia excessivo controle e interferência na condução e execução da atividade econômica da franqueada, primeira reclamada.

Sendo assim, conclui-se que as cláusulas contratuais citadas estabeleceram forma de prestação de serviços incompatível com o contrato de

franquia, emergindo das disposições contratuais a existência de terceirização de serviços de vendas e outras atividades correlatas (assistência prestada aos clientes - troca de número da linha móvel, troca de titularidade das linhas, emissão de segunda via de contas), atraindo a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada.

Dessa forma, independente de os serviços prestados pelo reclamante serem essenciais ou não à atividade-fim da tomadora dos serviços, responde a segunda reclamada subsidiariamente pelos créditos trabalhistas reconhecidos pela decisão de 1º grau, por ser beneficiária dos serviços prestados pelo reclamante, conforme Súmula n. 331 do TST.

Provejo o apelo obreiro para julgar procedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (TNL PCS S.A.) pelos créditos trabalhistas reconhecidos pela decisão de origem.

III - CONCLUSÃO

Preliminarmente, determino a retificação da autuação para fazer constar, como recorrente, FELIPE DE ALMEIDA SANTOS e, como recorridas, TNL PCS S.A. e OLA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

Conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamante e, no mérito, dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (TNL PCS S.A.) pelos créditos trabalhistas reconhecidos pela decisão de origem.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Quarta Turma, preliminarmente, determinou a retificação da autuação para fazer constar, como recorrente, FELIPE DE ALMEIDA SANTOS e, como recorridas, TNL PCS S.A. e OLA TELECOMUNICAÇÕES LTDA.; unanimemente, conheceu do recurso do reclamante; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para julgar procedente o pedido de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada (TNL PCS S.A.) pelos créditos trabalhistas reconhecidos pela decisão de origem.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2009.

JÚLIO BERNARDO DO CARMO
Desembargador Relator

TRT-00010-2008-108-03-00-3-RO

Publ. no "MG" de 13.08.2009

RECORRENTES: 1) HÉLCIO BAPTISTA PINTON

2) TELEMAR NORTE LESTE S.A.

RECORRIDOS: OS MESMOS

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA DISTINTA - COISA JULGADA MATERIAL - NÃO CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a diferença entre a causa de pedir próxima nas demandas propostas, não se tem atendido o requisito da tríplice identidade, necessário para efeito de se acolher a existência de coisa julgada. Essa é a situação jurídica quando, em nova demanda, o autor pleiteia indenização por dano moral decorrente de fato novo (descumprimento de ordem judicial). Logo, a conclusão é de que os aludidos pleitos não têm como suporte idêntica relação jurídica, restando descaracterizada, portanto, a hipótese de existência de coisa julgada material.

Vistos etc.

RELATÓRIO

A Juíza Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker, da 29ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, por meio da r. sentença de f. 302/306, cujo relatório adoto e a este incorporo, rejeitou a preliminar de coisa julgada e julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Embargos de declaração pela reclamada (f. 326/328), desprovidos pela decisão de f. 330/331 e aplicada a multa de 1% sobre o valor da causa à empresa, por terem sido considerados protelatórios os embargos por ela opostos.

Recurso ordinário interposto pelo reclamante, às f. 307/312, inconformado com o valor arbitrado à indenização por danos morais.

A ré recorreu ordinariamente (f. 332/340) no que se refere às seguintes questões: acolhimento da preliminar de coisa julgada; indenização por danos morais e multa por embargos protelatórios.

Contrarrazões recíprocas às f. 345/353 e 356/360.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários e das contrarrazões. Conheço dos documentos de f. 313/325, anexados com o apelo do autor, por se tratar de mera cópia de decisões proferidas nos autos de processos em que a TELEMAR foi litigante.

Por versar matéria prejudicial, analiso prioritariamente o recurso interposto pela demandada.

Juízo de mérito

Recurso da reclamada

Coisa julgada

O inciso V do artigo 267 do CPC estabelece que, se ajuizada uma ação idêntica à outra transitada em julgado e com a qualidade de coisa julgada material, deve o processo ser extinto, sem resolução do mérito. Já o § 2º do artigo 301 do CPC dispõe que “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” Não se pode olvidar, ainda, de que a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas, não fazendo coisa julgada os motivos, a verdade dos fatos e a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo (artigos 468 e 469 do CPC).

No caso vertente, tem-se que em ação anterior (processo 00604-2002-020-03-00-4) o reclamante postulou a concessão do benefício TELEMED; condenação de todos os valores comprovadamente gastos no tratamento de sua saúde e de seus familiares e indenização por dano moral. A decisão proferida no mencionado processo, transitada em julgado, condenou a reclamada, dentre outros, a restabelecer a concessão do benefício TELEMED, enquanto persistir a aposentadoria por invalidez do obreiro (f. 21/35, 39/61 e 104/140).

O autor, na petição inicial da presente ação, informou que não foi cumprida, em tempo hábil, a determinação de restabelecimento do plano de saúde, conforme ordem judicial proferida naqueles autos. Aduz que o descumprimento por mais de 01 ano e 04 meses acarretou-lhe prejuízo financeiro, gerando sofrimento físico e psicológico.

O Código de Processo Civil pátrio adotou a Teoria da Substanciação, segundo a qual, para haver identidade de causa de pedir, torna-se necessário que os fatos (causa de pedir remota) sejam os mesmos, e não apenas a relação jurídica destes originada (causa de pedir próxima).

Como se vê, na hipótese em exame, o reclamante pretende o pagamento de indenização por dano moral em face do não cumprimento da decisão judicial prolatada em anterior processo.

Assim, nas duas ações ajuizadas em que se reivindica a indenização por dano moral, apenas são comuns as partes, o pedido e a causa de pedir remota (restabelecimento do plano de saúde TELEMED), sendo diversa a causa de pedir próxima (descumprimento da ordem judicial). Evidenciada, portanto, a diferença entre a causa de pedir próxima (fatos) nas demandas propostas.

Ressalte-se ser insuficiente a aplicação da multa pelo descumprimento da ordem judicial de manutenção do plano de saúde do autor pela ré. A multa destina-se ao cumprimento da obrigação e guarda relação com a autoridade do Poder Judiciário, ao passo que nos presentes autos o que pretende o autor é uma indenização por danos morais pela humilhação e a dor sofrida em virtude de a TELEMAR não ter restabelecido o seu plano de saúde, não obstante a ordem judicial.

Note-se que o acordo celebrado pelos litigantes em nada altera o presente entendimento, uma vez ter sido convencionado tão-somente “que até 22.06.04 a reclamada entregará em juízo as carteiras do plano de saúde do reclamante e dos seus dependentes, bem como o catálogo de profissionais conveniados e o contrato vigente entre a reclamada e a Sul América” (f. 47). Verifica-se, ao revés do que se aduz no apelo, que não houve quitação ampla de modo a abranger todos os fatos que antecederam a citada avença.

Dessa maneira, não há como reconhecer a tríplice identidade de partes, de causa de pedir e de pedido que caracteriza o instituto da coisa julgada.

Conforme se observa, o presente entendimento não viola o disposto nos artigos 467 e 471 do CPC, tampouco o inciso XXXVI do artigo 5º da CR.

Nada a prover.

Indenização por dano moral

Para se amparar a pretensão indenizatória pelos danos morais e materiais, necessária a coexistência de três requisitos na etiologia da responsabilidade civil, considerados essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, o dano (acidente ou doença) e o nexo de causalidade do evento com o trabalho. Referida indenização, prevista no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição da República e artigos 186 e 927 do nCC (art. 159 do Código Civil de 1916), pressupõe um comportamento do agente que,

[...] desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou direito deste. Esse comportamento deve ser imputável à consciência do agente por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

(STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 2ª edição, ed. Revista dos Tribunais)

Destarte, é o ilícito ou erro de conduta do empregador ou de preposto seu, atuando como fonte geradora de responsabilidade, devendo o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos (danos) acarretados.

O ato ilícito, na lição de Maria Helena Diniz,

[...] constitui uma ação (comissão ou omissão), imputável ao agente, danosa para o lesado e contrária à ordem jurídica. Essa violação jurídica poderá consistir em desobediência a um dever previsto no ordenamento jurídico (ilícito civil ou penal) ou a uma obrigação assumida (inexecução de contrato).

(*In Curso de direito civil brasileiro*. 3ª ed., Saraiva, 1987, vol. 7, p. 19)

In casu, é inegável que a recorrente não cumpriu a decisão judicial transitada em julgado que lhe impôs obrigação de restabelecer o plano de saúde do autor, frisando que não se determinou o restabelecimento do plano de saúde conveniado ou outro equivalente, e, sim, o efetivamente contratado - TELEMED. Aliás, mesmo depois de firmado o acordo noticiado à f. 47 e a despeito de fixada uma *astreinte*

para coagir a empresa a cumprir com sua obrigação, a ré permaneceu renitente em sua postura. Saliente-se que o objetivo das *astreintes* não é obrigar a demandada a pagar o valor da multa, mas compeli-la a cumprir a obrigação na forma especificada.

Outrossim, do conjunto probatório dos autos, constata-se que o recorrido necessitou de atendimento médico, inclusive com indicação cirúrgica para solucionar o mal que o acometia (f. 63/65).

Logo, qualquer pessoa consideraria negativa e desagradável a situação vivenciada pelo recorrido. Não é difícil vislumbrar a existência de sentimentos de temor pelos desdobramentos e evolução da doença e, óbvio, de revolta para com a reclamada pela sua relutância em cumprir a sentença que determinou o restabelecimento do plano de saúde e, ainda, muito provavelmente, de frustração quanto à falta de efetividade do processo nesta Justiça.

Portanto, a exclusão do plano de saúde causou transtornos inquestionáveis ao autor, configurando ofensa a princípios constitucionais (ato ilícito).

O nexa causal (conduta reiterada da empresa em descumprir a decisão judicial) e o dano (dor e humilhação impostas ao reclamante) estão evidenciados nos autos, haja vista o prejuízo acarretado ao obreiro pela circunstância de, indevidamente, ter sido excluído o seu direito ao plano de saúde. A culpa restou devidamente caracterizada pelo fato de que a exclusão não era correta, tanto que o autor questionou os seus direitos judicialmente e foi atendido.

Assim, presentes o dano e o nexa de causalidade, surge para a ré o dever de indenizar.

Não prevalece a afirmação da reclamada no sentido de que o fato de existir inúmeros meios para se fazer cumprir uma decisão judicial a eximiria da indenização, porquanto evidente que a empresa desprezou a ordem judicial, embora ciente da angústia que afligia o reclamante. Na verdade, o maior prejuízo derivado do ato denunciado se reflete sobre o próprio Sistema Judiciário, que não pode deixar impune o descumprimento dos comandos sentenciais que dele emana, sob pena de estabelecer-se sua completa desvalorização e inocuidade.

Ademais, a circunstância de o reclamante ter a opção de realizar a cirurgia pelo SUS não exclui o dever da reclamada de indenizar o obreiro do dano causado em decorrência de sua culpa. Caso contrário, estar-se-ia transferindo a responsabilidade do empregador ao órgão previdenciário.

Também não se sustenta a assertiva de o demandante se encontrar amparado por outro plano de saúde, conforme informações fornecidas pela empresa Saúde Bradesco e pela SISTEL (docs. de f. 161, 193/194, 210/211, 234/236). Registre-se que essa questão foi apreciada pela decisão prolatada nos autos do processo n. 00604-2002-020-03-00-4 e naquela ocasião já foi esclarecido à ré “[...] que o novo plano não cobre as mesmas despesas do plano anterior, como, por exemplo, despesas com consultas odontológicas, dependentes, medicamentos, sendo as despesas com fisioterapia e acupuntura limitadas” (f. 42). Logo, como ao reclamante foi assegurado se valer do plano TELEMED e, considerando que aquele posteriormente contratado não garantiu os mesmos benefícios que o anterior, é de se reconhecer que a recorrente não adotou medidas suficientes para se isentar da culpa. Pelos mesmos motivos, é inócua para o deslinde da controvérsia a alegação de o reclamante ter indicação cirúrgica desde 2003, não a realizando, por ter optado pelo tratamento conservador.

Nego provimento ao recurso.

Multa aplicada na decisão que apreciou os embargos de declaração

Insurge-se a ré contra a multa de 1% sobre o valor da causa que lhe foi aplicada com fulcro no parágrafo único do artigo 538 do CPC, quando do julgamento dos embargos de declaração por ela opostos. Alega inexistir motivação para a incidência da multa em comento, porque não caracterizado o caráter protelatório dos embargos.

Sem-razão.

Os embargos de declaração opostos pela reclamada às f. 326/328 não apontaram qualquer omissão, contradição ou obscuridade na sentença, traduzindo, de fato, o inconformismo da parte com o posicionamento adotado pelo Juízo de 1º Grau.

O que pretendeu a recorrente era o exame das provas e questões suscitadas e, conseqüentemente, uma nova análise da matéria já devidamente decidida, objetivo não alcançável pela estreita via dos embargos de declaração. Assim, no tocante à matéria suscitada, não era mesmo o caso de manifestar sobre a questão.

Constata-se da sentença proferida que a Juíza de origem esgotou a prestação jurisdicional, fornecendo às partes pormenorizada fundamentação acerca da questão controvertida. O julgador decide à luz do seu livre convencimento, e não da forma pretendida pelo litigante.

Dessa forma, não tendo sido apresentada qualquer contradição, omissão ou obscuridade que justificasse sua interposição, claro está o intento procrastinatório.

Nesse contexto, mantenho a multa de 1% sobre o valor da causa (parágrafo único do art. 538 do CPC), inexistindo violação ao disposto nos incisos XXXV e LV do artigo 5º da CR/88.

Nego provimento.

Recurso do reclamante

Majoração do valor fixado à indenização por dano moral

No tocante ao valor fixado para a indenização em comento, em face da inexistência de lei específica determinadora do *quantum* devido em virtude do prejuízo sofrido, deve ser arbitrado em montante dentro dos limites da razoabilidade, compatível com a extensão e gravidade dos efeitos do dano, o grau de culpa do ofensor e a situação econômica das partes, para que se possa restabelecer o equilíbrio rompido.

Como se sabe, o objetivo da indenização vindicada é punir o infrator e compensar a vítima pelo dano sofrido, atendendo dessa forma à sua dupla finalidade: a justa indenização do ofendido e o caráter pedagógico em relação ao ofensor. Assim, não pode ser fixada em valor tão elevado que importe enriquecimento sem causa, nem tão ínfimo que não seja capaz de diminuir o sofrimento do autor nem sirva de intimidação para a reclamada. Note-se que a condenação da reclamada ao pagamento de multa por litigância de má-fé em outras ações não influencia a fixação do *quantum* devido ao autor da presente demanda.

Dentre os danos suscetíveis de reparação, destaca-se o de ordem moral, por ofensa e mitigação à integridade da pessoa, pois a dor moral é a que mais intensa repercussão produz na estrutura psíquica humana, já que todos os seus valores assentam-se em princípios de ordem moral e espiritual.

O dano moral deixa marcas profundas, e, em determinados casos, traz dificuldade de ser detectado, exatamente por não se poder avaliar o sentimento interior do ser humano, o que, todavia, não se traduz em impossibilidade, ainda que subjetiva. O sofrimento físico ou moral são contrários à vida e provocam reações que danificam a pessoa, sua vida, seu modo de ser, com repercussões generalizadas, por consequência, evidenciado o dano que merece reparo.

A análise das circunstâncias que envolveram o ato ilícito revela que a Magistrada de 1º Grau sopesou com acuidade as premissas que devem definir o valor da indenização, arbitrado em R\$7.000,00, não merecendo reforma a sentença. Nego provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Décima Turma, à unanimidade, conheceu de ambos os recursos e das contrarrazões; no mérito, por maioria de votos, negou-lhes provimento, vencido o Ex.^{mo} Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello que majorava o valor da condenação por danos morais.

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2009.

DEOCLECIA AMORELLI DIAS
Desembargadora Relatora

TRT-00003-2009-022-03-00-0-RO
Publ. no "MG" de 24.08.2009

RECORRENTE: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS
BANCÁRIOS DE BELO HORIZONTE E REGIÃO
RECORRIDO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

EMENTA: GREVE - DIAS PARALISADOS - REGULAMENTAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA. As relações obrigacionais entre empregador e empregados ficam suspensas no período de greve, conforme art. 7º da Lei n. 7.783/89, significando que, assim como não é devida a prestação de serviços, também não são devidos salários. Isso, contudo, não obsta que as partes regulamentem as obrigações referentes ao período da suspensão contratual, por meio de norma coletiva, definindo o direito aos salários do período de paralisação. Com efeito, definindo o empregador e a entidade sindical representativa dos trabalhadores, por meio de acordo coletivo de trabalho, a compensação dos dias parados e a vedação do desconto salarial quanto a esses dias, inviável a utilização pela ré de subterfúgio com o fim de

descontar dos salários dos empregados as faltas referentes ao movimento paredista, por meio de norma interna.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, em que figuram, como recorrente, SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BELO HORIZONTE E REGIÃO e, como recorrido, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

RELATÓRIO

Ao relatório de f. 468/470, que adoto e a este incorporo, acrescendo que o Ex.^{mo} Juiz Jessé Cláudio Franco de Alencar, em exercício na 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, pela r. sentença de f. 468/473, julgou improcedentes os pedidos formulados na ação civil pública proposta pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BELO HORIZONTE E REGIÃO em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

O reclamante interpõe o recurso ordinário de f. 479/496, pretendendo que seja declarada a nulidade da Circular Interna n. 107/2008 expedida pela reclamada, e que determinou o desconto no salário dos dias de greve não compensados.

Comprova o recolhimento do depósito recursal à f. 497.

Contrarrazões pela reclamada às f. 502/512.

Ao Ministério Público do Trabalho foi dada vista em mesa dos autos e o d. *Parquet* se manifestou pela ratificação do parecer de f. 452/466.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pelo sindicato autor. Conheço, também, da preliminar de nulidade suscitada pela CEF da tribuna, por ausência de parecer ministerial.

Juízo de mérito

Preliminar de nulidade suscitada pela CEF da tribuna

A CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, em sessão de julgamento, suscitou a preliminar de nulidade do processo, por ausência de remessa do feito ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer.

Todavia, não lhe assiste razão.

Cumpra salientar que os autos foram entregues ao d. representante do Ministério Público do Trabalho presente à sessão de julgamento, Dr. Dennis Borges Santana, que requereu vista em mesa e, pronunciando-se oralmente, manifestou-se em sintonia com o parecer de f. 452/466, ou seja, pela manutenção da improcedência dos pedidos iniciais.

Preliminar rejeitada.

Recurso do reclamante

Pretende o SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BELO HORIZONTE E REGIÃO - SEEB-BH - que seja declarada a nulidade da Circular Interna CEF n. 107/2008, no que se refere aos descontos salariais referentes aos dias não trabalhados no período de greve ocorrido em 30.09.08 e de 08 a 23.10.08.

Aduz que foi pactuada por meio de convenção coletiva de trabalho de âmbito nacional e de acordo coletivo firmado com a ré a vedação do desconto dos dias parados e a possibilidade de sua compensação, mediante a prorrogação da jornada de trabalho dos empregados.

Argumenta que a reclamada, ao tentar promover o desconto nos salários dos trabalhadores substituídos, “não cumpriu o que acordou na mesa de negociação, ferindo de morte a disposição do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, que determina a validade e a imperatividade das convenções e acordos coletivos de trabalho” (f. 484). Afirma que as normas coletivas imperam sobre qualquer disposição menos vantajosa, conforme artigos 619, 620 e 622 da CLT. Alega violação ao direito de greve e aos §§ 2º e 3º do art. 6º da Lei n. 7.783/89, bem como ao direito à intangibilidade salarial, previsto no inciso X do art. 7º da CF/88 e no art. 462 da CLT.

Diz, outrossim, que a reclamada, ao determinar o desconto salarial três meses após o término da greve, incorre em abuso de direito e em prática antissindical; que “a ideia de que a CI 107/08 cria a faculdade para o empregado de preferir o desconto à compensação da jornada não pode ser considerada, pois a propalada opção afronta a regra geral do não desconto” (f. 490); que não há na CI 107/08 “qualquer vinculação entre o desconto e uma eventual recusa do trabalhador em cumprir o acordado, o que lhe retira a conotação conferida na sentença” (f. 494); que as horas não compensadas até o dia 16.12.08

[...] não o foram em virtude da exiguidade do tempo para sua efetivação e da desorganização administrativa da empresa pública, que deixou ao talante de seus gestores a liberdade de fixar as datas e formas de compensação, o que permitiu que inúmeras unidades não implementassem as orientações até a data limite prevista no Acordo Coletivo de Trabalho. (f. 494)

Ao exame.

Como exposto nos parágrafos anteriores, o sindicato autor discorda da Circular Interna CEF 107/08, que regulamentou a compensação da jornada de trabalho em relação aos dias de paralisação paredista havida no dia 30 de setembro de 2008 e no período de 08 a 23 de outubro de 2008, alegando que a referida norma interna está em desacordo com a cláusula 33ª do Acordo Coletivo de Trabalho aditivo à CCT da FENABAN.

A reclamada, na defesa (f. 218/236), sustentou a validade da Circular Interna CEF 107/08, argumentando, em síntese, ser ela mais benéfica que as normas coletivas, na medida em que estabelece outras opções ao trabalhador para o pagamento dos dias parados em virtude da greve. Alegou que ambas as partes, nas normas coletivas, assumiram obrigações: “o empregador de não

descontar e o trabalhador de compensar” (f. 224). Desse modo, argumentou que, no caso do empregado que se recusa a compensar as horas estabelecidas, outra solução não há senão o desconto no salário, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Acrescentou a CEF que, em relação à quase totalidade dos empregados, há um abono parcial das horas não trabalhadas, pois “o cronograma de compensação não abrange necessariamente todas as horas de ausências do empregado, as quais se acham individualizadas POR MINUTO no registro de ponto de quem participou do movimento paredista” (f. 229). Disse, ainda, que, “apenas o descumprimento voluntário da compensação das horas definidas pelo gestor (e que não necessariamente coincide com o total de horas de paralisação) gera a consequência lógica do desconto das horas não compensadas” (f. 229), ou seja, “Descumprida a obrigação, procede-se ao desconto do quanto inobservado e não da totalidade dos dias parados” (f. 229).

Considerando os argumentos das partes, a prova documental e oral, e acolhendo o parecer do Ministério Público do Trabalho de f. 452/466, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos, conforme fundamentos de f. 470/473.

Pois bem.

A greve, utilizada pelos trabalhadores como meio de pressão e de força para o reconhecimento de direitos pelo empregador e pelo Estado, foi proibida, e era, até mesmo, considerada crime durante os anos iniciais do sindicalismo e do Direito do Trabalho. Hoje, no entanto, é reconhecida como um legítimo instrumento de autotutela dos trabalhadores, estando relacionada no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, conforme art. 9º, que enfatiza:

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Com o fim de regulamentar esse direito, o Estado editou a Lei n. 7.783, de 28.06.89, que, no art. 7º, dispõe: “[...] a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho”.

Desse modo, por expressa disposição legal, as relações obrigacionais entre empregador e empregados ficam suspensas no período de greve, significando isso que, assim como não é devida a prestação de serviços, também não são devidos salários. Isso, contudo, não obsta que as partes regulamentem as obrigações referentes ao período da suspensão contratual, por meio de norma coletiva, definindo o direito, ou não, aos salários do período de paralisação.

Firmadas essas premissas, é de se notar que, no presente caso, é incontroverso o movimento paredista no dia 30.09.2008 e nos dias 08 a 24 de outubro de 2008.

Quando do término da greve, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF - e a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS - FENABAN - firmaram, em 03.11.08, a Convenção Coletiva de Trabalho de f. 21/40, com período de vigência de 01.09.08 a 31.08.09, que estabeleceu, em relação aos dias de greve, a seguinte cláusula (f. 34):

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA SEXTA - DIAS NÃO TRABALHADOS (GREVE)

Os dias não trabalhados de 30.09.2008 a 22.10.2008, por motivo de paralisação, não serão descontados, e serão compensados, a critério de cada banco, com a prestação de jornada suplementar de trabalho no período compreendido entre a data da assinatura desta Convenção Coletiva de Trabalho até 15.12.2008, e, por consequência, não será considerada como jornada extraordinária, nos termos da lei.

PARÁGRAFO ÚNICO

Para efeitos do *caput* desta cláusula, não serão considerados os dias em que houve trabalho parcial, pelo empregado, durante a jornada diária contratada.

Complementando essa norma, a Caixa Econômica Federal e o CONTRAF firmaram o acordo coletivo de f. 41/65, que, na cláusula 33ª (f. 55), dispunha sobre a compensação dos dias não trabalhados.

No entanto, em seguida, a CEF e a CONTRAF entabularam, em 13.11.08, um aditivo ao referido acordo coletivo (f. 68/83), mediante o qual retificaram a cláusula 33ª do ACT 41/65, que passou a dispor (f. 71):

CLÁUSULA 33 - DIAS NÃO TRABALHADOS (GREVE)

Os dias não trabalhados de 30.09.2008 a 22.10.2008, por motivo de paralisação, não serão descontados, e serão compensados, a critério de cada banco, com a prestação de jornada suplementar de trabalho no período compreendido entre a data da assinatura desta convenção coletiva de trabalho e 15.12.2008, e, por consequência, não será considerada como jornada extraordinária, nos termos da lei.

Parágrafo Primeiro - Para os efeitos do *caput* desta cláusula serão considerados dias não trabalhados por motivo de paralisação aqueles em que não se deu a prestação de serviço pelo empregado durante a jornada diária integral contratada.

Parágrafo Segundo - Os empregados, que aderiram à greve no período de 30/09 a 24/10, realizarão efetivamente a compensação dos dias não trabalhados até o dia 19 DEZ 08 mediante plano de compensação.

Parágrafo Terceiro - Os empregados compensarão o saldo de horas dentro dos parâmetros legais de acordo com plano de compensação definido pelo gestor da unidade, até os prazos estabelecidos, conforme abaixo:

Período de Paralisação	Data final de compensação
De 30 de setembro a 22 de outubro	15 de dezembro
De 30 de setembro a 23 de outubro	16 de dezembro
De 30 de setembro a 24 de outubro	19 de dezembro

Parágrafo Quarto - Os empregados com saldo positivo de horas, registradas no SIPON, utilizarão o saldo positivo existente para compensar o montante negativo de horas não trabalhadas no período de greve, na proporção de uma para uma.

Parágrafo Quinto - A Caixa se compromete a não descontar as horas que eventualmente remanescerem do total de horas não trabalhadas, após o cumprimento do plano acima referido e de acordo com o período de compensação estabelecido.

Portanto, a norma coletiva transcrita é enfática no sentido de que os dias não trabalhados de 30.09.2008 a 24.10.2008, por motivo de paralisação, "não serão descontados, e serão compensados", a critério de cada banco, até o dia 19.12.08.

A CEF também se comprometeu a não descontar qualquer hora remanescente do total de horas não trabalhadas após o cumprimento do plano de compensação.

Não obstante a clareza da norma coletiva, a CEF editou a CI SUAPE-SURSE 107/08 (f. 84/91), regulamentando a compensação de jornada referente às horas não trabalhadas no período de greve, além de estabelecer opções aos trabalhadores, fixando outras formas de pagamento do período de paralisação.

Por meio dessa circular interna, estabeleceu a CEF que os empregados deveriam acrescer à jornada diária duas horas extras destinadas à compensação, de modo que a duração normal da jornada, daqueles que laboram 6 horas diárias, não ultrapassasse 8 horas e daqueles que trabalham 8 horas diárias, não superasse 10 horas diárias (item 2.1, f. 84/85).

A CI 108/08 também dispôs sobre "FORMAS ALTERNATIVAS DE COMPENSAÇÃO DAS AUSÊNCIAS POR GREVE", conforme item 5.1 (f. 86/88):

5.1.

Fica facultado ao empregado optar pelas alternativas detalhadas abaixo, por meio de requerimento pessoal com ciência do Chefe da Unidade, para viabilizar a compensação prevista na Convenção Coletiva de Trabalho:

5.1.2

ALTERNATIVA 1 - Utilizar o saldo de dias disponível de licença-prêmio e APIP, [...].

5.1.3 ALTERNATIVA 2 - Solicitar o desconto em folha de pagamento, o qual poderá ser parcelado em até 05 vezes, respeitada a margem consignável.

[...]

6. O saldo de horas que eventualmente remanescer sem o devido pagamento por compensação até a data limite prevista na Convenção Coletiva de Trabalho será descontado na folha de pagamento do mês de Janeiro de 2009.

7. Os empregados que retornaram ao trabalho no dia 27 OUT 2008 não são abrangidos pelo acordo de pagamento das horas por compensação citado no subitem 1.1 e estarão sujeitos ao desconto dos dias 23 e 24 OUT 2008, inclusive os dias de descanso semanal remunerado, na folha de pagamento de NOV 2008.

Analisadas tais normas, conclui-se, com a devida vênia a entendimentos contrários, que a Circular Interna CEF n. 107/2008 não pode prevalecer nos itens que preveem descontos dos salários dos empregados das horas referentes ao período de paralisação e que não foram compensadas.

Como é cediço, as convenções e os acordos coletivos de trabalho constituem fontes formais do Direito do Trabalho, na medida em que são instrumentos que criam regras jurídicas, tal como assinala a doutrina do professor e Ministro do TST, Dr. Mauricio Godinho Delgado:

As convenções coletivas, embora de origem privada (normas autônomas), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), diplomas desveladores de normas jurídicas típicas, tal como a sentença normativa. [...].

(DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4ª ed., Ed. LTr, 2005, p. 159)

Sendo assim, é de se admitir a sua modificação por ato interno empresarial, apenas com mútuo consentimento e desde que consista em uma condição mais vantajosa para o empregado (art. 468 da CLT).

Contudo, no presente caso, a Circular Interna n. 107/2008 não representa concessão de vantagens aos trabalhadores. De fato, foram estabelecidas opções para a compensação das horas não trabalhadas no período de greve. Entrementes, dentre tais opções adotou a CEF critério totalmente vedado pelo acordo coletivo de trabalho, ou seja, o desconto salarial.

Não se olvide de que, durante o período de greve, as obrigações contratuais são suspensas e que, em regra, não é devido o pagamento de salário. Entretanto, consoante retroexplicitado, no caso, as entidades sindicais representativas dos bancos e a própria CEF, em acordo coletivo, comprometeram-se a não efetuar descontos nos salários referentes aos dias de greve, o que deve ser observado. Nesse sentido, dispõe o art. 7º da Lei n. 7.783/89 que:

Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Nesse contexto, a “opção” que, segundo a reclamada, estabeleceu em benefício do empregado, consistiu em um subterfúgio com o fim de burlar a norma autônoma.

Cumpre assinalar que a regra de não desconto nos salários dos dias de greve, com a possibilidade de compensação, significou uma das condições para que os trabalhadores, representados pela sua entidade de classe, firmassem a convenção coletiva de trabalho que pôs fim à greve. Não fizeram qualquer ressalva quanto à possibilidade de o empregado optar pelo desconto salarial.

Nesse passo, não se afigura legítima a segunda “alternativa” proposta pela CEF, de desconto em folha de pagamento dos dias de greve, total parcelado em cinco vezes.

É bem verdade que, segundo a testemunha Silvana Dias Grochowki, indicada pela reclamada, ela

[...] não se recorda da data exata em que fecharam o cronograma de compensação; que a depoente cumpriu integralmente a referida compensação; que o cronograma foi apresentado para todos os colegas do setor da depoente e ele era opcional; que alguns cumpriram o cronograma integralmente; que outros cumpriram o cronograma de forma parcial; que pelo menos um colega não fez qualquer tipo de compensação; que, segundo os comentários, alguns não cumpriram o cronograma por falta de possibilidade e outros por entenderem que não deveriam fazê-lo. (f. 449)

No mesmo sentido, afirmou a testemunha Frederico de Oliveira Ferreira, arregimentada pela ré, que

[...] posteriormente houve uma reunião dos empregados do setor com o gestor na qual foi proposta a compensação de 30 horas, apesar da greve envolver cerca de 40 horas; que não havia um cronograma fixo para a compensação, pois o empregado tinha ingerência na forma pela qual isso seria feito; que o depoente efetivamente compensou as referidas 30 horas; [...] que no setor jurídico todos os colegas do depoente fizeram a compensação integral das 30 horas; que, embora não tenha presenciado, teve notícia de que a determinação para compensação das horas da greve em outros setores por alguns foi cumprida e por outros não; [...] que ouviu falar que alguns colegas se recusaram a fazer qualquer tipo de compensação na esperança de não ser descontados. (f. 450)

Entrementes, cumpria à reclamada exigir de seus empregados a compensação da jornada e, obviamente, aplicar as sanções que entendesse cabíveis àqueles que descumprissem o cronograma apresentado. Contudo, o desconto salarial estava vedado quanto às horas em questão.

Argumentou a reclamada, na defesa, que “os descontos não se referem propriamente aos dias parados em razão da greve”, mas, sim, “àquelas horas previstas no plano de compensação elaborado pelos gestores de cada unidade, observando as necessidades locais [...]” (f. 231). No entanto, não se abstrai essa interpretação da circular interna. Diz ela que “o saldo de horas que eventualmente remanescer sem o devido pagamento por compensação até a data limite prevista na Convenção Coletiva de Trabalho será descontado na folha de pagamento do mês de Janeiro de 2009” (item 6 da Circular Interna n. 107/08). Infere-se, portanto, que até mesmo as horas que não integraram o cronograma de compensação poderiam ser descontadas na folha de pagamento do mês de janeiro de 2009. E, com a devida vênia, não é possível a interpretação de que apenas as horas não compensadas e que fizeram parte do plano de compensação do empregado é que seriam descontadas.

Frise-se que o item 6 da Circular Interna n. 107/08 infringe frontalmente o § 5º da cláusula 33 do ACT, mediante a qual a CEF se comprometeu “a não descontar as horas que eventualmente remanescerem do total de horas não trabalhadas, após o cumprimento do plano acima referido e de acordo com o período de compensação estabelecido” (f. 221).

Do mesmo modo, o item 7 da Circular Interna n. 107/08, que prevê o desconto dos dias 23 e 24 de outubro de 2008 não trabalhados, também viola a cláusula 33 do ACT, pois ela expressamente previu que nas localidades onde a greve perdurou até o dia 24.10.08 o período de compensação estender-se-ia até 19.12.08.

Cumpra enfatizar que não se trata de serem pinçadas apenas as normas mais benéficas ao trabalhador, mas de se cumprir o disposto na CCT e no ACT, afastando a previsão de desconto salarial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para declarar a nulidade dos itens 5.1.3, 6 e 7 da Circular Interna CEF n. 107/2008, devendo a reclamada se abster de descontar dos salários de seus empregados os dias de paralisação não compensados, sob pena de multa de R\$1.000,00, por cada infração cometida.

Honorários advocatícios

Requer o sindicato autor o deferimento dos honorários advocatícios. Examinado.

Em hipóteses de substituição processual, não é devida a verba honorária em epígrafe. Isso porque, o sindicato, para ter direito a honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, deve estar atuando como assistente da parte beneficiária da justiça gratuita, tudo nos exatos termos da Lei n. 5.584/70, Súmulas n. 219 e 329 do TST e OJ n. 305 da SBDI-I do TST. Na hipótese de substituição processual, o sindicato atua não como assistente, mas como a própria parte.

Nesse sentido, a Súmula n. 26 deste Regional: "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Não são cabíveis honorários advocatícios em favor do sindicato vencedor da ação, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando figurar como substituto processual."

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pelo reclamante; conheço, também, da preliminar de nulidade suscitada pela CEF da tribuna, por ausência de parecer ministerial; rejeito a preliminar nulitória, ante o pronunciamento oral do *Parquet* na sessão de julgamento; no mérito, dou parcial provimento ao apelo para declarar a nulidade dos itens 5.1.3, 6 e 7 da Circular Interna CEF n. 107/2008, devendo a reclamada se abster de descontar dos salários de seus empregados os dias de paralisação não compensados, sob pena de multa de R\$1.000,00, por cada infração cometida. Inverto os ônus da sucumbência. Custas pela ré no importe de R\$400,00, calculadas sobre o valor da causa (R\$20.000,00).

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu e rejeitou a arguição de nulidade por ausência de parecer do MPT, suscitada da tribuna pelo i. procurador da CEF, uma vez que foi dada vista dos autos, em mesa, ao d. representante do MPT que se pronunciou oralmente se reportando ao parecer proferido anteriormente às f. 452/466; à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pelo reclamante; no mérito, sem divergência, deu-lhe parcial provimento para declarar a nulidade dos itens 5.1.3, 6 e 7 da Circular Interna CEF n. 107/2008, devendo a reclamada se abster de descontar dos salários de seus empregados os dias de paralisação não

compensados, sob pena de multa de R\$1.000,00 (um mil reais), por cada infração cometida; inverteu os ônus da sucumbência; custas pela ré no importe de R\$400,00 (quatrocentos reais), calculadas sobre o valor da causa R\$20.000,00 (vinte mil reais); o MPT se manifestou.

Belo Horizonte, 05 de agosto de 2009.

DENISE ALVES HORTA
Desembargadora Relatora

TRT-00742-2009-000-03-00-5-HC
Publ. no "MG" de 20.07.2009

IMPETRANTE: ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS JORGE
PACIENTE: ERNANI BRAZ MARTINS
IMPETRADO: JUÍZO DA VARA DO TRABALHO DE TRÊS CORAÇÕES

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL - JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL - ORDEM CONCEDIDA. Não mais subsiste, no sistema jurídico pátrio, a prisão civil por infidelidade depositária. O Supremo Tribunal Federal vem destacando, nos julgamentos acerca desse tema, o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, n. 7) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, adotando entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu têm *status* de norma supralegal. Nesse sentido, a subscrição pelo Brasil aos referidos tratados, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Incabível, desse modo, no sistema constitucional vigente no Brasil, a decretação de prisão civil do depositário infiel. Ordem de *habeas corpus* deferida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *HABEAS CORPUS*, em que figuram, como impetrante, ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS JORGE, como paciente, ERNANI BRAZ MARTINS e, como impetrado, o JUÍZO DA VARA DO TRABALHO DE TRÊS CORAÇÕES.

RELATÓRIO

Antônio Carlos dos Santos Jorge impetrou a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente Ernani Braz Martins, em face do impetrado, Juízo da Vara do Trabalho de Três Corações, pugnando pela revogação da ordem de prisão do paciente, bem como pelo recolhimento definitivo do mandado de prisão expedido.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 06/230.

Após a regular distribuição dos autos (f. 230-v), às f. 231/234, deferiu-se o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia da decisão que decretou a prisão civil do ora paciente, determinando, em consequência, o provisório recolhimento do mandado de prisão civil expedido contra o mencionado paciente, nos autos do processo 00421-2006-147-03-00-0, em tramitação perante o Juízo do Trabalho da Vara de Três Corações, até que se ultime o julgamento do presente *habeas corpus*.

Solicitadas informações ao Juízo impetrado, as mesmas vieram às f. 240/242 (fac símile) e 248/250.

O Ministério Público do Trabalho, mediante parecer da Dr^a Júnia Soares Nader, opinou pelo cabimento e pelo provimento do presente *habeas corpus* (f. 244/247).

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conheço do *habeas corpus*, a teor do inciso LXVIII do art. 5º da CF/88.

Juízo de mérito

Habeas corpus - Prisão civil - Depositário judicial infiel - Jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal - Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil - Ordem concedida

Cuida a presente hipótese de *habeas corpus*, objetivando a revogação da ordem de prisão, bem como o recolhimento definitivo do mandado de cumprimento de prisão expedido nos autos da reclamatória trabalhista 00421-2006-147-03-00-0.

Extrai-se dos autos que o presente pleito foi aviado por Antônio Carlos dos Santos Jorge (impetrante), em nome de Ernani Braz Martins - depositário da penhora efetivada às f. 79/80 - haja vista a determinação do Juízo da Vara do Trabalho de Três Corações, a fim de que o paciente disponibilizasse, àquele Juízo, os valores penhorados correspondentes a 20% do faturamento mensal do executado Edson Donizete Leo, alusivos ao período de outubro/2007 a março/2009, sob pena de se caracterizar a infidelidade depositária, com a consequente prisão do mesmo (f. 210/211).

Apura-se, ainda, dos autos que, por diversas vezes, o paciente procedeu aos depósitos solicitados pelo Juízo impetrado.

Ocorre que, no mencionado período (outubro/2007 a março/2009), o paciente não mais efetuou os depósitos judiciais a que se obrigou, o que ensejou o deferimento do decreto de prisão civil em seu desfavor e a expedição do mandado de f. 225, em razão da configuração da infidelidade depositária (f. 223).

Pois bem.

Não se olvide de que é temerário, em princípio, o proceder do paciente nos autos principais, quando se absteve de efetuar os depósitos judiciais a que se obrigou, permitindo o decurso *in albis* do prazo para entrega do bem penhorado (percentual de faturamento).

Porém, cumpre destacar que, no campo das condicionantes jurídicas, em se tratando de penhora sobre coisa futura e incerta, como na hipótese vertente, é preciso considerar a expressa manifestação do Tribunal Superior do Trabalho, na forma da Orientação Jurisprudencial n. 143 da SDI-II:

HABEAS CORPUS - PENHORA SOBRE COISA FUTURA E INCERTA - PRISÃO - DEPOSITÁRIO INFIEL (alterada - Res. 151/2008, DJE divulgado em 20, 21 e 24.11.2008. Não se caracteriza a condição de depositário infiel quando a penhora recair sobre coisa futura e incerta, circunstância que, por si só, inviabiliza a materialização do depósito no momento da constituição do paciente em depositário, autorizando-se a concessão de *habeas corpus* diante da prisão ou ameaça de prisão que sofra.

Aliás, essa Orientação Jurisprudencial é posterior à de n. 93 da mesma Seção, que autorizou definitivamente a penhora sobre renda mensal ou faturamento da empresa, dado o então vacilar da jurisprudência em admiti-la. *Verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE DA PENHORA SOBRE PARTE DA RENDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL (inserida em 27.05.2002). É admissível a penhora sobre a renda mensal ou faturamento de empresa, limitada a determinado percentual, desde que não comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades.

Ora, se numa primeira Orientação Jurisprudencial, o TST autorizou a penhora percentual de faturamento e, numa segunda manifestação, tratou de explicitar seus efeitos, sem revogar a orientação anterior, é que aquela Colenda Corte ratifica a convivência harmoniosa de ambas as Orientações.

Logo, depreende-se que está autorizada a penhora de percentual de faturamento, desde que sua viabilidade esteja condicionada ao não comprometimento das atividades regulares da empresa devedora e, por se tratar de evento futuro e incerto, inexistente a figura do depositário infiel.

Tem-se, assim, que é injurídico cercear o direito à liberdade por tese refutada no TST, firme que é no sentido de vedar a caracterização de depositário infiel nos casos de penhora de faturamento futuro.

Ainda que assim não fosse, não mais existe, consoante entendimento já pacificado pelo STF, no ordenamento jurídico nacional, a prisão civil por infidelidade depositária independentemente da modalidade de depósito.

Destaque-se que, no julgamento do HC 92.566/SP, em 03 de dezembro de 2008, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal declarou expressamente revogada a Súmula n. 619 do STF, a qual autorizava a decretação da prisão civil do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente do prévio ajuizamento da ação de depósito.

Em recente decisão, o Ministro Celso de Mello destacou que todos os

juízos sobre esse tema devem considerar o que dispõem, na matéria, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, n. 7) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, haja vista que aquela Corte adotou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu têm *status* de norma supralegal.

Vale transcrever a ementa proferida nos autos do processo HC 90.450/MG, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO - ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.

- Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

- A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição.

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tomarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

(STF - Segunda Turma - HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, data de publicação DJE 06.02.2009 - ATA N. 1/2009 - DJE n. 25, divulgado em 05.02.2009)

Com efeito, por ter havido adesão ao Pacto de São José da Costa Rica, que permite a prisão civil por dívida apenas na hipótese de descumprimento inescusável de prestação alimentícia, realçou o mencionado Ministro que não é cabível a prisão civil do depositário, qualquer que seja a natureza do depósito.

Sabidamente, o ordenamento jurídico pátrio prevê duas formas de prisão civil: a do devedor de alimentos e a do depositário infiel. O depositário infiel é aquele que recebe a incumbência judicial ou contratual de zelar por um bem, mas não cumpre sua obrigação e deixa de entregá-lo em juízo (hipótese versada nos autos), ou de devolvê-lo ao proprietário quando requisitado, ou não apresenta o seu equivalente em dinheiro na impossibilidade de cumprir as referidas determinações.

No julgamento do STF, foi decidido que a lei ordinária não pode sobrepor-se ao disposto em um tratado sobre direitos humanos ao qual o Brasil aderiu.

Tem-se, assim, que a decretação da prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial, constitui, em princípio, ato que pode ser considerado arbitrário, sem qualquer suporte em nosso ordenamento positivo, porquanto absolutamente incompatível com o sistema de direitos e garantias consagrado na Constituição da República e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Corroboram tal entendimento, no sentido de admitir a prisão apenas para a hipótese de inadimplemento de pensão alimentícia, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

(HC 89634 / SP - São Paulo. *Habeas corpus*. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24.03.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma. Divulg. 29.04.2009. Publ. 30.04.2009)

PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilicitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a Súmula 619 (REs n. 349.703 e n. 466.343, e HCs n. 87.585 e n. 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC

concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(STF - HC 94307 / RS - RIO GRANDE DO SUL. *HABEAS CORPUS*. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 19.02.2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PRISÃO CIVIL. ORDEM DE PRISÃO QUE TEM COMO FUNDAMENTO A CONDIÇÃO DE SER O PACIENTE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DESTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da inviabilidade da prisão civil do depositário judicial infiel (HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio). 2. *Habeas corpus* concedido.

(STF - HC 96118 / SP - SÃO PAULO. *HABEAS CORPUS* Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 03.02.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Sendo assim, e em face das razões expostas, confirmo liminar deferida, revogando a decisão que decretou a prisão civil do paciente, bem como o mandado de prisão civil expedido nos autos do processo 00421-2006-147-03-00-0, em tramitação perante o Juízo do Trabalho da Vara de Três Corações.

Julgo procedente o presente pedido de *habeas corpus*.

CONCLUSÃO

Conheço da impetração e julgo procedente o presente pedido de *habeas corpus*, confirmando a liminar deferida e revogando a decisão que decretou a prisão civil do paciente, bem como o mandado de prisão civil expedido nos autos do processo 00421-2006-147-03-00-0, em tramitação perante o Juízo do Trabalho da Vara de Três Corações, o qual, de imediato e independente do trânsito em julgado, deverá ser cientificado desta decisão.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Oitava Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu da impetração e julgou procedente o presente pedido de *habeas corpus*, confirmando a liminar deferida e revogando a decisão que decretou a prisão civil do paciente, bem como o mandado de prisão civil expedido nos autos do processo 00421-2006-147-03-00-0, em tramitação perante o Juízo do Trabalho da Vara de Três Corações, o qual, de imediato e independente do trânsito em julgado, deverá ser cientificado desta decisão.

Belo Horizonte, 08 de julho de 2009.

MÁRCIO RIBEIRO DO VALLE
Desembargador Relator

TRT-01064-2008-023-03-00-0-RO

Publ. no "MG" de 13.07.2009

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDO: SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM RURAL - SENAR

EMENTA: SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS - REGIME JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO MITIGADO POR NORMAS DE DIREITO PÚBLICO - ADMISSÃO DE PESSOAL - EXIGÊNCIA DE PRÉVIO PROCESSO SELETIVO DE CARÁTER OBJETIVO - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E EFETIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, os Serviços Sociais Autônomos são criados, fomentados e subvencionados pelo Estado, o que enseja algumas mitigações de seu regime jurídico por normas de direito público, notadamente pelo fato de gerirem contribuições parafiscais e outros recursos orçamentários que lhes são repassados. Essa hibridez, associada à inexistência de norma explícita a respeito da vinculação dessas entidades paraestatais aos princípios norteadores da Administração Pública, torna controversa a exigência de concurso público para a admissão de pessoal. Porém, uma interpretação sistemática, efetiva e teleológica da Constituição aponta para a extensão dos princípios inscritos no *caput* do seu art. 37, no que for cabível, aos componentes do Sistema S, porquanto é inconcebível destacar compulsoriamente parte do patrimônio dos contribuintes e transferi-la para entidades privadas, conferindo-lhes ampla disponibilidade sobre essa renda. Vale dizer, a gestão de recursos públicos, conquanto não transmude a natureza jurídica privada dos Serviços Autônomos Sociais, impõe-lhes, no respectivo dispêndio, obrigações semelhantes às constitucionalmente previstas para a Administração Pública. Com efeito, embora não haja regra expressa a respeito e não lhes seja exigível a realização de concursos idênticos aos tradicionalmente realizados com base no inciso II do aludido dispositivo, as entidades paraestatais devem recrutar mão-de-obra mediante processos seletivos objetivos e amplamente divulgados, que, embora mais simplificados, também sejam capazes de atender aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da moralidade.

RELATÓRIO

O juiz Fernando Antônio Viégas Peixoto, da 23ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela sentença de f. 964/967, julgou improcedentes os pedidos formulados na presente ação civil pública.

O Ministério Público do Trabalho recorre às f. 969/985, insistindo na necessidade de realização de concurso público para seleção de pessoal do réu.

Contrarrazões às f. 988/1.007.

VOTO

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo e não sujeito a preparo.

Transcrevendo uma série de lições doutrinárias e de excertos de decisões judiciais e administrativas (TCU), o recorrente reitera a pretensão de que o réu seja condenado a implementar critérios objetivos nos processos seletivos de pessoal, salientando, em suma, que, por gerir recursos públicos, as entidades paraestatais estão jungidas aos princípios elencados no art. 37 da Constituição da República. O recorrido, por sua vez, também amparado em pareceres e jurisprudência, alega que a gestão de recursos públicos não transmuta sua natureza jurídica, não se lhe estendendo, portanto, a exigência de concurso público para recrutamento de mão-de-obra, porquanto restrita, nos termos do *caput* do aludido dispositivo constitucional, à Administração Pública direta e indireta.

É cediço que os Serviços Sociais Autônomos são pessoas jurídicas de direito privado que desempenham atividades privadas de interesse público, razão pela qual são criados, fomentados e subvencionados pelo Poder Público. Embora não sejam integrantes propriamente ditos da Administração, essas instituições não são regidas exclusivamente pelo direito privado, que sofre algumas mitigações por normas de direito público. A começar pelo início de sua existência jurídica, que decorre da lei, e não do registro dos atos constitutivos, como as demais pessoas jurídicas de direito privado (art. 45 do CCb). No caso do recorrido, o art. 62 do ADCT previu que “A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área”, tendo sido regulamentado pela Lei n. 8.315/91, que assim dispôs:

Art. 1º É criado o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), com o objetivo de organizar, administrar e executar em todo o território nacional o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural, em centros instalados e mantidos pela instituição ou sob forma de cooperação, dirigida aos trabalhadores rurais.

Art. 2º O Senar será organizado e administrado pela Confederação Nacional da Agricultura (CNA) e dirigido por um colegiado com a seguinte composição:

I - um representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - um representante do Ministério da Educação;

III - um representante do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária;

IV - um representante da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB);

V - um representante das agroindústrias;

VI - cinco representantes da Confederação Nacional da Agricultura (CNA); e

VII - cinco representantes da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag).

Parágrafo único. O colegiado de que trata o *caput* deste artigo será presidido pelo Presidente da Confederação Nacional da Agricultura (CNA).

Destaque-se, portanto, que, apesar de responsável pela organização e administração do Senar, sempre com participação de representantes de órgãos

públicos, não foi a CNA quem o criou à sua livre disposição, mas a União Federal. Ademais, a despeito de não desempenharem atividades exclusivas do Estado, os integrantes do Sistema S não podem prestar serviços ou produzir bens visando a objetivos mercantis (cf. CUÉLLER, Leila. Os novos serviços sociais autônomos: exame de um caso. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun./jul./ago., 2008. disponível na *internet*: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 19 de junho de 2009). Outrossim, estão sujeitos à prestação de contas nos moldes do parágrafo único do art. 70 da CR, em razão de serem mantidos fundamentalmente por recursos públicos, inclusive por contribuições de natureza compulsória, parafiscal (art. 240 da CR). Confirmam-se, a propósito, os repasses orçamentários previstos no aludido Diploma Legal:

Art. 3º Constituem rendas do Senar:

I - contribuição mensal compulsória, a ser recolhida à Previdência Social, de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o montante da remuneração paga a todos os empregados pelas pessoas jurídicas de direito privado, ou a elas equiparadas, que exerçam atividades:

- a) agroindustriais;
- b) agropecuárias;
- c) extrativistas vegetais e animais;
- d) cooperativistas rurais;
- e) sindicais patronais rurais.

II - doações e legados;

III - subvenções da União, Estados e Municípios;

IV - multas arrecadadas por infração de dispositivos, regulamentos e regimentos oriundos desta lei;

V - rendas oriundas de prestação de serviços e da alienação ou locação de seus bens;

VI - receitas operacionais;

VII - contribuição prevista no art. 1º do Decreto-lei n. 1.989, de 28 de dezembro de 1982, combinado com o art. 5º do Decreto-lei n. 1.146, de 31 de dezembro de 1970, que continuará sendo recolhida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra);

VIII - rendas eventuais.

Justifica-se, por conseguinte, a conclusão de Hely Lopes Meirelles invocada pelo recorrente: “o paraestatal não é estatal, nem é particular; é o meio termo entre o público e o privado” (f. 985). Aliás, desde o advento da Constituição da República de 1988, a tendência é relativizar cada vez mais o abismo que outrora separava o Direito Público do Privado, imiscuindo normas de uma natureza em regime distinto.

Ainda que assim não fosse, cumpre relembrar que a seleção de pessoal mediante certame não é necessariamente incompatível com o regime jurídico privado, porquanto não só as sociedades de economia mista e as empresas públicas (art. 37 da CR), como também os cartórios notariais, meros delegatários não integrantes da Administração direta ou indireta, estão submetidos ao princípio do concurso público (§ 3º do art. 236 da CR), o que não importa, por si só, a

inviabilização da atividade eventualmente econômica que lhes seja atribuída. Talvez seja essa a razão pela qual o Decreto n. 566/92, que regulamentou a Lei n. 8.315/91, conjugou o regime celetista com a admissão por concurso nos seguintes termos:

Art. 13. O regime jurídico do pessoal do Senar será o da Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar.

Parágrafo único. A admissão de pessoal em cargo de provimento efetivo dar-se-á mediante concurso, observadas normas específicas editadas pelo Conselho Deliberativo.

Como se vê, o regulamento do Senar prevê a realização de concurso, cingindo-se a questão em definir se tal alusão traz consigo os princípios intrínsecos ao certame de que trata o inciso II do art. 37 da CR, vale dizer, se o réu, não obstante sua paraestatalidade, está adstrito ao postulado da ampla acessibilidade aos postos de trabalho, corolário da conjugação entre a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, premissas centrais da Administração Pública, inscritas no *caput* daquele dispositivo. Isso porque, até então, o Regimento Interno do recorrido prevê mero processo seletivo entre pelo menos cinco candidatos com formação compatível para o cargo a ser preenchido (f. 477), sem exigência de divulgação eficaz das vagas, dando ensejo a ascensões internas verticais e a contratações predominantemente subjetivas, mediante análise curricular e entrevistas (vide documentação acostada a partir da f. 47).

Com efeito, a hibridiz de regime subjacente ao Sistema S, supradescrita, associada à inexistência de norma explícita a respeito de sua vinculação aos princípios norteadores da Administração Pública, torna o tema bastante controverso entre os administrativistas e, por ora, ainda incipiente na jurisprudência dos tribunais superiores, como demonstrado nos autos por ambas as partes. Porém, a ausência de regra expressa não obsta, à luz da hermenêutica jurídica contemporânea, interpretações expansivas em consonância com a Constituição, decorrentes da conjugação dos princípios da supremacia, da unidade e da máxima efetividade do Texto Constitucional, cuja normatividade não mais se questiona. É justamente esse o escopo do recorrente ao afirmar que o repasse de recursos orçamentários vinculados aos objetivos institucionais de interesse público da entidade paraestatal leva, a reboque, a obrigação de promover processos seletivos objetivos, públicos e impessoais nos respectivos dispêndios, no caso, com a contratação de pessoal. A propósito, confira-se o seguinte excerto do parecer emitido pela Conap - Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública:

Indubitável, portanto, que tais recursos [contribuições parafiscais previstas no art. 240 da CR] podem ser caracterizados como “dinheiro público”, mesmo porque não se está tratando de contribuições facultativas, mas sim compulsórias, sendo ainda de se frisar que tais recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

Em resumo, está-se a tratar de uma entidade de direito privado, que não integra a

Administração Pública nem direta nem tampouco indiretamente, mas que gere recursos públicos. [...]

Como é cediço, não constitui novidade pessoas jurídicas de direito privado que se submetem ao regramento constitucional alusivo ao concurso público. [...]

Vê-se, portanto, que não se encontra uma solução para o caso ora posto sob análise tomando-se por base a questão da personalidade jurídica da instituição envolvida. Por outro lado, mais chances há de se lograr êxito quando se passa a analisar a questão sob o prisma da origem dos recursos. Para um melhor entendimento de tal afirmação, convém observar o que prescreve o parágrafo único do art. 17 da Instrução Normativa n. 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN n. 01/97), *in verbis*: Art. 17. [...]

Parágrafo único - Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei n. 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei.

[...]

Conclui-se, assim, que todo aquele que gere recursos públicos submete-se, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar o seu correto emprego [...].

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser empregado no que tange à contratação de pessoal. [f. 31/33].

Concordo, integralmente, com esse raciocínio. A gestão de recursos públicos, conquanto não transmude a natureza jurídica da instituição, impõe-lhe obrigações correlatas, semelhantes às constitucionalmente previstas para a Administração Pública, pois é inconcebível destacar compulsoriamente parte do patrimônio dos contribuintes e transferi-la para entidades privadas, conferindo-lhes ampla disponibilidade sobre tal renda. Nesse sentido também a abalizada lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*in Direito administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 416):

[...] a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente a essa finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Talvez por isso essas entidades não sejam consideradas integrantes da Administração Indireta. No entanto, pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos pra fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 02.06.92).

Com efeito, o recorrido não é sustentado por recursos próprios da Confederação Nacional da Agricultura, mas por repasses orçamentários federais. Logo, ontologicamente, o Senar se afasta das pessoas jurídicas regidas pelo Código

Civil e mais se aproxima da Administração Pública, exercendo função administrativa, que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, existe quando alguém está investido no encargo de cuidar, gerir o que não é seu, sujeitando-se, pois, aos mecanismos hábeis para satisfazer integralmente ou na maior medida possível os interesses públicos subjacentes. E o instrumento eleito pelo ordenamento pátrio para fazê-lo, no tocante à contratação de pessoal, é o concurso público, vale dizer, o processo seletivo que, mediante publicidade e critérios objetivos e impessoais, assegure ampla acessibilidade aos postos de trabalho, realizando, a um só tempo, os princípios elencados no *caput* do art. 37 da CR. Aliás, o STF não se cansa de enaltecer a importância do instituto:

O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II).

A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.

(ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, publ.: DJ 14.12.01)

Assim, uma interpretação sistemática, efetiva e teleológica da Constituição aponta para a extensão dos princípios da Administração Pública, no que for cabível, às entidades paraestatais. A despeito de não haver regra explícita e de não lhes ser exigível a realização de concursos idênticos aos tradicionalmente realizados pela Administração Pública, nos termos do inciso II do art. 37 da CR, os Serviços Sociais Autônomos devem recrutar mão-de-obra mediante processos seletivos que, ainda que simplificados, também sejam capazes de realizar os aludidos princípios, isto é, sejam amplamente divulgados e compostos por critérios objetivos e impessoais, como dito. Corroborando esse entendimento, o seguinte excerto da obra *Concurso público e Constituição*, de Diógenes Gasparini, transcrito na sentença carreada às f. 919/924:

A par dessas entidades que são obrigadas a realizar concurso público de provas ou de provas e títulos para ingresso de interessados em seus quadros, acham-se as que devem realizar processos seletivos simplificados para a mesma finalidade, como são as entidades do chamado Sistema S, constituído por, entre outras, o Sesi, o Senai e o Senac. [...] cremos que, dada a natureza tributária da receita que auferem, a realização de concurso público simplificado [e não subjetivo] para ingresso de servidores em seus respectivos quadros de pessoal é o procedimento adequado à satisfação dos princípios da moralidade administrativa e da igualdade. [f. 922]

Pondere-se que se até os cartórios notariais, que não manejam verbas públicas, estão jungidos ao certame, com muito mais razão devem estar os integrantes do Sistema S, que, não obstante sua natureza privada, subsistem às custas de contribuições parafiscais e outras fontes orçamentárias.

Nem se argumente que a exigência feriria o princípio da legalidade. Como visto, a Lei n. 8.315/91 remete a questão ao decreto regulamentador, que, por sua vez, exige a admissão de pessoal mediante concurso, expressão que, a meu ver, deve ser interpretada conforme a Constituição, nos termos acima, sob pena de se perpetuarem os mandos e desmandos que se observam na cúpula política do país, com o preenchimento de cargos custeados por dinheiro público através de favoritismos e atos secretos.

Nesse diapasão, conclui-se que o Regimento Interno do recorrido, deixando de prever publicidade e critérios objetivos e impessoais na contratação de pessoal, violou a legislação vigente, se não na literalidade do art. 13 do Decreto n. 556/92, ao menos na única interpretação legítima do dispositivo.

ISSO POSTO,

Conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu a observar na admissão de seu pessoal, a partir do trânsito em julgado desta decisão, o seguinte: a) realização de processo seletivo dotado de critérios objetivos, como questões sobre conhecimentos técnicos e práticos com pertinência lógica com o cargo a ser ocupado, previamente definidos em edital, vedada a utilização de critérios discriminatórios ou subjetivos, como entrevistas, testes psicológicos, dinâmicas de grupo e análise curricular com etapas eliminatórias ou classificatórias, ou qualquer forma de identificação dos candidatos durante a correção das provas, dispensando-o somente nos casos de preenchimento de funções de direção, chefia e assessoramento constantes previamente do Regimento Interno, ou nos casos de contratação emergencial, devidamente justificadas, não excedentes de seis meses, período no qual deverá ser realizado regular processo seletivo objetivo para o preenchimento das vagas respectivas; b) abster-se de promover recrutamento interno ou misto, publicando-se o edital do processo seletivo em pelo menos um jornal de grande circulação regional, com antecedência mínima de uma semana do início do prazo de inscrição, que não poderá ser inferior a trinta dias; c) empossar os aprovados observando-se a ordem de classificação do processo seletivo, cujo resultado deverá ser publicado em pelo menos um jornal de grande circulação regional; d) abster-se de realizar promoções entre carreiras diversas (verticais). Em caso de descumprimento de quaisquer dessas obrigações, será devida multa de R\$10.000,00 por trabalhador encontrado em situação irregular, revertida ao FAT ou, se eventualmente extinto, à União Federal. Custas pelo réu, no importe de R\$6.000,00, calculadas sobre R\$300.000,00, valor arbitrado à condenação.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Quinta Turma, julgou o presente processo e, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu a observar na admissão de seu pessoal, a partir do trânsito em julgado desta decisão, o seguinte: a) realização de processo seletivo dotado de critérios objetivos, como questões sobre conhecimentos técnicos

e práticos com pertinência lógica com o cargo a ser ocupado, previamente definidos em edital, vedada a utilização de critérios discriminatórios ou subjetivos, como entrevistas, testes psicológicos, dinâmicas de grupo e análise curricular com etapas eliminatórias ou classificatórias, ou qualquer forma de identificação dos candidatos durante a correção das provas, dispensando-o somente nos casos de preenchimento de funções de direção, chefia e assessoramento constantes previamente do Regimento Interno, ou nos casos de contratação emergencial, devidamente justificadas, não excedentes de seis meses, período no qual deverá ser realizado regular processo seletivo objetivo para o preenchimento das vagas respectivas; b) abster-se de promover recrutamento interno ou misto, publicandose o edital do processo seletivo em pelo menos um jornal de grande circulação regional, com antecedência mínima de uma semana do início do prazo de inscrição, que não poderá ser inferior a trinta dias; c) empossar os aprovados observando-se a ordem de classificação do processo seletivo, cujo resultado deverá ser publicado em pelo menos um jornal de grande circulação regional; d) abster-se de realizar promoções entre carreiras diversas (verticais). Em caso de descumprimento de quaisquer dessas obrigações, será devida multa de R\$10.000,00 por trabalhador encontrado em situação irregular, revertida ao FAT ou, se eventualmente extinto, à União Federal. Custas pelo réu, no importe de R\$6.000,00, calculadas sobre R\$300.000,00, valor arbitrado à condenação.

Belo Horizonte, 07 de julho de 2009.

JOSÉ MURILO DE MORAIS
Desembargador Relator

TRT-01457-2008-004-03-00-6-RO
Publ. no “MG” de 24.07.2009

RECORRENTE: ADRIANA CRISTINA DA SILVA MOURA
RECORRIDAS: (1) TELEMAR NORTE LESTE S.A.
(2) TNL CONTAX S.A.

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR DOS SERVIÇOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS. A terceirização da atividade-fim da empresa constitui simples forma de transferir para terceiros a contratação de pessoal, como instrumento voltado à redução de custos, encontrando barreira intransponível nos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho, ambos consagrados e realçados pela Constituição Federal de 1988, impondo-se o reconhecimento da relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto contra a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram, como recorrente, ADRIANA CRISTINA DA SILVA MOURA e, como recorridas, TELEMAR NORTE LESTE S.A. e TNL CONTAX S.A.

RELATÓRIO

O MM. Juiz do Trabalho da 4ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Dr. Celso Alves Magalhães, pela r. sentença de f. 221/226, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Inconformada com a r. decisão, a reclamante interpôs o recurso ordinário de f. 229/237, insurgindo-se contra o não reconhecimento do vínculo de emprego com a primeira reclamada, TELEMAR, e contra o indeferimento dos pedidos de diferenças salariais, diferenças dos tíquetes-refeição, cestas básicas e auxílio-refeição e pagamento de comissões sobre vendas.

Contrarrrazões apresentadas às f. 251/262 (TNL CONTAX S.A.) e f. 263/267 (TELEMAR NORTE LESTE S.A.).

É o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Próprio e tempestivo, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

2. Juízo de mérito

2.1. Formação de vínculo de emprego com a primeira reclamada

A reclamante ajuizou reclamação contra as reclamadas, afirmando que foi contratada pela segunda, mas sempre prestou serviços para a primeira, desempenhando atividades ligadas à sua atividade-fim, ficando caracterizada a mera intermediação de mão-de-obra. Acrescenta a reclamante que estava, na prestação de serviços, subordinada à primeira reclamada.

O pedido de reconhecimento de relação de emprego entre a reclamante e a primeira reclamada foi indeferido, sob o argumento de que o trabalho desenvolvido pela reclamante não se inseria na atividade-fim da primeira reclamada e de que a reclamante não estava subordinada a esta reclamada.

A reclamante apresenta recurso, postulando a reforma da decisão e o reconhecimento de relação de emprego com a primeira reclamada.

Relação de emprego é a relação jurídica que tem por objeto o trabalho humano prestado pessoalmente em favor de outrem, de forma onerosa, não-eventual e subordinada, ou, em apertada síntese, a relação de trabalho subordinado. Subordinação é a sujeição jurídica do trabalhador ao poder diretivo do empregador. Poder que é exercido pela definição do modo pelo qual o trabalho deverá ser realizado (poder regulamentar), pela fiscalização da realização do trabalho (poder fiscalizador) e pela punição do trabalhador no caso da não-observância do modo de realização do trabalho previamente estabelecido (poder punitivo). Na relação de emprego o trabalhador coloca a sua força de trabalho à disposição do empregador em troca de salário e se submete às suas ordens em relação ao modo pelo qual o trabalho será prestado. O modo da prestação de trabalho envolve a

definição de que trabalho deverá ser prestado, onde, quando e como (o que inclui o tempo para a sua realização) a prestação de trabalho deverá ocorrer, sujeitando-se o trabalhador à punição (advertência e suspensão) e até à dispensa (incisos “e” e “h” do art. 482 da CLT) no caso do descumprimento das determinações do empregador.

Com a reestruturação do processo produtivo, a sujeição jurídica do trabalhador à direção e à fiscalização do empregador passou a não ocorrer na forma da hierarquia tradicional, o que levou a doutrina e a jurisprudência a buscar novos critérios para a configuração do estado de subordinação típico da relação de emprego. Entre os novos critérios está a ideia da integração do trabalhador na organização ou estrutura da empresa (daí se falar em subordinação integrativa e subordinação estrutural). Contudo, a integração, ou não, do trabalhador na organização ou estrutura do empreendimento é estabelecida em função dos mesmos fatores utilizados para a caracterização da subordinação clássica (sujeição direta do trabalhador ao poder diretivo do tomador dos seus serviços). Com a reestruturação do processo produtivo, a forma pela qual a direção, fiscalização e punição do empregado são realizadas é que foi alterada (das ordens pessoal e diretamente transmitidas ao trabalhador passou-se à total sujeição do trabalhador às diretivas que definem a estrutura do processo produtivo). A estrutura produtiva estabelecida pelo empregador se transforma em ferramenta de controle sobre o trabalhador.

Dito de outra forma, os meios de produção fixam o modo da prestação do trabalho humano, assumindo a condição de ferramenta para o exercício do poder diretivo do empregador. Com isso, o trabalhador passa a ser uma mera engrenagem em um processo produtivo rigidamente estabelecido pelo empregador (a sujeição do trabalhador ao empregador passa a ser funcional).

Não existe, portanto, uma nova subordinação, mas uma nova forma de exercício do poder diretivo, que se apresenta na sujeição do trabalhador ao modo de realização do trabalho fixado pelos meios de produção definidos e organizados pelo tomador dos seus serviços, sem um mínimo de autonomia do seu prestador (cooperativa ou empresa prestadora de serviços).

A sujeição do trabalhador ao modo de produção definido e organizado pelo tomador dos seus serviços está presente na hipótese de terceirização de sua atividade-fim, uma vez que qualquer empresa cuida para que essa atividade se desenvolva de acordo com os seus objetivos econômicos. Estando o trabalhador sujeito ao modo de produção definido e organizado pelo tomador dos seus serviços, com este se forma a relação de emprego.

A terceirização da atividade-fim constitui simples forma de transferir para terceiros a contratação de pessoal, como instrumento voltado à redução de custos, encontrando, por isso, barreira intransponível nos princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho, ambos consagrados e realçados pela Constituição Federal de 1988. Trata-se, em suma, de redução de custos em prejuízo do trabalhador, que tem o seu trabalho desvalorizado, na comparação com os trabalhadores contratados diretamente pelo tomador dos serviços (desvalorização que é evidente na hipótese dos autos, diante da distinção entre os benefícios que a primeira reclamada reverte aos seus empregados e aqueles que a segunda reclamada assegura às pessoas por ela contratadas para prestar serviços à primeira).

Cumprе esclarecer que a segunda reclamada é uma empresa organizada para a prestação de serviços de telecomunicação (f. 185, art. 2º) e para que essa prestação seja possível é indispensável criar canais de comunicação entre a comunidade e a reclamada e um desses canais é o serviço de *call center*. A reclamada oferece ao público o serviço de telecomunicações e essa oferta era realizada pela reclamante. Com isso, não há que se falar em simples atividade acessória ou complementar à atividade da reclamada, o que afasta a incidência da Lei n. 9.472/97, no que diz respeito à definição das hipóteses de terceirização lícita.

A Lei n. 9.472/97 deve ser interpretada em sintonia com o art. 9º da CLT, do qual resulta que a terceirização não pode ser utilizada para afastar do trabalhador os direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica, o que resta evidente quando, como na hipótese dos autos, é realizada a terceirização, para empresa do mesmo grupo econômico, da atividade-fim da primeira reclamada.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para reconhecer, como de emprego, o vínculo jurídico existente entre a reclamante e a primeira reclamada, determinando o envio dos autos à Vara de origem, a fim de que se julguem, como se entender de direito, os demais pedidos formulados na inicial.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Primeira Turma, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, sem divergência, deu-lhe provimento parcial para reconhecer, como de emprego, o vínculo jurídico existente entre a reclamante e a primeira reclamada (TELEMAR NORTE LESTE S.A.), determinando o envio dos autos à Vara de origem, a fim de que se julguem, como se entender de direito, os demais pedidos formulados na inicial.

Belo Horizonte, 20 de julho de 2009.

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA
Juiz Relator

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00622-2007-102-03-00-7

Data: 23.11.2009

DECISÃO DA 2ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO MONLEVADE - MG

Juiz Titular: Dr. NEWTON GOMES GODINHO

Aos 26 dias do mês de agosto do ano de 2009, às 12h45min, na sede da 2ª Vara do Trabalho de João Monlevade/MG, tendo como Juiz o Dr. NEWTON GOMES GODINHO, nos autos da ação trabalhista ajuizada por RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA em face de ENGELMIG ELÉTRICA LTDA. e COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, foi proferido o seguinte julgamento:

RELATÓRIO

RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA ajuizou ação trabalhista contra ENGELMIG ELÉTRICA LTDA. e COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, alegando que foi contratado pela 1ª reclamada, em 10.04.06, para exercer a função de eletricista, sendo os serviços prestados à 2ª reclamada. Informa que percebia o salário mensal de R\$427,78, acrescido do adicional de periculosidade e, ainda, R\$150,00 pagos "por fora". Afirma que, em 23.08.06, quando, juntamente com a equipe de trabalho, dava manutenção em área da 2ª reclamada, foi vítima de descarga elétrica, com amputação dos antebraços direito e esquerdo, na altura dos cotovelos. Narra o acidente, que teve participação de empregados da 1ª reclamada, e de fiscais da 2ª reclamada, com consequências irreversíveis. Invoca a responsabilidade objetiva. Mostra a extensão das lesões sofridas, justificando os pedidos a título de dano moral e estético, pretendendo também receber a quantia suficiente para aquisição de próteses, além de pensão decorrente do que deixou e deixará de auferir. Reclama, igualmente, o que deixou de receber da previdência social, em razão dos valores pagos "por fora". Pediu as reparações descritas às f. 6/7, inclusive a título de cumulação imprópria subsidiária, deu à causa o valor de R\$1.235.050,00 e juntou os documentos de f. 9/36.

Às f. 40/41 e 58, o reclamante aditou a inicial, alterando o valor da causa e acrescentando o pedido em relação às próteses.

Defendeu-se a 1ª reclamada, às f. 63/79, sustentando, no caso da indenização acidentária, a aplicação da teoria da culpa subjetiva. Alega que, apesar de ser empresa de pequeno porte, prestou assistência moral e econômica ao autor e a seus familiares, arcando com despesas elevadas. Invoca as circunstâncias em que se deu o acidente, contidas em relatórios, apontando fatos e causas a respeito, e imputando a culpa ao reclamante. Contestou os vários pleitos e insurgiu-se contra os valores pretendidos. Pediu a improcedência e juntou os documentos de f. 80/412.

Defendeu-se a 2ª reclamada, às f. 413/436, invocando, preliminarmente, a incompetência em razão da matéria, a inépcia da inicial e sua ilegitimidade para a causa. Sustenta, em face do contrato entre as empresas, que nenhuma responsabilidade lhe cabe, ainda que subsidiária. No mérito, alega a ausência de prova do dano, do nexo causal e de culpa da reclamada. Contestou, um a um, os pleitos formulados, pediu a improcedência e juntou os documentos de f. 437/468.

Sobre as defesas e documentos, manifestou-se o autor, às f. 488/495.

À f. 497, determinou-se a realização de perícia médica, tendo as partes indicado assistentes técnicos e formulado quesitos às f. 499/504, 507/509 e 511/512.

Parecer técnico, às f. 542/555, e laudo pericial, às f. 559/579, com manifestação das partes, às f. 590/594, 603/611 e 615/616, seguindo-se os esclarecimentos de f. 621/622, com novas manifestações das partes, às f. 624/625, 628, 630/631 e 638.

Às f. 675/678, as partes prestaram depoimento pessoal e, às f. 771/774, foi colhido o depoimento de testemunha arrolada pela 1ª reclamada.

Às f. 782/784, foram ouvidas as testemunhas do reclamante e, conforme facultado à f. 784, a 1ª reclamada juntou memorial de razões finais, às f. 793/800, fazendo-o o reclamante, às f. 809/815.

À f. 816, encerrou-se a instrução, restando prejudicada a nova tentativa conciliatória.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

Rejeita-se, *prima facie*, a preliminar de incompetência em razão da matéria, arguida pela 2ª reclamada. Os pedidos formulados na inicial, embora contemplando reparações de natureza civil, foram-no em razão do contrato de trabalho. A *causa petendi*, atrelando-se ao alegado acidente do trabalho, ancorou-se na relação de emprego e, para dizer desta e das consequências que daí resultam, a competência é, sem dúvida, da Justiça do Trabalho.

Ressalte-se, aliás, que o entendimento acima encontra inteira guarida na Emenda Constitucional n. 45/2004 e também em atual e notória jurisprudência do Colendo STF.

Rejeita-se, ainda, a preliminar de inépcia da inicial, também arguida pela 2ª reclamada, já que a exposição dos fatos se fez clara, e o pedido, por sua vez, mostrou-se coerente com aquilo que se expôs. *Petitum* e *causa petendi* puseram-se em harmonia, não se vislumbrando na inicial vícios que possam respaldar a inépcia arguida. No caso, o reclamante narrou o acidente de que foi vítima no trabalho, invocou a culpa de ambas as empresas e pediu-lhes a condenação, circunstâncias suficientes para afastar o alegado pedido genérico e a pretendida inépcia.

Não vinga, por outro lado, a preliminar de ilegitimidade, igualmente arguida pela Vale. Na medida em que restou incontroverso que a 1ª reclamada, empregadora do reclamante, viu-se contratada para prestar serviços à 2ª reclamada, em cujo âmbito, por sinal, verificou-se o acidente, é esta última detentora de legitimidade para figurar no polo passivo da ação proposta. E quanto à sua efetiva responsabilização ou, ainda, quanto à natureza e alcance de sua eventual responsabilidade, as questões são de mérito e, com este, serão analisadas e decididas.

Superadas as preliminares, passa-se ao *meritum causae*, cabendo ao julgador, diante de um homem sem braços, aviltado em sua dignidade, ainda no vigor dos seus 35 anos, desincumbir-se de uma das mais penosas tarefas que a magistratura fez recair sobre seus ombros. Aqui, cabe pausa especial:

O Juiz, prisioneiro dos autos, o é também da vida. A imagem do reclamante, mostrada nas fotos de f. 34/36, machuca a alma. Para lembrar o Poeta, aquele que, mais que o ouro e o minério, melhor luziu na terra itabirana, o que ali se vê não é apenas retrato na parede. É uma dura realidade. E como dói [...].

São fatos incontroversos nos autos que o reclamante, admitido pela 1ª reclamada, prestou serviços à Vale, fazendo-o na função de eletricista, em trabalhos de manutenção de rede elétrica ao longo da rede ferroviária. A função exercida, pela natureza das atividades que nela se compreendem, é, sem dúvida, perigosa em si mesma. Tanto assim, aliás, que a 1ª reclamada, agindo corretamente, pagou ao reclamante, desde a admissão, o adicional de periculosidade, além de treiná-lo, apesar de sua experiência anterior, como evidenciado tanto na prova documental quanto na prova oral.

A propósito, a testemunha Hudson José de Paula, às f. 782/783, declarou que “[...] o reclamante, ao tocar na bucha primária do transformador, recebeu a descarga elétrica [...]”, e que o “[...] reclamante, para fazer a tarefa, teria de tocar nas buchas do transformador.”

Ora, a partir daí, não é difícil perceber que, na atividade, havia a presença do risco objetivo, tal como inscrito no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Tanto assim que, conforme se verá, por uma falha no comando da operação, o reclamante, apesar dos EPIs fornecidos, viu-se alvo de lesões gravíssimas, que o marcarão por toda a vida.

A responsabilidade objetiva, na medida em que caracterizada, seria suficiente para, genericamente, determinar a obrigação de indenizar, já que, ao lado dela, o dano e o nexo de causalidade restaram também cabalmente comprovados, desde a CAT de f. 202. No caso dos autos, porém, não se pode fazer justiça a seco. Na medida em que pedida a condenação de ambas as reclamadas, é preciso ir além, é preciso analisar a controvérsia, agora também sob o prisma da responsabilidade subjetiva ou da culpa, sob pena de não se fazer a justiça do caso concreto.

A prova colhida veio demonstrar que a 2ª reclamada, Vale, embora apenas contratante ou tomadora dos serviços, acabou tendo participação direta, imediata e decisiva na operação que motivou o acidente, de forma a chamar a si a inteira responsabilidade pelo evento danoso. Cabia-lhe, à luz da prova colhida, o comando maior da operação, que somente poderia ter início a partir da determinação dada por seus fiscais, presentes e atuantes no momento do acidente, e sob cujas ordens, na referida operação, punha-se o próprio encarregado da 1ª reclamada.

A testemunha Hudson José de Paula, que era também eletricista e que presenciou o acidente, declarou, às f. 782/783:

[...] que, no trabalho de manutenção em que ocorreu o acidente, havia dois fiscais da Vale e um encarregado da 1ª reclamada, Engelmig; que aguardavam o momento de iniciar a operação de manutenção, sendo que o início do trabalho era autorizado pelo fiscal da 2ª reclamada; que, para a manutenção, deveria ser desligada a energia entre as duas extremidades;

[...] que, na operação em que ocorreu o acidente, seriam substituídas três chaves-faca e a manutenção seria feita em três postes que estavam com transformadores; que o fiscal da Vale autorizou o início da tarefa; que, quando foi autorizado o início da

tarifa, em verdade, os três postes com transformadores estavam energizados; que, no caso, apenas o Alimentador C foi desligado, enquanto que um outro Alimentador permaneceu ligado; que houve desconhecimento do fiscal da Vale quanto a esse outro Alimentador que deveria ter sido desligado; que o depoente se encontrava ao lado de Sérgio, fiscal da 2ª reclamada, quando este comunicou ao fiscal Maycon, por rádio, que a operação de desligamento foi feita com sucesso; que Maycon se encontrava na outra extremidade; que esse mesmo comunicado foi feito na outra extremidade, onde estava o fiscal Maycon; que somente após esses comunicados é que poderia começar o trabalho de manutenção;

[...] que o reclamante, ao tocar na bucha primária do transformador, recebeu a descarga elétrica; que o reclamante, para fazer a tarefa, teria de tocar nas buchas do transformador; que, após os comunicados de desligamento da energia elétrica, não é preciso novo teste para saber se o equipamento foi desenergizado;

[...] que o encarregado da Engelmig é subordinado ao fiscal da Vale; que confirma que a manutenção e reparo só podem ser iniciados com autorização expressa do fiscal da Vale;

[...] que presenciou os fiscais mandando o reclamante subir no poste;

[...] que a autorização dada pelo fiscal é feita em contato com o centro de Controle de Manutenção da Vale; que, na hora de cumprimento das tarefas, o encarregado da Engelmig tinha de cumprir a determinação do fiscal da Vale.

Por seu turno, a testemunha Márcio José Ferreira, que também presenciou o acidente, disse, às f. 783/784:

[...] que presenciou o acidente ocorrido com o reclamante, tendo, inclusive, ajudado a armar a escada no poste em que o reclamante subiu;

[...] que foi autorizado o serviço mesmo no Alimentador que estava carregado; que o fiscal da Vale é quem dava ordem para o encarregado da Engelmig e este a repassava aos eletricitistas e ajudantes;

[...] que tem de haver autorização expressa do fiscal da Vale para início da manutenção/reparo; que quem deveria ter ciência do projeto no trecho em que seria realizado o serviço são os fiscais da Vale;

[...] que o encarregado da 1ª reclamada tinha de cumprir a determinação dada pelo fiscal da 2ª reclamada.

Mesmo a testemunha arrolada pela 1ª reclamada, Célio Oliveira de Paula, que era encarregado e que foi ouvido apenas como informante, prestou declarações que, em suas linhas básicas, confirmaram os depoimentos acima invocados. Disse o informante que, “no local havia 02 fiscais da segunda reclamada supervisionando e autorizando os serviços”, que “os fiscais da Vale não desligaram os Alimentadores

B e C, desligaram apenas o Alimentador C, por isso ocorreu o acidente com o reclamante” e que “a responsabilidade de desligar tais Alimentadores de energia era dos fiscais da Vale” (f. 771/772).

Como se percebe, a prova oral, pacientemente colhida e transcrita nestes fundamentos, põe à mostra não só a responsabilidade, mas a responsabilidade exclusiva da 2ª reclamada, que, na lamentável operação que vitimou o autor, fez-se presente, de extremidade a extremidade, de ponta a ponta. Assumiu ela, repita-se, o comando decisivo da operação, falhou nesse comando e, por seus fiscais, agiu culposamente.

Em consequência, apesar dos volumosos contratos a que as empresas menores costumam aderir, naturalmente à cata da sobrevivência no mercado, não há culpa a imputar à 1ª reclamada e, em relação a esta, é improcedente a ação proposta.

A propósito, embora excluída a responsabilidade da 1ª reclamada, o que este Juiz fez com absoluta convicção, já é tempo de melhor percorrer a sempre rica seara do Direito Civil. Já é tempo de se penetrar as entranhas desses contratos, sempre invocados, pelas grandes contratantes, como excludentes de sua responsabilidade. É tempo de, sobre eles, aplicar-se a moderna visão da justiça contratual, que busca o equilíbrio das prestações ajustadas, que se volta para quem contrata por necessidade, para a equidade como a justiça do caso concreto, para a justiça substancial e não apenas para a justiça formal, de forma a sepultar o velho *pacta sunt servanda*, questões de que bem cuidou Adriano Marteleto Godinho, em obra que este Juiz tem a honra e o justo orgulho de invocar (*A lição no novo código civil brasileiro*, Ed. Mandamentos/2008).

São enormes os danos causados ao reclamante, podendo-se dizer que são eles quase irreparáveis ou, até mesmo, irreparáveis. A essa altura, nos seus modestos 35 anos, o reclamante, ferido no corpo e na sua honra subjetiva, vê-se dependente de terceiros, incapaz de gestos os mais simples, impedido de enxugar o suor ou as lágrimas, impedido de um simples aceno ou aperto de mão.

Não bastassem as fotos de f. 34/36, que falam por si sós, o perito, no laudo médico de f. 559/576, assim escreve:

Trata-se de reclamante de 35 anos de idade apresentando quadro clínico compatível com seqüela de acidente de trabalho decorrente de eletrocussão. Devido ao acidente o reclamante sofreu amputação dos antebraços ao nível do coto proximal.

Após o acidente o reclamante foi tratado em centro médico de renome e realizou sessões de fisioterapia. Contudo, devido à gravidade do acidente o mesmo encontra-se inválido e dependente de terceiros para realizar atividades básicas à sua sobrevivência.

As sequelas funcionais do acidente sofrido pelo reclamante são gravíssimas. O dano estético o é de enorme monta. Resta ao enfermo a utilização de prótese para tentar recuperar-lhe parte das funções de seus membros superiores e da estética.

E conclui:

O reclamante apresenta em decorrência de acidente de trabalho sofrido invalidez total e permanente (100%). O reclamante apresenta em decorrência de acidente de

trabalho sofrido dano estético estimado em grau 7 (sete), numa escala de 1 (hum) a 7 (sete).

Não é preciso ir além, para se perceber que o reclamante tem direito às justas indenizações reivindicadas. E atentando para a extensão das lesões, para a culpa apurada e para o gigantesco porte da empresa causadora do dano, o juízo passa a fixá-las.

Pagará a 2ª reclamada, a título de danos morais, a importância de R\$300.000,00 e, em decorrência de danos estéticos, também R\$300.000,00. Incidirão, sobre as indenizações deferidas, juros e correção monetária, os juros a partir da propositura da ação e a correção monetária a partir desta decisão, observando-se, quanto à atualização, a Súmula n. 381 do TST.

Pagará a 2ª reclamada, ainda, a indenização pleiteada no item 5 dos pedidos, à f. 6, em decorrência do que o autor deixou e deixará de auferir, desde o acidente e até que completasse 65 anos de idade. Nesse caso, tomando-se o salário base (R\$427,78), o adicional de periculosidade (R\$128,33), o duodécimo do 13º salário, pedido em aditamento à inicial, e desprezando-se o alegado pagamento de R\$150,00, extrarrecibos, fato não suficientemente provado, chega-se à remuneração mensal de R\$602,45. Tomando-se, mais, a idade do reclamante, à época do acidente (34 anos), e projetando-a aos 65 anos, fixa-se a indenização em R\$224.111,40, a ser paga em parcela única. Também sobre esse valor incidirão juros a partir da propositura da ação, além de correção monetária, esta a partir do acidente, com observância da Súmula n. 381 do TST.

O laudo pericial, de forma incisiva, fez asseverar que, “No caso em questão, só existe uma prescrição médica. A da prótese requerida pelo reclamante”, concluindo que essa prótese é a mioelétrica (f. 564.41 e 576).

Em consequência, e em sintonia com o laudo médico, a 2ª reclamada arcará com os custos de implantação das próteses, com seus acessórios, observando-se o que consta dos documentos médicos anexados com a inicial. Observar-se-á, mais, o valor indicado no item 3 dos pedidos, à f. 6 (R\$282.500,00), com a atualização em termos de mercado, devendo essa atualização ser comprovada nos autos.

Em momento processual oportuno, a reclamada será intimada para, no prazo de quinze dias, depositar o valor correspondente à implantação das próteses, sob pena de multa diária, no importe de R\$2.000,00, até o limite de R\$60.000,00, nesse caso, sem prejuízo do cumprimento da obrigação ora imposta.

O laudo pericial aponta para a necessidade de manutenção periódica das próteses, devendo a reclamada arcar com os custos das revisões que se fizerem normalmente necessárias, cujos valores, em cada época, deverão ser comprovados nos autos, sendo procedente, neste ponto, o pedido formulado no aditamento de f. 58. Quanto, entretanto, a próteses que possam surgir em consequência de possíveis inventos futuros, o pleito, mais que genérico, é inteiramente incerto e, porque assim, improcedente.

Para a hipótese de revisão das próteses, a reclamada será intimada, em momento oportuno, para depositar os valores comprovadamente necessários, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária de R\$2.000,00, até o limite de R\$60.000,00, sem prejuízo, também aqui, do cumprimento da obrigação.

Pagará a 2ª reclamada, ainda, os honorários periciais, fixados em R\$4.000,00, atualizáveis a partir desta decisão, deduzindo-se os valores antecipados.

Este Juiz, no silêncio e na solidão da madrugada em que escreve, lamenta ter proferido esta decisão, depois de tudo fazer, como registrado à f. 645, para que tudo se resolvesse pela via do entendimento entre as partes. Frustrada a missão conciliatória, cumpriu-se o dever de julgar, mas é preciso deixar registrado, diante de um homem sem braços, para reflexão de todos, que, nestes autos, a conciliação se impunha, como puro e simples dever social.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, nos autos da reclamação trabalhista proposta por RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA contra ENGELMIG ELÉTRICA LTDA. e COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, rejeito as preliminares de incompetência em razão da matéria, de inépcia da inicial e de ilegitimidade passiva da 2ª reclamada. Quanto ao mérito, julgo improcedente a ação contra a 1ª reclamada, para absolvê-la das reivindicações formuladas e, em relação à 2ª reclamada, julgo procedentes, em parte, os pedidos, para condená-la a pagar ao reclamante, em valores finais a serem apurados em liquidação, indenização por danos morais, no importe de R\$300.000,00, indenização por danos estéticos, também no importe de R\$300.000,00, além de indenização pelos valores resultantes do trabalho, que o autor deixou e deixará de auferir, desde o acidente e até que completasse 65 anos de idade, no importe de R\$224.111,40. Arcará a 2ª reclamada, ainda, com os custos das próteses a serem implantadas, observando-se o valor lançado na inicial, com a atualização em termos de mercado, na época da implantação, inclusive com os custos das revisões periódicas que se fizerem normalmente necessárias, em conformidade com os valores comprovados nos autos, em cada época, sob pena de responder pelas multas diárias fixadas nos fundamentos da decisão, sem prejuízo do cumprimento das obrigações impostas.

Observar-se-á, em tudo, inclusive quanto a juros e correção monetária, o que consta da fundamentação supra, que integra esta conclusão.

Pagará a 2ª reclamada, ainda, os honorários periciais, fixados em R\$4.000,00, atualizáveis a partir desta decisão, deduzindo-se os valores pagos antecipadamente.

Em face da natureza das reparações deferidas, não há recolhimento previdenciário ou fiscal.

Custas pela 2ª reclamada, no importe de R\$20.000,00, calculadas sobre R\$1.000.000,00, valor arbitrado à condenação.

Intime-se a União/Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei n. 11.457/07.

Intimem-se as partes.

Encerrou-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 00803-2008-050-03-00-0

Data: 27.07.2009

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE BOM DESPACHO - MG

Juiz Titular: Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA

Aos vinte e sete dias do mês de julho do ano de 2009, às 16h36min, na sede da MM. Vara do Trabalho de BOM DESPACHO/MG, tendo como titular o MM. Juiz do Trabalho Dr. VALMIR INÁCIO VIEIRA, realizou-se audiência de julgamento da reclamação ajuizada por DIVINO JOSÉ RIBEIRO em face de VILMAR JOSÉ DE SOUZA, relativa à indenização por danos morais e físicos etc., no valor de R\$30.000,00.

Aberta a audiência, foram, de ordem do MM. Juiz titular, apregoadas as partes. Ausentes.

A seguir, o Juiz titular prolatou a seguinte decisão:

Vistos etc.

Segundo o art. 13, da Convenção n. 161 da OIT, "Todos os trabalhadores devem ser informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho", os trabalhadores informais inclusive, a ensejar o resguardo do "mínimo existencial" no tocante à saúde e à segurança no trabalho, tudo em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

I - RELATÓRIO

DIVINO JOSÉ RIBEIRO ajuíza ação de reparação de danos físicos e morais derivados de acidente do trabalho em face de VILMAR JOSÉ DE SOUZA, ambos qualificados nos autos. Sustenta, em síntese, que: foi contratado pelo requerido em 22.05.2000, sem anotação de CTPS, para trabalhar como tratorista; no início de novembro de 2007, o requerente foi vítima de acidente do trabalho, quando arava terras na propriedade do Sr. Celso; um empregado, a mando do Sr. Celso, ateou fogo nas palhas secas de cana enleiradas próximo à divisa com a propriedade do Sr. Torrinha; na ocasião, o fogo passou através da taboa seca existente na baixada da divisa para o pasto de capim *brachiaria* do Sr. Torrinha, de modo que houve a necessidade de levar com urgência o trator do reclamado para tentar apagar o fogo nesse pasto; ocorre que, quando o ora postulante já estava cercado o fogo, arando o meio daquele pasto de capim alto, escapou a mangueira de óleo diesel que alimenta o motor do trator e este veio a se desligar; o fogo que já estava próximo acabou atingindo o trator até a altura da capota, queimando o reclamante que estava em cima dessa máquina; o ora requerente, na ocasião, não tinha para onde correr devido ao fogo ter se alastrado instantaneamente; o requerente sofreu queimaduras em ambos os braços, no tórax, na face e no olho esquerdo, tendo sido levado ao hospital pelo próprio reclamado; o referido acidente marcou profundamente o requerente, com prejuízos moral e financeiro, sempre acompanhados de violenta depressão; o empregador agiu com culpa *in eligendo*, caracterizada pela falta de manutenção dos tratores e falta de equipamentos de segurança no trabalho, colocando em risco até mesmo as vidas dos demais companheiros de trabalho; conclui-se pela responsabilidade objetiva do requerido.

Em consequência, requer o pagamento de indenização por danos morais e físicos. Atribui à causa o valor de R\$30.000,00. Junta aos autos os documentos de f. 06/11.

O reclamado, regularmente notificado, apresenta defesa escrita, nos termos de f. 17/40. Alega, em suma, que: não existiu relação de emprego entre as partes; o contestante é proprietário de um trator, sendo que a prestação de serviços que presta com tal máquina é eventual e somente é feita em ocasiões em que não precisa, ele próprio, dos serviços com tal trator em propriedade rural que explora; quando não é o próprio contestante quem presta os serviços, contrata outras pessoas para tal mister, como ocorreu nos serviços prestados na propriedade rural do Sr. Celso; o reclamante prestava serviços para outras pessoas, como tratorista, sem qualquer vínculo com o ora reclamado; o reclamante não juntou aos autos a CAT; não existiu culpa *in eligendo* do contestante; foi o próprio reclamante quem ateou fogo em “palhas de cana” que se encontravam enleiradas; o contestante não contratou o reclamante para que este se pusesse a praticar ato ilícito, ou seja, colocar fogo em “pastagem” ou material de alta combustão em propriedade rural; a máquina na qual o reclamante estava prestando serviços não possuía qualquer defeito e não teve qualquer problema de funcionamento no momento da queima de pastagens em propriedade do Sr. Torrinha, nem tampouco teria soltado qualquer peça ou equipamento que não permitiria seu funcionamento; as atividades exercidas com o veículo “trator” não são perigosas ou penosas; o contestante nunca deu ordem ao reclamante para atear fogo em capim ou palhas secas; segundo a inicial o reclamante teria, espalhando-se o fogo, tentado fazer uma aração, em terreno vizinho, sem qualquer ordem do contestante; quando o reclamante deixou a direção e condução do “trator”, no momento do “incêndio”, postando-se por sobre o trator e não em sua direção, a pessoa conhecida por “Rodrigo”, que é, ou era, empregado do Sr. Celso, dirigiu-se prontamente para o local em que o trator se encontrava e, vendo o receio do reclamante, passou a conduzir o trator retirando-o do local; não houve qualquer fato que impedisse a movimentação do trator e sua retirada do local, visto que o trator foi movimentado, no momento do incêndio, com sua retirada e do próprio reclamante do local; se houvesse qualquer fato que impedisse o reclamante de sair do local com o trator, atribuível às condições do próprio veículo, por certo tal impedimento também se aplicaria à terceira pessoa, no caso, ao Sr. Rodrigo, que por certo não conseguiria retirar o veículo do local; o reclamante tinha experiência, de longa data, na condução de trator; houve culpa exclusiva da vítima; é totalmente desconhecida pelo reclamado a relação de causa e efeito entre a alegada “sequela no olho esquerdo” e o acidente; o reclamante não teve qualquer dano, voltando a exercer suas atividades normais, assim que medicado; a responsabilidade civil não é objetiva, senão em relação ao Poder Público; não há demonstração de dano ou culpa; o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal se refere a situações em que fique configurado dolo ou culpa; no caso dos autos não existiram as figuras de empregado e empregador; nenhum ato ou procedimento que poderia evitar o acidente se exigiria do reclamado; quem estava cuidando para que os serviços se executassem dentro da mais regular correção era o próprio reclamante; a inicial é inepta porque na mesma está dito que a culpa do reclamado se caracterizaria pela culpa *in eligendo*, sendo que não há a indicação de fatos que configurariam tal modalidade de culpa; o reclamante não indicou qual o

equipamento de proteção que não teria sido fornecido e a relevância da ausência de semelhante fornecimento relativamente ao acidente verificado; o reclamante não indicou qual a norma de segurança que não teria sido adotada e o nexo causal com o acidente e o dano; o pedido de indenização por danos morais se mostra improcedente; como reconhecido pelo reclamante, havia ele sido contratado para exercer funções de “tratorista” e não de “incendiário”; na situação descrita na inicial, hipoteticamente considerada, se o reclamante agisse com o cuidado e zelo adequados, e com o cumprimento da lei, o alegado acidente, mesmo que hipoteticamente considerado, com certeza plena, não aconteceria; não agiu o reclamado, no evento que teria, segundo a afirmação do reclamante, levado ao alegado acidente, com imprudência ou imperícia, como também não foi negligente em qualquer ato que deveria ter praticado, a justificar a culpa no procedimento; se o fato se deu quando o próprio reclamante tentava diminuir os efeitos do “incêndio” que ele próprio provocara, por certo que não pode o reclamado ser responsabilizado por danos que porventura tenham sido ocasionados a ele reclamante; mesmo sabendo dos riscos de se colocar um trator próximo de um incêndio, mesmo assim o reclamante o fez, conduzindo o trator para local em que existia a possibilidade de propagação do incêndio, ao revés de se colocar em local seguro, com a máquina; tendo em vista o princípio da eventualidade, para a eventual fixação da indenização por dano moral, deverão ser considerados os níveis social e econômico do reclamante, a ausência de dolo, a ausência de possibilidade de fonte de riqueza para a vítima; pugna pela improcedência da ação.

Manifesta-se o reclamante (f. 47/50).

Realizam-se perícias médicas (laudo às f. 61/67 e esclarecimentos às f. 77/78, com manifestação do reclamado às f. 70/73) e técnica (laudo às f. 109/121).

Colhem-se os depoimentos das partes e de 01 testemunha (f. 123/124).

Encerrada a instrução, as partes aduzem razões finais orais.

Não há acordo.

II - FUNDAMENTOS

1 - Preliminarmente

1.1 - Inépcia da inicial

A peça de ingresso traz a inequívoca conclusão de que, na hipótese dos autos, o § 1º do art. 840 da CLT foi satisfeito em todos os seus requisitos. De sua análise, denota-se uma breve exposição dos fatos dos quais resulta mo dissídio e os pedidos, tudo a permitir a ampla defesa à parte contrária.

No aspecto, impõe-se trazer a lume a seguinte manifestação jurisprudencial:

INÉPCIA DA INICIAL - APLICAÇÃO DO ARTIGO 840 DA CLT. O Processo do Trabalho é refratário ao formalismo do direito processual comum, dado o princípio da informalidade, além de que, em busca da efetividade da jurisdição, devemos sempre nos pautar com apoio no princípio da instrumentalidade das formas, ainda mais quando se verifica, do exame de todo o processado, que à parte ex-adversa não decorreu nenhum prejuízo ao direito de defesa e contraditório, em que o reclamado apresentou

defesa útil e completa sobre todos os pedidos articulados na inicial, permitindo ao julgador, inclusive, apreciar a matéria posta na exordial, estando assim preenchidos os singelos requisitos exigidos no artigo 840 consolidado.

(TRT 3ª Região - 10ª T - 00429-2008-131-03-00-2 RO - Rel. Taísa Maria Macena de Lima - DJMG 26.11.2008 - p. 24)

É de se ressaltar, ainda, que a circunstância de ter sido invocado na inicial que a culpa do reclamado se caracterizaria pela culpa *in eligendo*, sem a indicação de fatos que configurariam tal modalidade de culpa não implica inépcia da inicial. Nesse sentido, a eventual ausência de fatos ensejadores de culpa, em qualquer de suas modalidades, mesmo na *in eligendo*, implicaria, isso sim, à luz da legislação aplicável à espécie, improcedência da ação.

Ademais, na breve exposição dos fatos dos quais resulta o dissídio não há necessidade, salvo melhor juízo, de indicação de qual o equipamento de proteção que não teria sido fornecido e a relevância da ausência de semelhante fornecimento relativamente ao acidente verificado; desnecessária, igualmente, a indicação de norma de segurança que não teria sido adotada e, bem assim indicação precisa do nexo causal com o acidente e o dano. Tais matérias equivalem a circunstâncias jungidas ao direito aplicável à espécie, a ser definido, autonomamente, pelo Judiciário, sendo despicienda a correta indicação pelo reclamante ou indicação errônea no particular. Aplica-se, no particular, o conhecido brocardo jurídico: dá-me o fato e te darei o direito.

É mister trazer a lume, a propósito, os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - PETIÇÃO INICIAL - INÉPCIA - DESCRIÇÃO RAZOÁVEL DA POSSÍVEL RESPONSABILIDADE DA RÉ-EMPREGADORA - INOCORRÊNCIA. Ação de indenização por acidente do trabalho fundada no direito comum. Descrição razoável na inicial da possível responsabilidade da ré-empregadora. Afastamento da inépcia. (Ac. c/Rev. 489.435, 2ª Câmara, Rel. Juiz Vianna Cotrim, J. 09.06.97) (*apud* AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade civil: acidente do trabalho: indenização acidentária do direito comum: comentários, jurisprudência, casuística: interpretação jurisprudencial*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94)

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - PETIÇÃO INICIAL - DESCRIÇÃO DA CONDUTA CULPOSA DA EMPREGADORA - IDENTIFICAÇÃO DO GRAU DE CULPA OU DOLO E EXTENSÃO DA INCAPACIDADE - AFERIÇÃO PELO MAGISTRADO - CARÊNCIA AFASTADA. Não está o autor obrigado a se utilizar de expressões exatas ou fórmulas técnicas para deduzir o pedido inicial. Se diz que a ré obrou com culpa por descumprir a lei, caberá ao magistrado decidir se esse comportamento é doloso, grave ou levemente culposo ou se é procedimento normal e não reprimido pelo direito, daí decorrendo a solução da causa, após a prova dos fatos alegados, não se podendo, pela falta de uma expressão, trancar a causa sem julgamento do mérito.

(Ac. c/Rev. 584.197, 1ª Câmara, Rel. Juiz Diogo de Salles, J. 17.05.99) (*apud* AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade civil: acidente do trabalho:*

indenização acidentária do direito comum: comentários, jurisprudência, casuística: interpretação jurisprudencial, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94)

Seja por um aspecto ou outro, é inelutável a rejeição da preliminar sob o título acima.

2 - Mérito

2.1 - Indenização por danos físicos e morais derivados de acidente do trabalho

Inicialmente, é mister relevar que não há provas nos autos a demonstrar ter existido relação de emprego entre as partes, de modo que a relação jurídica de trabalho que as envolveu não desafia assinatura de CTPS. Tratou-se, portanto, de relação de trabalho informal.

Fixada essa premissa, segue a análise a respeito de qual a legislação aplicável ao reclamante, trabalhador informal, no tocante à saúde e à segurança no trabalho. Vejamos:

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil:

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

[...]

Art. 6º. - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde, de conformidade com esses dispositivos constitucionais, é um direito de todos, dos trabalhadores informais inclusive, sendo que há um inextricável entrelaçamento entre o direito à saúde e o direito à saúde no trabalho. Nessa perspectiva, ensina Schwartz:

Com base na doutrina e na legislação atual, podemos afirmar que os direitos afins ao direito à saúde são (sem excluir novos direitos que porventura surjam e sem querer ser taxativo): direito à proteção do meio ambiente [...]; direito ao trabalho e à saúde no trabalho [...]; direito à saúde física e psíquica [...].

(SCHWARTZ, Germano André Deoderlein. *In Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 41)

Diniz, por sua vez, assinala o seguinte:

O vocábulo saúde é mais expressivo da proteção que a nova ordem pretende dar ao trabalhador, não se limitando a medidas técnicas de prevenção de acidentes abruptos (Segurança do Trabalho) ou alteração de condições que contribuam para as doenças ocupacionais (Higiene do Trabalho). Vislumbra a promoção do bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores; a prevenção dos danos que o abalo à saúde gerado pelas condições de trabalho poderá trazer; a adaptação do trabalho às aptidões fisiológicas e psicológicas do homem trabalhador [...].

(DINIZ, Ana Paola Santos Machado. *In Saúde no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 45)

Merece relevo, a propósito, que as “políticas sociais e econômicas” referidas no art. 196 da Constituição Federal estão previstas atualmente no ordenamento jurídico pátrio sob diversas modalidades, dentre as quais, por meio da legislação aplicável aos trabalhadores informais, em especial por meio da Convenção n. 161 da Organização Internacional do Trabalho, a qual trata dos serviços de saúde do trabalho, com ratificação nacional via aprovação pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.1989, e promulgação pelo Decreto n. 127, de 22.05.1991 (DOU de 23.05.1991), segundo a qual:

Art. 3 - 1. Todo membro se compromete a instituir, progressivamente, serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores, entre os quais se contam os do setor público, e os cooperantes das cooperativas de produção, em todos os ramos da atividade econômica e em todas as empresas; as disposições adotadas deverão ser adequadas e corresponder aos riscos específicos que prevalecem nas empresas.

Note-se, aqui, que há expressa inclusão de trabalhadores informais, tendo sido exemplificados “cooperantes das cooperativas de produção, em todos os ramos da atividade econômica”. Não se olvide de que a Lei n. 8.949/1994, que acrescentou parágrafo único ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente dispõe: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

A mesma Convenção Internacional, ademais, ao indicar as funções dos serviços de saúde no trabalho, no seu art. 5, aponta, dentre outras, as seguintes ações que sejam adequadas e ajustadas aos riscos da empresa com relação à saúde no trabalho:

- a) identificar e avaliar os riscos para a saúde, presentes nos locais de trabalho; [...]
- e) prestar assessoria nas áreas da saúde, da segurança e da higiene no trabalho, da ergonomia e, também, no que concerne aos equipamentos de proteção individual e coletiva; [...]
- g) promover a adaptação do trabalho aos trabalhadores; [...]
- i) colaborar na difusão da informação, na formação e na educação nas áreas da saúde e da higiene no trabalho, bem como na da ergonomia [...].

Em complemento, cita-se o teor do art. 13, segundo o qual “Todos os trabalhadores devem ser informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho.”

Tais dispositivos têm em mira resguardar o “mínimo existencial” dos trabalhadores (dos informais inclusive) no tocante à saúde e à segurança no trabalho, especialmente porque tornam obrigatória a adoção de medidas preventivas de agravos à saúde relacionados ao trabalho, dentre os quais os acidentes do trabalho.

É importante ressaltar, a propósito, que esse “mínimo existencial”, segundo a lição de Delgado, guarda íntima relação com a dimensão ética que deve estar presente nas relações trabalhistas:

É preciso que sejam estabelecidos contornos jurídicos em favor da sedimentação ética do trabalho no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido entende-se que a efetividade da proteção ao trabalhador e a viabilização do trabalho digno como direito e valor fundamental poderão ser melhor alcançados por meio da regulamentação jurídica - pelo menos, mas sobretudo - dos direitos de indisponibilidade absoluta, essenciais a qualquer trabalhador, como, por exemplo, a preservação da saúde e segurança no trabalho e a garantia de uma contraprestação pecuniária que possibilite ao ser humano a manutenção do seu mínimo existencial. (DELGADO, Gabriela Neves. *In Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 221)

E não se diga que somente se o contratante de trabalhadores informais fosse obrigado, por força de algum comando normativo, a manter um órgão (ou um departamento específico) com a finalidade de “serviço de saúde” é que os trabalhadores informais por ele contratados seriam beneficiários dos direitos que compõem o já mencionado “mínimo existencial” relativo à saúde e à segurança. Semelhante raciocínio não resistiria sequer a questionamento jurídico mais simples. Com efeito, relativamente aos trabalhadores formais brasileiros existe a obrigatoriedade de constituição de CIPA e SESMT somente, dentre outros aspectos, por empregadores com números maiores de empregados, sendo que, não obstante isso, o pequeno número de empregados não libera o empregador respectivo (isento de manter CIPA e SESMT) da obrigação tanto de adaptar as “condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente” (item 17.1 da NR-17), como de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” (inciso II do art. 157 da CLT). Essa é a prática nacional de resguardo ao “mínimo existencial” relativo à saúde e segurança dos trabalhadores formais. A mesma prática nacional, à luz dos comandos normativos citados, é imperativa relativamente aos trabalhadores informais, em especial porque a Convenção Internacional supramencionada não indica tratamento diferenciado a trabalhadores formais e informais.

Não se olvide, noutra giro, de que o referido “mínimo existencial” também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conceito é amplo e tem múltiplos significados, assumindo conotações subjetivas e morais, dentre outras.

No campo do direito, pode-se afirmar, como ensina Antônio Junqueira Azevedo, que é princípio jurídico que impõe um primeiro dever, um dever básico, que é o de reconhecer a intangibilidade da vida humana, sendo que dele decorrem outros três, que hierarquicamente são: I - o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; II - consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; III - respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária (*in* artigo intitulado “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, *Revista dos Tribunais*, ano 91, volume 797, março de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 19).

Releva destacar, a propósito do tema, ainda, o pensamento de Sandro Nahmias Melo, ao referir-se ao meio ambiente do trabalho saudável como direito fundamental:

[...] qualquer argumento expendido no sentido de que o direito ao meio ambiente saudável não é fundamental, mormente porque não encontra guarida no “catálogo” da Constituição de 1988, ou seja, entre os dispositivos discriminados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição, é de todo permeado de fragilidade, devendo, de pronto, ser rechaçado.

Ora, como já foi demonstrado, os direitos podem ser considerados formalmente fundamentais e materialmente fundamentais. Com relação a estes, encontramos a autorização expressa do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, ao declarar que os direitos fundamentais expressos na Carta Magna “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”. Este é o caso do direito ao meio ambiente hígido (art. 225, *caput*) que, por seu conteúdo, ligado ao direito à vida, é indiscutivelmente fundamental. (grifos no original)

(*In Meio ambiente do trabalho: direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2001, p. 68-69)

Ademais, como acentua Moura, a saúde se trata de direito tutelado independentemente de vínculo empregatício (MOURA, Roldão Alves de. *Ética no meio ambiente do trabalho*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 43).

No mesmo diapasão é o pensamento de Santos:

Assim, o indivíduo em sua atividade de trabalho tem o direito de não ser submetido a riscos, pouco importando se a atividade é executada no mercado formal ou informal, com ou sem carteira de trabalho, em ambiente urbano ou rural etc.

(SANTOS, Lenir. Artigo intitulado “Saúde do trabalhador e o Sistema Único de Saúde: Conflito de competência. União, Estados e Municípios. Interface Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Saúde e Ministério da Previdência Social”. *Revista de Direito do Trabalho*. Volume 99, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 123)

Paralelamente, insta trazer a lume a definição de acidente do trabalho, sendo que se adota, por razoável, aquela inserta no item 2.1 do “Protocolo de Notificação de Acidentes do Trabalho Fatais, Graves e em Crianças e Adolescentes”, editado pelo Ministério da Saúde:

Acidente de trabalho é o evento súbito ocorrido no exercício de atividade laboral, independentemente da situação empregatícia e previdenciária do trabalhador

acidentado, e que acarreta dano à saúde, potencial ou imediato, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa, direta ou indiretamente (concausa), a morte, ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Inclui-se ainda o acidente ocorrido em qualquer situação em que o trabalhador esteja representando os interesses da empresa ou agindo em defesa de seu patrimônio; assim como aquele ocorrido no trajeto da residência para o trabalho ou vice-versa.

(Ministério da Saúde. Secretaria de atenção à saúde. Departamento de ações programáticas estratégicas. Notificação de acidentes do trabalho fatais, graves e com crianças e adolescentes / Ministério da Saúde, Secretaria de atenção à saúde. Departamento de ações programáticas estratégicas. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006, p. 9).

No caso *sub judice*, diante do teor das peças vestibular e contestatória e, bem assim, como revelado por meio dos subsídios probatórios que instruem os autos, tem-se que o reclamante foi vítima de acidente do trabalho.

Com efeito, é incontroverso que o obreiro, tendo sido contratado pelo reclamado para prestar serviços na propriedade rural do Sr. Celso, foi vítima de evento súbito ocorrido no exercício de atividade laboral, sendo que a prova dos autos demonstra ter existido dano à saúde, com a redução, ainda que temporária e parcial, da sua capacidade laboral.

Outrossim, o reclamado é confesso quanto ao fato de, por ocasião do acidente, não ter sido o reclamante, e sim um empregado, a mando do Sr. Celso, que ateou fogo nas palhas (o fato de o reclamado afirmar, em seu depoimento às f. 123/124, não saber quem colocou o fogo implica ficta confissão, pois, como acentua Wilson de Souza Campos Batalha, in *Tratado de direito judiciário do trabalho*, 2. ed., São Paulo: Ed. LTr, 1985, p. 507:

Semelhante ao não comparecimento para depor é o depoimento omissivo a respeito de pontos fundamentais do interrogatório [...] A consequência da recusa a depor, como do não comparecimento a depor, é a confissão *ficta* (CPC/73, art. 343, § 2º).

Acresce relevar, por importante, que, consoante a prova dos autos, o reclamante, por ocasião do acidente, estava inserido no contexto da organização do trabalho determinada pelo Sr. Celso, proprietário do imóvel rural, sendo que, conforme reconhecido na peça contestatória, foi ajudar no combate ao avanço das chamas, ou seja, foi tentar fazer uma aração, em terreno vizinho, ainda que sem qualquer ordem direta do reclamado.

No aspecto, é improsperável a tese da defesa no sentido de que “era o próprio reclamante quem conduzia os serviços, e o fazia, naquela ocasião, da maneira que lhe convinha”.

O contexto revelado no depoimento do reclamado é outro (f. 123/124):

[...] que muitas vezes o fazendeiro quando vai fazer um serviço, se tem muita “macega”, o fazendeiro coloca o fogo para destruir essa macega e facilitar o trabalho; que, segundo o fazendeiro dono da propriedade, ele disse que era necessário por fogo lá, sendo que isso o fazendeiro disse ao depoente, depois do ocorrido [...]; que

o reclamante estava esperando queimar a macega, para começar a esparramar calcário [...]; que o Celso é quem definiria o horário em que o reclamante iria começar a trabalhar [...].

Desses trechos do depoimento exsurge o fato de que o reclamante estava sujeito à vontade do dono do imóvel rural quanto a aguardar o encerramento de uma “queimada” (do referido depoimento infere-se que essa opção do fazendeiro era aceita pelo reclamado).

Esse contexto, à evidência, determinava reflexos na prestação de serviços a serem levados a efeito pelo reclamante. Aliás, mais do que determinar o momento em que o reclamante iniciaria a atividade de espalhar calcário, o obreiro estaria, naturalmente, já próximo ao local do “incêndio”, aguardando a extinção das chamas e, obviamente, a postos para prestar um serviço de ajuda, acaso necessária, para conter as chamas. Isso é o que se pode inferir, porque de fato ordinário se trata.

Ora, o serviço contratado pelo reclamado com o Sr. Celso pressupunha a presença de um tratorista, naquele local, no momento da queimada, atento ao término das chamas. Coincidia com os fins do reclamado, na consecussão desse contrato com o Sr. Celso, portanto, uma qualidade na prestação de serviços por parte do reclamante, já que, de ordinário, a clientela reclama se a pessoa que vai prestar serviços é desatenta. Qualidade na prestação de serviços é um atributo que deve provir da percepção do cliente... A qualidade na prestação de serviços, por parte do reclamante, correspondia coincidência, naquele momento, com a satisfação do cliente Sr. Celso e com os fins empresariais do reclamado....

Nada mais natural e normal, portanto, a disposição do reclamante, ainda que a mesma tenha brotado espontaneamente, de ajudar no combate à propagação das chamas para a propriedade vizinha, o que certamente geraria prejuízos a alguém, gerando, ainda, descontentamento do Sr. Celso...

É o mercado que dita, naturalmente, essas premissas. E o mercado de locação de trator para espalhar calcário, relativamente à clientela do reclamado, era concorrido. Nesse sentido, é o depoimento da testemunha Altamir José da Costa (f. 124): “[...] era o depoente que ia fazer o serviço lá, sendo que o depoente não fez este serviço, porque o reclamado cobrou preço menor do dono da fazenda [...]”.

A tarefa do reclamante, que seria a de simplesmente espalhar calcário, mostrou-se, na ocasião, deveras complexa: atender à escolha do fazendeiro no sentido de determinar uma prévia “queimada”, acompanhar o desenrolar dessa queimada; estar atento a uma interação de incertezas e variabilidades, já que de um lado deveria estar afastado, mas atento ao contexto do avanço das chamas (o que denota a existência de objetivos pouco claros e/ou conflitantes) e de outro demonstrar ser um prestador de serviços de qualidade, em especial porque ausente, na ocasião, seu contratante, o que implica, de ordinário, não fazer “corpo mole” diante de uma situação de emergência, tendo ele, como de fato tinha, um trator à disposição, com possibilidade de prestar uma ajuda significativa no combate às chamas (e não há nos autos demonstração no sentido de que, na ocasião, fossem bem definidas as tarefas, no combate às chamas, entre os vários trabalhadores presentes)... Tudo a influenciar na realização da atividade de espalhar calcário, de modo a caracterizar-se contexto complexo de organização do trabalho.

Não se olvide, no aspecto, de que, como é de sabença geral, a maior quantidade de variabilidades a serem tratadas eleva a complexidade da tarefa... Nessas circunstâncias, é razoável entender-se ser necessário que o trabalhador possua informações específicas a respeito das situações de trabalho que provavelmente irá enfrentar, tudo a possibilitar a ele alternativas de ação a cada variação do contexto no qual se desenvolve o trabalho.

A conduta do reclamante, ao contrário da tese esposada na peça contestatória, justifica-se, portanto, diante da referida organização do trabalho naquele momento a cargo do Sr. Celso, como conduta normal do obreiro, em especial porque o referido proprietário do imóvel rural agia, na oportunidade, no aspecto do modo como se daria (ou pelo menos no aspecto de a partir de qual momento se iniciaria a atividade de espalhar calcário) a prestação de serviços pelo obreiro, como verdadeiro preposto do reclamado.

A propósito do tema, é oportuno lembrar o escólio de Sergio Cavalieri Filho que, ao explicar acerca da responsabilidade do comitente, aponta que a teoria mais aceita para justificar semelhante responsabilidade, na vigência do Código Civil de 1916, era a da substituição, segundo a qual

[...] ao recorrer aos serviços do preposto, o empregador está prolongando sua própria atividade [...] Ora, o ato do substituto, no exercício de suas funções, é ato do próprio substituído, porque praticado no desempenho de tarefa que a ele interessa e aproveita - pelo quê a culpa do preposto é como consequência da culpa do comitente. Além disso, o patrão ou preponente assume a posição de garante da indenização perante o terceiro lesado, dado que o preposto, em regra, não tem os meios necessários para indenizar.

(*In Programa de responsabilidade civil*, 6. ed., revista, aumentada e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004, p. 210/211)

No particular, ainda, cumpre relevar que a responsabilidade do comitente pela reparação civil é imposta por lei sempre que ficar comprovada a ocorrência de dano indenizável a outrem causado pelo preposto. Vale lembrar que, para que exista vínculo de preposição, é suficiente, como é cediço em doutrina e jurisprudência, a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o interesse ou sob o comando de outrem. No particular, é mister trazer a lume os ensinamentos do respeitado jurista e professor Carlos Roberto Gonçalves, segundo quem (*in Responsabilidade civil*, 8ª edição, revisada de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 148):

[...] o novo Código Civil, como já se afirmou, consagrou a responsabilidade objetiva, independente da ideia de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos (art. 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto [...].

Ademais, não se deve esquecer de que a expressão “no exercício do trabalho”, prevista tanto no inciso III do art. 1.521 do Código Civil de 1916 como no inciso III do art. 932 do novo Código Civil, deve ser entendida em sentido largo e não restritivamente, de modo que, para a caracterização da responsabilidade do

comitente por ato lesivo praticado por seus prepostos, pouco importa que o ato lesivo não esteja dentro das funções destes, bastando que o contexto vivenciado por ocasião do acidente facilite a sua prática, como ocorreu, segundo a prova existente, no caso dos autos, em especial porque a “queimada” determinada pelo Sr. Celso tinha como objetivo, à evidência, viabilizar o próprio início da prestação de serviços pelo reclamante consistente em espalhar calcário.

Acresce relevar que, consoante revelado por meio da prova oral que está nos autos, a orientação dada pelo Sr. Celso, no sentido da produção da “queimada”, guardou direta relação com a circunstância de ter ele celebrado contrato com o reclamado tendo por objeto a utilização de um trator de propriedade deste e ter a faculdade de, no momento do uso do trator, pilotado por trabalhador contratado pelo reclamado, agir no contexto da organização de trabalho. Irrelevante, nesse contexto, a inexistência de vinculação habitual ou mesmo a inexistência de vínculo empregatício entre o Sr. Celso, terceiro, e o reclamado, ou destes com o reclamante.

Em concreto, portanto, as solicitações do Sr. Celso (as mesmas existiram e foram no sentido de que se ateasse fogo, conforme o depoimento pessoal do reclamado), funcionaram, no plano da realidade fática, como pré-requisito para que o reclamante iniciasse a prestação de serviços consistente em espalhar calcário e, pois, como pré-requisito para que este desse sequência ao cumprimento do contrato que mantinha com o reclamado (o fato de estar naquele local já constituía cumprimento parcial do referido contrato).

A propósito, insta salientar que o depoimento pessoal do reclamado revela, com meridiana clareza, que ficou ao exclusivo arbítrio do proprietário do imóvel rural uma parcela da forma como o trabalho do reclamante seria desenvolvido no local. É evidente, nesse sentido, que, não tendo sido o reclamante informado, como de fato não o foi, quanto aos aspectos de segurança no trabalho envolvidos nas estratégias para evitar o avanço das chamas, o reclamado deixou ao alvedrio do seu preposto, Sr. Celso, parcela significativa do modo pelo qual os serviços afetos ao reclamante seriam prestados. E aqui se aplica o art. 601 do Código Civil, em especial porque o reclamado não comprovou ter existido contratação para serviço certo ou determinado com exclusão de fases imediatamente pretéritas à atividade de espalhar calcário.

Não se tratou, destarte, de ato ilícito do reclamante o comportamento por este adotado por ocasião do acidente, razão pela qual a alegação constante na peça defensiva, no sentido de que o reclamado não teria contratado o reclamante para que este se pusesse a praticar ato ilícito, ou seja, colocar fogo em “pastagem” ou material de alta combustão, em propriedade rural, não passa de simples conjectura.

De qualquer forma, ainda que se considerasse o Sr. Celso não como preposto do reclamado, mas como terceiro, ainda assim subsistiria a responsabilidade civil do reclamado. Quanto, aliás, a fato de terceiro, Diniz destaca:

Complemente-se esta parte lembrando que até mesmo os atos praticados por clientes do empregador podem não ser proclamados como excludentes da responsabilidade. A intervenção do terceiro como causa exclusiva do dano somente desonera o empregador quando assimilável ao caso fortuito ou força maior pela imprevisibilidade e inevitabilidade.

(DINIZ, Ana Paola Santos Machado. *In Saúde no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 167)

Ademais, mesmo que não se considerasse o Sr. Celso, na ocasião, como preposto do reclamado, incidiria em concreto o disposto nos subitens “31.3.3.1” e “31.3.3.2” da Norma Regulamentadora n. 31, aprovada pela Portaria MTE n. 86, de 3 de março de 2005:

31.3.3.1. Responderão solidariamente pela aplicação desta Norma Regulamentadora as empresas, empregadores, cooperativas de produção ou parceiros rurais que se congreguem para desenvolver tarefas, ou que constituam grupo econômico;

31.3.3.2. Sempre que haja dois ou mais empregadores rurais ou trabalhadores autônomos que exerçam suas atividades em um mesmo local, estes deverão colaborar na aplicação das prescrições sobre segurança e saúde.

Esses textos não se reportam a qualquer forma societária de trabalho, ou a vínculo de preposição de um tomador de serviços em relação aos demais, mas a simples congregação (expressão ampla e genérica); são meramente exemplificativos, incluem autônomos, não distinguem prestadores de serviços pessoas jurídicas ou pessoas físicas, sendo que essa responsabilidade solidária implica responder por comportamentos comissivos (como, por exemplo, mandar atear fogo no contexto da organização do trabalho em determinado momento) ou omissivos (como, por exemplo, deixar de impedir atitudes que poderiam ensejar risco ocupacional). Essa é, com a devida vênia, a melhor exegese dessas normas jurídicas, em observância ao princípio da prevalência da Constituição (art. 196), ao princípio da conservação de normas e, finalmente, ao princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem*.

E não se diga que ao reclamado, por não ter sido reconhecida a existência de vínculo empregatício entre as partes, não seria aplicável a referida NR-31. Ao contrário, segundo dispõe o art. 4º da Lei n. 5.889/1973:

Art. 4º Equipara-se ao empregador rural a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

Dita solidariedade se aplica ao caso dos autos, uma vez que, no momento da ocorrência do acidente, estavam o Sr. Celso e o reclamado congregados para desenvolver tarefas (as atividades de ambos estavam sendo desempenhadas no mesmo local), sendo que essa circunstância é o que basta para trazer ao âmbito do contrato havido entre o reclamante e o reclamado, de forma vinculativa, aliás, a gestão que, no momento do acidente, estava exercendo o Sr. Celso na organização do trabalho do reclamante e, portanto, nos aspectos de saúde e segurança ocupacional deste.

Não se olvide, a propósito, de que o fato de o proprietário do imóvel rural optar por atear fogo era possibilidade previsível, conforme o multicitado depoimento do reclamado... O fato de as chamas se espalharem era possibilidade previsível... O fato de o reclamante, no contexto daquela específica organização do trabalho, ir prestar ajuda no sentido de conter as chamas também o era....

Vencidas essas premissas, segue a análise quanto ao direito do reclamante à percepção de indenizações decorrentes do referido acidente do trabalho.

A reparabilidade de danos decorrentes de acidente do trabalho tem fundamento na teoria da responsabilidade civil, segundo a qual quem cause dano a outrem tem o dever de indenizá-lo e está prevista em vários textos legais, em especial na Carta Magna (artigo 5º, incisos V e X), com o objetivo precípua de garantir que todos os seres humanos se respeitem entre si. Ademais, segundo dispõe o art. 186 do Código Civil em vigor “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando, pois, obrigado a reparar o dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil no pertinente a danos físicos decorrentes de acidente do trabalho, caracterizando-o como ato ilícito, como é cediço em doutrina, são a existência de erro de conduta do agente (ação ou omissão injusta), a ofensa a um bem jurídico ou dano (ferimento de componente da esfera do patrimônio moral ou material da vítima) e a relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado.

No caso dos autos, salvo melhor juízo, estão presentes ditos pressupostos. Por partes:

O prejuízo financeiro decorre, à evidência, da redução, parcial e temporária, da capacidade laborativa do obreiro, uma vez que, por ter passado à condição de portador de “áreas enegrecidas no antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo, sequelas das queimaduras” (laudo pericial, à f. 66), ou seja, portador de sequelas físicas, ficou ele sujeito a limitações relativamente a atividades que exijam a exposição ao público dessas áreas como áreas sadias, sendo que, embora não exista incapacidade para todas as atividades laborativas, não mais dispõe o obreiro das mesmas condições que detinha antes de sofrer o acidente, o que corresponde a fato que merece adequado tratamento jurídico diante do difícil e concorrido mercado de trabalho brasileiro. Nesse sentido, porque logicamente correto e juridicamente justo, prevalece o entendimento de que não se pode, por justiça, equiparar, no tocante ao desenvolvimento de atividades que exijam a exposição ao público de antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo do trabalhador como áreas sadias, o operário que tem perfeitas condições e aquele com essas áreas enegrecidas com sequelas de queimaduras, de modo que a capacidade laboral, no aspecto, restou diminuída. Houve, pois, diminuição da capacidade laborativa do autor e ainda que tal decréscimo, é mister repisar, não acarrete total impossibilidade de execução de toda e qualquer tarefa laboral, impõe-se seja restabelecido o equilíbrio jurídico que foi rompido e isso se realiza com o pagamento de indenizações, até que seja comprovado nos autos o retorno ao estado anterior (o que, até o momento, não foi demonstrado).

A culpa do réu, por sua vez, está claramente demonstrada nos autos.

Vejamos:

O enfrentamento, pelo reclamante, da situação de ajudar a combater a propagação das chamas correspondia a um risco ocupacional razoavelmente previsível? A resposta é, inexoravelmente, positiva.

Primeiro, porque as chamadas “queimadas” são eventos que ocorrem em propriedades rurais de Minas Gerais com relativa frequência, e tanto assim o é que há mesmo campanhas públicas para alertar as pessoas quanto aos riscos das

mesmas, de modo que não é situação não previsível aquela de o tratorista ser solicitado a “cercar” o fogo com o fito de impedir o avanço das chamas. Ocorre que, para evitar riscos ocupacionais nessas situações, é necessária a tomada de certas precauções, ainda que o objetivo de impedir o avanço das chamas desafie atitudes rápidas. O reclamante, como qualquer trabalhador que participe desse combate, deveria ser detentor de informações ligadas ao tema segurança no trabalho, sendo que ao seu contratante incumbia, na ótica da Convenção n. 161 da OIT, prestar essas informações...

Em segundo, porque o reclamante estava inserido em organização do trabalho ditada, no momento da ocorrência do acidente, pelo Sr. Celso, com a anuência do reclamado. Esse terceiro, que determinou fosse dado início a uma queimada, a qual desafiou a participação do reclamante a ajudar a combater o avanço das chamas, era a mesma pessoa que determinaria o início das atividades de espalhar calcário. Agia esse terceiro, portanto, como já exposto, na qualidade de propositado do reclamado, ou, se assim se preferir, como o exercente de um comportamento que implicava responsabilidade solidária do reclamado.

O comportamento comissivo, portanto, de previamente prestar informações ao reclamante no sentido de como agir ao atuar no impedimento do avanço de chamas oriundas de “queimada” determinada pelo dono do imóvel rural (em especial porque “muitas vezes o fazendeiro quando vai fazer um serviço, se tem muita “macega”, o fazendeiro coloca o fogo para destruir esta macega e facilitar o trabalho”, como revelado no depoimento do reclamado, à f. 123) correspondia a comportamento exigido na Convenção n. 161 da OIT, aplicável em concreto, ou seja, coincidente com “identificar e avaliar os riscos para a saúde, presentes nos locais de trabalho”, “promover a adaptação do trabalho aos trabalhadores”, “colaborar na difusão da informação, na formação e na educação nas áreas da saúde e da higiene no trabalho, bem como na da ergonomia” e providenciar para que “todos os trabalhadores devam ser informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho”. O reclamado foi omissivo no particular, sendo que não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (art. 818 da CLT e inciso II do art. 333 do CPC) de demonstrar ter prestado essas informações ao obreiro. E exatamente aqui está a resposta à indagação feita na peça contestatória no sentido de esclarecer qual o ato ou procedimento se exigiria do reclamado que poderia evitar o acidente. Evidentemente, a ninguém é dado responder uma pergunta dessas com a certeza que o reclamado deseja. É que casos há em que o tomador de serviços informais observa, explicitamente, os preceitos contidos na Convenção n. 161 da OIT e ainda assim um acidente do trabalho ocorre. As medidas preventivas, por óbvio, não impossibilitam, de forma absoluta, a ocorrência de acidentes, mas, certamente, reduzem o risco de acidentes.

De forma bastante simples, pode ser dito, nos aspectos de saúde e segurança no trabalho, que o perigo pode ser visto como tudo aquilo com potencial para causar dano à pessoa do trabalhador, sendo que o risco ocupacional corresponde à razão entre o perigo e as medidas preventivas adotadas. Adoção de maiores medidas preventivas é igual, portanto, a menor risco de acidentes e doenças ocupacionais. A adoção, no caso dos autos, da conduta comissiva referida, por parte do reclamado, portanto, embora não implicasse certeza de que o acidente, tal como ocorreu, não se verificaria, conduziria, pelo menos, à redução do risco ocupacional respectivo,

objetivo primeiro da legislação prevencionista aplicável no território brasileiro (art. 196 da CF e Convenção Internacional n. 161 da OIT, em especial) com a exclusão, aí sim, nesse aspecto, da responsabilidade civil respectiva.

E, no caso dos autos, essa ausência de informação a respeito de riscos ocupacionais se mostrou relevante, diante do contexto também revelado no depoimento do reclamado:

[...] que se fosse o depoente que tivesse posto o fogo, jamais cercaria o fogo, sendo que, se fosse para tentar apagar o fogo, teria de fazer um aceiro a longa distância; que esse aceiro não permitiria a evolução do fogo; que naquele local daria para fazer o referido aceiro; que o depoente crê que o reclamante não tinha esta noção da necessidade de fazer aceiro [...].

Ademais, a circunstância de o reclamante não ter que, obrigatoriamente, ajudar a evitar que o fogo de “queimada” (a qual foi determinada, no contexto da organização do trabalho, como medida necessariamente anterior à atividade de espalhar calcário) se espalhasse circunscreve-se, por se tratar de atividade que traz ínsitos vários riscos ocupacionais, igualmente, nas informações que o reclamado deveria ter dado ao reclamante, nos moldes a orientá-lo como agir em semelhante situação, facultando-lhe, de forma clara, negar-se a ajudar (de modo a conduzir o “trator para local em que existia a possibilidade de propagação do incêndio, ao revés de se colocar em local seguro, com a máquina”, na linguagem da peça contestatória) ou, em caso contrário, devidamente informado sobre os riscos ocupacionais respectivos, fazê-lo com os cuidados necessários.

Tudo porque, como ensinam Guérin e colaboradores (2001), não se pode, mesmo que implicitamente, considerar os trabalhadores como “meios de trabalho” adaptáveis, por si sós, aos constrangimentos decorrentes de escolhas técnicas e organizacionais, sendo que é errado, segundo esses mesmos autores, entender-se, relativamente aos trabalhadores, que suas capacidades de adaptação são infinitas (GUÉRIN, F. *In Compreender o trabalho para transformá-lo: a prática da ergonomia*. F. São Paulo: Edgard Blücher: Fundação Vanzolini, 2001, p. 5).

É mister relevar, outrossim, que, quando um empresário se dedica a determinada atividade econômica, como, por exemplo, a locação de trator de sua propriedade para espalhar calcário em propriedades rurais, passa ele a deter melhores condições de identificar e avaliar os riscos ocupacionais específicos daquela atividade, o que lhe possibilita exercer a gestão do *modus faciendi* com maior eficiência e segurança, de modo a providenciar que todos os trabalhadores sejam informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho. O delegar essa gestão a terceiro não o exime dessa relevante responsabilidade, sendo que, igualmente, os riscos ocupacionais não simplesmente somem como num passe de mágica... O trabalhador, mesmo o informal, continua sendo a parte hipossuficiente...

No caso dos autos, ademais, tem-se que o reclamado, embora não se confunda com empresa de grande porte especializada na atividade de espalhar calcário em propriedades rurais, trata-se de contratante que busca lucro nessa atividade econômica e, pois, na ótica da Convenção Internacional n. 161 da OIT, corresponde à pessoa responsável pelas ações que sejam adequadas e ajustadas aos riscos da empresa com relação à saúde no trabalho, em especial “identificar e

avaliar os riscos para a saúde, presentes nos locais de trabalho” e informar todos os trabalhadores “dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho”.

Não se olvide de que a Convenção n. 161 da OIT não faz distinções entre riscos de grande ou pequena magnitude, perceptíveis por qualquer pessoa, por tomador de serviços que se equipararia a um bom pai de família ou perceptível apenas por contratante extremamente diligente, sendo que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

A atividade do reclamante, aliás, como exposto alhures, mostrava-se complexa, tudo a exigir-lhe raciocínio rápido que dependia, obviamente, de ser possuidor das informações supramencionadas.

Diante desse contexto, o reclamante deveria, sim, ter sido informado previamente pelo reclamado a respeito dos riscos ocupacionais jungidos à atividade a ser desenvolvida, dentre as quais a de enfrentar a situação de combate ao fogo no momento imediatamente anterior à atividade de espalhar calcário em propriedade rural. Semelhante informação sobre os riscos teria orientado o reclamante no sentido das precauções a tomar para evitar o acidente do trabalho tal como ocorreu...

A propósito do tema, insta salientar que somente fatos ou circunstâncias, ligados aos aspectos de segurança no trabalho supramencionados, que escapem a qualquer controle ou diligência do contratante é que não geram a responsabilidade deste e jamais aqueles fatos que exigem, porque previsíveis, a adoção de medidas preventivas.

Tudo porque não se pode considerar o trabalhador, mesmo o informal, como um robô que nunca falha, distante da própria natureza humana impregnada da probabilidade normal do cometimento de deslizes.

Aliás, como bem ensina o autorizado Sebastião Geraldo de Oliveira:

[...] Estudos recentes estão demonstrando que há uma tendência consolidada no Brasil de atribuir a culpa dos acidentes a “falhas humanas” ou a “atos inseguros” da própria vítima (culpabilização da vítima), desprezando todo o contexto em que o trabalho estava sendo prestado. Quando ocorre um acidente, as primeiras investigações, normalmente conduzidas por preposto do empregador, sofrem forte inclinação para localizar um “ato inseguro” da vítima, analisando apenas o último fato desencadeante do infortúnio, sem aprofundar nos demais fatores da rede causal, até mesmo com receio das consequências jurídicas.

Essa visão já ultrapassada está impedindo que haja progresso nas políticas de segurança e saúde do trabalhador, bastando mencionar que os índices de acidente do trabalho estão no mesmo patamar há mais ou menos dez anos, conforme anotamos no capítulo 1. Ora, se todos adotássemos permanentemente um nível extraordinário de atenção, praticamente não ocorreriam acidentes do trabalho ou mesmo acidentes de trânsito. Nenhum planejamento sério pode considerar o empregado como se fosse uma figura robótica que nunca comete deslize, distante de sua natureza humana e falível [...].

(Obra citada, p. 177/178)

Em matéria de saúde e segurança do trabalho, ademais, mesmo quando se trata de trabalho informal, normalmente é o tomador de serviços quem escolhe: as ferramentas e as máquinas a serem utilizadas pelo trabalhador; os locais de prestação

de serviços; a qualidade dos serviços a serem prestados; o ritmo da produção; os métodos de produção. Diante disso, portanto, o direito de receber informações a respeito dos riscos para a saúde, inerentes a seu trabalho, não constitui “privilégio” do trabalhador informal, senão a preservação do “mínimo existencial” ligado ao princípio da dignidade humana a recomendar a adoção de medidas preventivas de agravos à saúde relacionados ao trabalho, dentre os quais os acidentes do trabalho.

No aspecto, com apoio na lição de Pereira Pinto, pode-se dizer que é preciso superar o “obstáculo de ver o trabalhador como portador de privilégios”, uma vez que:

[...] o ser humano que vende sua força de trabalho é sujeito social tão importante quanto o tomador de serviços, sendo que ambos fazem parte de um todo social, cujas dificuldades e problemas surgidos ou construídos repercutem socialmente, causando efeitos econômicos, políticos, morais, éticos, religiosos, enfim, em todo o corpo social.

(PEREIRA PINTO, Airton. *In Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2006, p. 144-145)

Fixadas essas premissas, tem-se que o réu obrou com culpa leve por não ter, de forma prévia, identificado e avaliado os riscos para a saúde, presentes nos locais de trabalho, promovido a adaptação do trabalho aos trabalhadores, colaborado na difusão da informação, na formação e na educação nas áreas da saúde e da higiene no trabalho, bem como na da ergonomia e, bem assim, informado o reclamante dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho, dentre os quais o de enfrentar a situação de combate ao fogo no momento imediatamente anterior à atividade de espalhar calcário em propriedade rural, quando em tal situação se poderia ou deveria prever a possibilidade de acidente tal qual ocorreu.

Dita culpa, embora no grau leve, ou seja, a que, no magistério do ilustre Sebastião Geraldo de Oliveira, caracteriza-se quando ocorrer infração que o empregador médio teria evitado, ou seja, aquele patrão que adota o nível de atenção ordinária, o equivalente ao *bonus pater familias* (*in Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, São Paulo: LTr, 2005, p. 173), enseja, em concreto, a responsabilização do reclamado. Não se deve esquecer, no particular, de que o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal hoje não mais exige a culpa grave como pressuposto da indenização na hipótese de acidente do trabalho, como previa a já superada Súmula n. 229 do Excelso STF, mas apenas culpa leve ou até levíssima.

E não se diga que, na presente decisão, teria sido adotada a tese da responsabilidade objetiva do empregador em acidentes do trabalho. Não, absolutamente não, uma vez que a culpa pode ser verificada tanto por meio de ação como de omissão e é de prática omissiva da reclamada que se tratou, em parte, até aqui.

Não se diga, igualmente, que teria existido, no presente processo judicial, inversão de ônus da prova. É que, como acontece em reclamações nas quais se discute o pagamento de adicional de insalubridade, matéria que diz respeito, igualmente, à saúde e segurança do trabalhador, o Judiciário trabalhista é uníssono, em suas decisões, no sentido de exigir a comprovação de atos do empregador quanto à tomada de medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da

nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado (conforme a já citada Súmula n. 289 do C. TST), sendo que o faz independentemente de na inicial ou no termo de reclamação ter sido invocado como fato aquisitivo do direito buscado o fato de não ter o empregador tomado semelhantes medidas e, bem assim, independentemente de, na peça contestatória, ter sido invocado como fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito perseguido o fato de ter o reclamado tomado tais medidas.

A essa altura, ademais, é cabível a seguinte observação: é irrelevante ter havido uma incorreta invocação de culpa *in eligendo* na inicial. Salienta-se, no aspecto, que não é o enquadramento jurídico feito pelo autor em ação de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho, dentre os quais os graus de culpa ou a espécie de culpa invocados, mas a definição dada pelo Judiciário que prevalece, sem qualquer configuração de julgamento *extra* ou *ultra petita*, já que se aplica, aqui, o conhecido brocardo jurídico: dá-me o fato e te darei o direito.

Noutro giro, insta salientar que o nexa causal está, igualmente, comprovado nos autos, conforme, aliás, reconhecido no corpo do laudo pericial de f. 611 e seguintes:

Segundo relatório médico acostado à f. 11, o autor teve queimadura de Iº e IIº graus no antebraço esquerdo e na hemi-face esquerda e faz tratamento ambulatorial. (f. 66)

No aspecto, não prevalecem as insurgências do reclamado manifestadas às f. 70/73, uma vez que é incontroverso o fato de que o reclamante, por ocasião do acidente relatado na inicial, “queimou ambos os braços”, aplicando-se, em concreto, o disposto no inciso III do art. 334 do CPC. Ademais, consta no laudo pericial de f. 109/121 a versão colhida pelo Sr. Perito e dada pelo próprio reclamado, segundo a qual:

7. As chamas atingiram parte do corpo do reclamante causando-lhe ferimentos. (f. 114)

Tudo a revelar, aliás, que as chamas que atingiram o reclamante foram de grandes proporções.

De qualquer forma, releva destacar que, como é cediço, o dever de indenizar não exige nexa de causalidade exclusivo, sendo que a presença de um só elemento de responsabilidade do tomador de serviços/contratante a causar dano é suficiente ao reconhecimento do nexa causal e do dever de indenizar. No caso *sub judice*, a atitude omissa do reclamado, em especial a de não ter informado o reclamante dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho, nos moldes a orientá-lo como agir na situação de ajudar a combater o avanço de chamas, facultando-lhe, de forma clara, a negar-se a ajudar nesse combate ou, em caso contrário, devidamente informado sobre os riscos ocupacionais respectivos, fazê-lo com os cuidados necessários, atuou como concausa para o acidente do trabalho verificado.

Cabe assinalar, por derradeiro, que o entendimento esposado na presente em nada se altera em razão do fato de os benefícios previdenciários por incapacidade serem concedidos somente quando o INSS reconheça que o acidente

de trabalho acarretou, segundo critérios exclusivamente administrativos, total incapacidade laborativa ou redução da capacidade laborativa do trabalhador (o que pressupõe a apresentação da CAT). Isso porque o juízo trabalhista pode, autonomamente, à luz da legislação aplicável à espécie, reconhecer a existência de incapacidade laborativa, mesmo que parcial, decorrente de acidente do trabalho, máxime porque, como é de sabença elementar, o prévio requerimento na via administrativa não é pressuposto para que o trabalhador ingresse em juízo com ação relativa a acidente do trabalho. No aspecto, salienta-se que a interpretação sistemática dos arts. 129 e 22, ambos da Lei n. 8.213/91 e da Súmula n. 89 do Superior Tribunal de Justiça não admite conclusão diversa. Ademais, vale lembrar que as consequências do acidente do trabalho podem ser distintas nas searas trabalhista, previdenciária e cível.

Fixadas essas premissas, ou seja, porque no caso dos autos existiram erro de conduta do agente (omissão injusta), ofensa a um bem jurídico (ferimento de componente da esfera do patrimônio material da vítima, consistente na sua redução de capacidade laborativa) e, finalmente, relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado, procede o pedido formulado pelo autor de pagamento de indenização por danos físicos, impondo-se, nessas circunstâncias, fixar o valor respectivo.

Pois bem: o *quantum* deve ser apurado com o fito predominante de satisfazer o prejuízo experimentado pela vítima (extensão do dano), tendo-se presentes, porém, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes, as peculiaridades do caso e a capacidade de prestação do responsável. No caso *sub judice* a culpa do réu foi leve; a extensão do dano seguirá até que o quadro evolua para a normalidade (laudo pericial, à f. 66), não dispondo o obreiro, até que seja atingida essa normalidade, das mesmas condições físicas que detinha antes de sofrer o acidente, o que corresponde a fato que merece adequado tratamento jurídico diante do difícil e concorrido mercado de trabalho brasileiro; quanto à capacidade de prestação do réu, tem-se, à míngua de prova em sentido contrário, que é baixa, sendo que, sopesados tais elementos, conclui-se que resulta suficientemente remunerado o dano físico sofrido com o pagamento ao reclamante de indenização consistente em pensão mensal correspondente a R\$120,00 (valor que se arbitra, observado o princípio da razoabilidade, como o correspondente a 4 dias de trabalho de um diarista rural), até que seja comprovado neste juízo trabalhista que as áreas enegrecidas de seu antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo tenham evoluído para a normalidade, já que mais do que o ressarcimento de ordem econômica deve-se ter presente, aqui, que constitui também objetivo da indenização o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do seu contratante que reduziu parcialmente sua capacidade laboral, ainda que temporariamente, inclusive pelo novo obstáculo na busca por melhores condições de trabalho e de remuneração, sendo que se fixa como termo inicial da pensão a data do acidente do trabalho, ou seja, 01.09.2007 (data revelada no atestado médico de f. 11), reajustável nos termos e nas condições legais aplicáveis à categoria dos trabalhadores rurais (o que se arbitra tendo em vista o princípio da razoabilidade). Os valores respectivos serão depositados mensalmente, até o último dia de cada mês com expediente externo deste juízo trabalhista, em estabelecimento bancário à escolha do reclamante (a ser por este indicado na fase de liquidação). O

pensionamento ora deferido é mensal considerando-se que o salário mínimo, no Brasil, leva em conta idêntica periodicidade.

As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente desde o vencimento, sendo a primeira a partir de 01.09.2007 (a correção monetária, por representar apenas atualização do valor devido e não natureza de sanção, deve ser calculada a partir dessa data, sendo irrelevante qualquer demora no ajuizamento da demanda, já que o adimplemento da obrigação deve ser feito pelo valor realmente devido, o que só pode ser obtido com a correção sendo calculada a partir do momento em que sabidamente já existia o dano), observados os teores das Súmulas n. 562 do STF e 43 do STJ, e acrescidas de juros moratórios a partir da data do ajuizamento da presente ação, nos termos da legislação aplicável à espécie.

Sobre a matéria, aliás, dispõe o art. 950 do novo Código Civil brasileiro:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

No aspecto, cumpre trazer à colação a seguinte manifestação jurisprudencial, emanada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

I - Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensinar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II - Destarte, ainda que eventualmente prosseguisse a empregada nas mesmas funções - o que sequer é o caso dos autos - o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das sequelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão ressarcitória, independentemente de ter ou não havido perda financeira concretamente apurada.

(REsp n. 588649/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 02.09.2004)

Ademais, deverá o réu, à luz do disposto no art. 602 do CPC, constituir capital necessário para assegurar o cumprimento da condenação relativa à indenização por lucros cessantes a ser paga mensalmente, indenização essa que, embora não tenha a natureza jurídica de prestação alimentícia em sentido estrito, corresponde à concessão de alimentos sob a forma de pensionamento decorrente de ato ilícito, capital esse ora arbitrado em R\$5.000,00, se o for em dinheiro (dito capital poderá ser constituído em títulos de dívida pública ou caderneta de poupança, colocado à disposição deste juízo trabalhista junto a banco oficial). Se houver, para tal fim, penhora de móveis, semoventes ou imóveis, o valor corresponderá a no mínimo R\$10.000,00 (uma vez que, ao contrário da constituição de capital em dinheiro, de fácil conversibilidade e com rendimentos garantidos, a constituição de capital em móveis, semoventes ou imóveis dependerá de uma eventual liquidação,

razão pela qual se mostra de todo adequada a garantia a ser oferecida no dobro do valor originariamente apontado como suficiente em garantia de dinheiro), caso em que sobre ditos bens incidirão as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, não se podendo esquecer, no particular, de que dita eventual penhora, destinada à constituição de capital nos termos do art. 602 do CPC, não se prestará à segurança do juízo para o fim de oferecimento de embargos.

Paralelamente, cumpre salientar que, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, a reparação por danos físicos não supre aquela relativa aos danos morais, nos mesmos incluído o abalo psíquico, sendo que, segundo o entendimento consubstanciado na Súmula n. 37 do STJ, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”, devendo buscar-se restabelecer o estado anterior, inexistindo base para a afirmação de que os valores respectivos devam guardar correspondência ou uma deva ser maior ou menor que a outra. Vale salientar, a propósito, que o fato de ter o reclamante passado a apresentar áreas enegrecidas no antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo, sequelas das queimaduras, representa, por si só, como é evidente, dificuldades para o autor no tocante a sua autoimagem e imagem perante terceiros.

Pois bem: em linhas gerais, pode-se dizer que o dano moral viola direitos inerentes à personalidade, sendo que, consoante ensina o mestre Caio Mário da Silva Pereira, dito dano consiste em

[...] ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial - ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade.

(*apud* CAMPOS, Maria Luiza de Saboia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 254)

Também nas relações laborais, mesmo naquelas informais, qualquer uma das partes pode ofender lesivamente a outra em seus direitos imateriais, causando-lhe angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Cumpre acentuar, a propósito: a reparabilidade do dano moral está fundada também, como já exposto anteriormente, na teoria da responsabilidade civil, sendo que, no caso *sub judice*, os pressupostos dessa responsabilidade estão presentes.

Com efeito, o sofrimento psicológico do autor decorrente de ter passado a apresentar, ainda que temporariamente, áreas enegrecidas no antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo, sequelas das queimaduras, não pode ser colocado em dúvida, em especial por ter passado ele a estar sujeito a limitações relativamente a atividades que exijam a exposição ao público dessas áreas como áreas sadias, sendo que, embora não exista incapacidade para todas as atividades laborativas, não mais dispõe o obreiro das mesmas condições que detinha antes de sofrer o acidente, com reflexos altamente negativos para seu bem-estar e paz interior.

No caso, o dano moral corresponde a essa lesão a interesses não patrimoniais do obreiro, sendo que, embora se saiba que o sentimento do homem seja algo intangível, a despeito de não ser palpável, é tutelado pelo Direito (nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal estão protegidos os valores da intimidade).

Impera lembrar, no aspecto, que a necessidade da reparação nasce uma vez verificado o evento danoso, não se cogitando a comprovação do prejuízo, pois considerado derivado do próprio infortúnio. Cita-se, a propósito, o seguinte julgado:

[...] para caracterizar-se o dano moral, motivado por acidente do trabalho, basta comprovar-se o fato do qual decorre, pois se entende que uma vez demonstrada a ofensa, *ipso facto*, estará demonstrado o dano moral. Ocorre que, considera-se o dano moral uma presunção natural, oriunda das regras da experiência comum. (AC 70009557729, Nona Câmara Cível, TJRS, Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira, julgado em 08.09.2004)

Por fim, resta apreciar a difícil questão de definir o valor da indenização por danos morais devida ao autor.

A lei é omissa acerca dos critérios que devam ser adotados a fim de que se fixe valor justo e razoável, deixando ao prudente arbítrio do juiz fixar tal valor, em cada caso concreto.

Não se deve esquecer, no particular, de que a referida indenização não pode servir de pretexto para o empobrecimento de um e enriquecimento de outro. Não obstante isso, deverá ser fixada da forma o mais severa possível, com três finalidades principais: a finalidade punitiva, uma vez que o dano moral é um delito como qualquer outro, de modo que quem o praticou se sinta castigado pela ofensa que perpetrou; a finalidade preventiva, servindo para desestimular qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômica, a praticar semelhante ofensa; a finalidade compensatória, tendente a constituir remédio para propiciar à vítima um sentimento de que a justiça foi feita em seu favor.

Nesse diapasão, ensina Carlos Alberto Bittar (*in Reparação civil por danos morais*, 1994, p. 197 e seguintes):

Impera, aliás, a respeito: a) o princípio da responsabilidade integral, consoante o qual se deve atender, na fixação da indenização, à necessidade de plena satisfação do lesado, buscando-se o patrimônio dos lesantes valores que, sem limites, a tanto correspondem; e b) a técnica da atribuição de valor de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero, servindo a condenação como aviso à sociedade; com isso, ao mesmo tempo em que se sancionam os lesantes e oferecem-se exemplos à sociedade, a mostrar-lhe que certos comportamentos, porque contrários a ditames morais, recebem a repulsa do Direito.

No caso dos autos:

Considerando a dor moral sofrida pelo autor em razão de ter passado a estar sujeito a limitações relativamente a atividades que exijam a exposição ao público das áreas com sequelas das queimaduras como áreas sadias, sendo que, embora não exista incapacidade para todas as atividades laborativas, não mais dispõe o obreiro das mesmas condições que detinha antes de sofrer o acidente, com reflexos altamente negativos para seu bem-estar e paz interior;

Considerando o abalo psíquico à evidência sofrido em razão de ter o obreiro

passado a apresentar áreas enegrecidas no antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo, sequelas das queimaduras;

Considerando que existiu culpa do réu no grau leve, o que implica responsabilização porque a legislação atual não mais exige dolo ou culpa grave no aspecto;

Considerando o princípio da razoabilidade;

Considerando, por fim, a capacidade econômica pequena do reclamado;

Impõe-se arbitrar o valor da indenização por dano moral sofrido, no mesmo incluído o abalo psicológico, em R\$5.000,00, atualizável a partir da data do evento danoso, ou seja, 01.09.2007, até a data do efetivo pagamento, com o acréscimo de juros simples a partir da data da citação.

2.2 - Justiça gratuita

Porque preenchidos os requisitos legais cabíveis (declaração de pobreza à f. 12, procuração à f. 13, e requerimento à f. 05), impõe-se deferir a favor do reclamante o benefício da gratuidade de justiça.

2.3 - Critério de cálculos

Para a apuração dos valores pertinentes às parcelas deferidas na presente, observar-se-ão os critérios legais de cálculo, com a incidência de juros e correção monetária, na forma da lei.

2.4 - Contribuições previdenciárias

Não há recolhimento de contribuições previdenciárias a ser determinado, em razão da evidente natureza indenizatória dos valores deferidos na presente.

2.5 - Honorários periciais

Fixam-se em R\$1.000,00 os honorários devidos ao perito médico Dr. Jorge Luiz Neto, tendo em vista a complexidade dos trabalhos periciais realizados, a serem satisfeitos pela reclamada, sucumbente no objeto da perícia (art. 790-B da CLT).

Outrossim, fixam-se em R\$1.000,00 os honorários devidos ao perito técnico, Sr. Expêridião Izidoro Afonso Porto, tendo em vista a complexidade dos trabalhos periciais realizados, a serem satisfeitos pelo reclamante, sucumbente no objeto da perícia (art. 790-B da CLT), porém, isento, em razão do deferimento a seu favor do benefício da gratuidade de justiça.

Nesse sentido, aliás, é a seguinte manifestação jurisprudencial:

HONORÁRIOS PERICIAIS - ISENÇÃO. Enquanto estiver em vigor o artigo 790-B da CLT, com a redação da Lei 10.537/2002, à parte beneficiária de justiça gratuita não cabe a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

(TRT - 3ª R. - 8ª Turma - 01503-2003-026-03-00-0 RO - Rel. Juiz José Marlon de Freitas - DJMG 08.05.2004, p. 22)

Esses honorários, destarte, serão satisfeitos ao Sr. Perito na forma da Resolução n. 35/2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, devendo ser expedida, no momento processual oportuno, a requisição respectiva.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE, EM PARTE, a ação, para condenar o reclamado a pagar ao reclamante, em valores a serem apurados em liquidação de sentença, com juros e correção monetária, na forma da lei, observados os parâmetros fixados na fundamentação supra:

a) indenização por danos físicos decorrentes de acidente do trabalho consistente em pensão mensal correspondente a R\$120,00, até que seja comprovado neste juízo trabalhista que as áreas enegrecidas do antebraço esquerdo, braço esquerdo e cotovelo esquerdo do obreiro tenham evoluído para a normalidade, fixado como termo inicial da pensão a data do acidente do trabalho, ou seja, 01.09.2007, reajustável nos termos e nas condições legais aplicáveis à categoria dos trabalhadores rurais, sendo que os valores respectivos serão depositados mensalmente, até o último dia de cada mês com expediente externo deste juízo trabalhista;

b) indenização por dano moral decorrente de acidente do trabalho, no importe de R\$5.000,00, atualizável a partir da data do evento danoso, ou seja, 01.09.2007, até a data do efetivo pagamento, acrescido de juros simples a partir da data da citação.

Deverá o reclamado, ainda, constituir capital necessário para assegurar o cumprimento da condenação relativa à indenização por lucros cessantes a ser paga mensalmente, capital esse ora arbitrado em R\$5.000,00, se o for em dinheiro, sendo que, se houver, para tal fim, penhora de móveis, semoventes ou imóveis, o valor corresponderá a no mínimo R\$10.000,00, caso em que sobre ditos bens incidirão as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Dita penhora, destinada à constituição de capital nos termos do art. 602 do CPC, não se prestará à segurança do juízo para o fim de oferecimento de embargos.

Fica deferido ao reclamante o benefício da gratuidade de justiça.

Custas, no importe de R\$600,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação em R\$30.000,00 e, bem assim, honorários periciais devidos ao Dr. Jorge Luiz Neto, no importe de R\$1.000,00, pela reclamada.

Honorários periciais devidos ao perito técnico, Sr. Experidião Izidoro Afonso Porto, arbitrados em R\$1.000,00, pelo reclamante, porém, isento, em razão do deferimento a seu favor do benefício da gratuidade de justiça. Tais honorários serão satisfeitos ao Sr. Perito na forma da Resolução n. 35/2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, devendo ser expedida, no momento processual oportuno, a requisição respectiva.

Cumpra-se em 48 horas, após o trânsito em julgado e liquidação.

Publicada em audiência.

Intime-se a União, consoante § 5º do art. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Cientes as partes (Súmula n. 197 do C. TST).

Nada mais.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 01393-2009-039-03-00-8

Data: 09.10.2009

DECISÃO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE SETE LAGOAS - MG

Juiz Substituto: Dr. GERALDO MAGELA MELO

RECLAMANTE: WANDA MARIA SILVA DRUMMOND

RECLAMADAS: FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MONSENHOR MESSIAS - UNIFEMM
E UNIMED SETE LAGOAS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Relatório dispensado por se tratar de procedimento sumaríssimo, *ex vi* do inciso I do art. 852-B da CLT, redação conferida pela Lei n. 9.957/2000. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO**Da ilegitimidade passiva *ad causam***

A legitimidade passiva se revela na pertinência subjetiva da ação, vale dizer, quando a parte indicada como devedora na relação jurídica processual pode estar, abstratamente, vinculada à relação jurídica de direito material. No caso dos autos, como o provimento vindicado, se porventura acolhido, produzirá efeitos na órbita jurídica das reclamadas, estas são, inegavelmente, partes legítimas para figurarem no polo passivo da lide.

Ademais, a discussão que avança dessa fronteira, sobre a existência ou não de responsabilidade das rés, prende-se ao mérito da causa, pelo que com este será decidida.

Rejeito a preliminar.

Do cerceamento de defesa

A segunda ré argumenta que, caso não seja excluída da lide, tem seu direito de defesa prejudicado, pois possui poucos dados para sua defesa, porque a reclamante não era sua empregada.

Todavia, o direito de defesa é exercitado pela garantia dada à parte de utilizar-se de todos os meios e recursos cabíveis processualmente para realizar sua defesa. Nesse sentido, a segunda requerida está tendo todas as garantias constitucionais respeitadas; se a mesma não diligenciou e buscou informações precisas sobre as alegações da autora, isso não implica cerceamento de defesa, mas, sim, ausência de fundamentos capazes de elidir os pleitos vindicados.

Ademais, constam dos documentos carreados aos autos com a inicial informações pertinentes ao contrato de emprego da autora, informações essas suficientes para que a 2ª ré pudesse se defender quanto às matérias debatidas nestes autos.

Destarte, rejeito.

Do mérito**Do plano de saúde**

A reclamante pretende o restabelecimento do plano de saúde do qual foi beneficiária até junho de 2009, por força do contrato de trabalho que manteve com a 2ª reclamada no período de 01.03.1978 a 01.08.2006. Esclarece que, em junho de 2006, foi-lhe concedida aposentadoria pelo INSS e que, nos termos do que dispõe a Lei n. 9.656/98, o empregado aposentado tem direito de permanecer acobertado pelo referido plano de saúde, desde que pague o valor integral do plano coletivo.

A 1ª reclamada requer sua exclusão da lide, ao fundamento de que, como o contrato de trabalho celebrado entre ela e a demandante foi rescindido em 01.08.2006, não poderá ser responsabilizada por tal pretensão. No caso de ser mantida na lide, contesta o pleito, sustentando que a reclamante, por não ter efetuado o pagamento da parcela anteriormente devida pela UNIFEMM, empresa contratante do plano, deixou de “assumir seu direito” de manter-se associada à UNIMED, já que aquela era a condição *sine qua non* para que ela exercesse tal direito.

A 2ª ré também requer sua exclusão da lide, sob o argumento de que a reclamante não contratou os serviços prestados pela UNIMED e que a 1ª ré, na condição de fornecedora do “benefício”, é a única que deverá ser responsabilizada por tal pretensão. Afirma, mais, que a reclamante não preenche os requisitos de que trata a lei antedita para sua manutenção no plano de saúde.

De início, cumpre esclarecer que, diferentemente do que foi alegado pela 2ª ré (f. 215/220), aplica-se, *in casu*, o disposto no Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus de prova (inciso VIII do art. 6º do CDC). Observe-se que, entre a autora e a 2ª ré, configurou-se relação de consumo, nada obstante tal relação seja proveniente do contrato de trabalho celebrado entre aquela e a 1ª ré. É que para um mesmo fato podem ser extraídas mais de uma consequência jurídica. Assim, a prestação de serviços da autora em favor da 1ª ré fez surgir duas situações distintas, uma de natureza empregatícia e outra de natureza de consumo e, como ambas decorrem da relação de emprego, a competência material da Justiça do Trabalho exsurge.

Consoante ao que se vê dos autos, as reclamadas celebraram Contrato Particular de Prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, Serviços de Diagnóstico e Terapia (contrato n. 7522, f. 86/112), com início de vigência em 15.05.2000 (art. 4º), cujo objeto é a cobertura de serviços de assistência médico-hospitalar (art. 1º, f. 88). Para melhor conhecimento do inteiro teor desse contrato, assente-se que a 1ª reclamada (UNIFEMM) ali figura como CONTRATANTE e a 2ª ré (UNIMED), como CONTRATADA (art. 5º, f. 88).

Reza o art. 31 do referido contrato que:

A CONTRATADA assegura ao ASSOCIADO titular que se aposentar, e que tiver contribuído para o plano contratado, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, o direito de manutenção como ASSOCIADO - e dos ASSOCIADOS dependentes e agregados a ele vinculados -, nas mesmas condições de cobertura assistencial que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade da CONTRATANTE. (grifo original, f. 96)

No caso sob exame, os documentos trazidos pelas rés (f. 201/214 e f. 221/234) comprovam que, em 01.06.1995, as reclamadas celebraram contrato

de prestação de serviços de assistência médica (item 1.1 da cláusula I), pelo prazo mínimo de 12 meses consecutivos, “findos os quais, se nenhuma das partes se manifestar por escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias do término, se prorrogará automaticamente por prazo indeterminado” (item 14.1 da cláusula XIV). Da mesma forma, o recibo salarial relativo ao mês de junho de 1995 (f. 12) demonstra que, no referido mês, foi descontado da remuneração da reclamante o valor de R\$5,12 a título de “MENSALIDADE UNIMED”. Ora, diante de tais documentos, não restam dúvidas de que, em junho de 1995, a reclamante foi inscrita, com interveniência da 1ª reclamada, no plano privado de assistência à saúde operado pela 2ª ré, o que significa dizer que a autora contribuiu para o plano contratado pela UNIFEMM, durante a vigência de seu contrato de emprego, por período superior a dez anos, a saber, de junho de 1995 a 01.08.2006 (data da rescisão contratual, f. 14). Portanto, a demandante preencheu os requisitos, previstos no *caput* da norma contratual acima transcrita, que lhe garantem o direito de manter-se acobertada pelo plano, quais sejam, estar aposentada e ter contribuído para o plano da UNIMED pelo período mínimo de 10 anos.

Em sendo assim, com espeque no que estabelece a norma contratual por último transcrita, a reclamante tem direito de ser mantida no plano de saúde contratado pela 1ª ré, nas mesmas condições de cobertura assistencial que gozava quando da vigência de seu contrato de emprego.

Ressalte-se que é irrelevante para o caso sob exame o fato de o contrato de emprego da autora não ter sido rescindido em razão de sua aposentadoria, ocorrida em 06.06.2005 (f. 15). Isso porque a norma contratual multicitada, a qual trata da manutenção do aposentado no plano de saúde, não exclui, dessa garantia, os empregados aposentados que, após a concessão do benefício previdenciário, permaneceram trabalhando para a empresa contratante do plano. De mais a mais, havendo duas normas aplicáveis ao caso (arts. 29 e 31 do contrato de f. 88/111), deverá ser considerada aquela mais benéfica ao empregado, nos termos do art. 47 do CDC, o qual reza que: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

A circunstância de não haver previsão, no contrato de f. 221/234, quanto à permanência do associado no plano de saúde após a rescisão de seu contrato de emprego é irrelevante. Isso porque tal previsão consta do contrato de prestação de serviços celebrado entre as rés (f. 86/112), contrato esse que ainda se encontra vigente e que, obviamente, vigorava à época da rescisão do contrato de trabalho da reclamante.

Por tudo o que se fundamentou supra, defiro o pedido de letra “a”, devendo a 2ª ré emitir o boleto individual para a autora, contendo no valor o montante correspondente à contribuição da demandante, acrescido do exato valor a que a 1ª ré pagaria à 2ª ré, em relação ao contrato de f. 88/111, ou seja, mantendo os mesmos valores vigentes para a 1ª reclamada, garantindo à autora os direitos de usuária do plano.

Da responsabilidade das rés

Quanto ao tema, cabe salientar que ambas as rés deverão ser responsabilizadas pelo cumprimento da obrigação ora imposta. A 2ª ré, por ser a

operadora do plano de saúde do qual a autora é beneficiária. A 1ª ré, em razão de ter sido ela a contratante do referido plano e aquela que, ao proceder à exclusão do nome da autora do cadastro de associados da UNIFEMM junto à UNIMED, causou-lhe danos.

Nesse sentido, aliás, o art. 942 do Código Civil, *verbis*:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Frente à norma supra, infere-se que a 1ª ré, como autora da ofensa ao direito da trabalhadora, qual seja, exclusão de seu nome do cadastro de associados do plano de saúde da 2ª ré, responde solidariamente com a operadora desse plano.

Dessa feita, acolho o pedido da autora declarando as reclamadas responsáveis solidárias pela determinação de que trata o tópico anterior.

Da tutela antecipada

Como o pedido de reinclusão da autora no plano de saúde é procedente e por considerar que há fundado receio de dano irreparável, por ser o plano de saúde garantidor do maior patrimônio do trabalhador, qual seja, sua saúde, defiro a tutela antecipada deste, em sentença, para que a 2ª ré proceda à emissão do boleto individual para a autora, contendo no valor o montante correspondente à contribuição da demandante, acrescido do exato valor a que a 1ª ré pagaria à 2ª ré, em relação ao contrato de f. 88/111, ou seja, mantendo os mesmos valores vigentes para a 1ª reclamada, garantindo à autora os direitos de usuária do plano, sob pena de multa diária de R\$500,00 a partir do primeiro boleto não enviado em observância desta decisão, com fulcro no § 4º do art. 461 do CPC.

Da justiça gratuita

A autora pleiteia os benefícios da justiça gratuita.
Com fulcro no § 3º do art. 790 da CLT, defiro o benefício.

Dispositivo

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos, para condenar as reclamadas, de forma solidária, nos termos da fundamentação supra, que passa a integrar este dispositivo, como se aqui literalmente transcrita, nos seguintes termos:

1 - defiro o pedido de letra "a", devendo a 2ª ré emitir o boleto individual para a autora, contendo no valor o montante correspondente à contribuição da demandante, acrescido do exato valor a que a 1ª ré pagaria à 2ª ré em relação ao contrato de f. 88/111, ou seja, mantendo os mesmos valores vigentes para a 1ª reclamada, garantindo à autora os direitos de usuária do plano;

2 - defiro a tutela antecipada do pedido retro, em sentença, para que a 2ª ré proceda à emissão do boleto individual para a autora, contendo no valor o montante correspondente à contribuição da demandante, acrescido do exato valor a que a 1ª ré pagaria à 2ª ré, em relação ao contrato de f. 88/111, ou seja, mantendo os mesmos valores vigentes para a 1ª reclamada, garantindo à autora os direitos de usuária do plano, sob pena de multa diária de R\$500,00 a partir do primeiro boleto não enviado em observância desta decisão, com fulcro no § 4º do art. 461 do CPC;

3 - defiro justiça gratuita.

Contribuição previdenciária e imposto de renda não incidem na presente condenação, em razão de que essa não se amolda à hipótese de incidência dos mencionados tributos.

Custas pelas reclamadas, no importe de R\$20,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$1.000,00.

Cientes as partes (Súmula n. 197 do TST).

Cumpra-se.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0222-2009-141-03-00-6

Data: 23.11.2009

DECISÃO DA VARA DO TRABALHO DE ARAÇUAÍ - MG

Juiz Titular: Dr. ANDRÉ FIGUEIREDO DUTRA

RECLAMANTE: WANDERLEY ROSA DA SILVA

RECLAMADA: VIAÇÃO RIODOCE LTDA.

1. RELATÓRIO

WANDERLEY ROSA DA SILVA, qualificado à f. 02, ajuizou reclamação trabalhista em face de VIAÇÃO RIODOCE LTDA., alegando, em síntese, que: foi admitido pela reclamada em 20.05.2002, no cargo de trocador de ônibus, tendo sido injustamente dispensado no dia 30.10.2008; trabalhou no curso do aviso prévio, sem a redução legal, o que o invalida; laborava em regime de sobrejornada, porém não recebia a contraprestação salarial correspondente; tendo contraído núpcias em 05.11.2004, não lhe foi concedida a licença prevista em lei, que deve ser indenizada; atuava em locais/condições insalubres, sem receber o pagamento do respectivo adicional; não teve a licença-paternidade concedida por ocasião do nascimento de seu filho Luís Fillipi Lopes Silva, que veio a falecer dois dias depois; tendo que trabalhar, não pôde acompanhar a sua família (esposa e filho) e, portanto, deve ser indenizado pelo dano moral sofrido; utilizava o uniforme da empresa e, portanto, faz jus à indenização pelo uso de seu direito de imagem, como "garoto propaganda" da reclamada; embora recebendo comissões, não lhe foram pagas as remunerações dos feriados e RSRs. Diante do exposto, formulou os pedidos constantes das f. 13/17 dos autos. Atribuiu à causa o valor de R\$60.000,00. Juntou documentos e procuração (f. 18/63).

A reclamada apresentou defesa escrita às f. 68/100, com documentos (f. 101/318). Como prejudicial de mérito, arguiu a prescrição quinquenal. No mérito propriamente dito, rechaçou, um a um, todos os pleitos autorais, pugnando, em caso de eventual condenação, pela compensação das verbas pagas.

O reclamante, às f. 323/325, manifestou-se sobre a defesa e os documentos trazidos aos autos pela reclamada.

Laudo pericial às f. 333/342 (do perito assistente da reclamada às f. 343/365), complementado com os esclarecimentos de f. 377/379.

Houve inquirição de uma testemunha, através de carta precatória (f. 459/460).

Na audiência em prosseguimento colheram-se os depoimentos das partes e foram inquiridas três testemunhas, sendo duas a rogo do reclamante e a última por indicação da reclamada (f. 467/471).

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual, com razões finais orais remissivas (f. 471).

Infrutíferas as tentativas de conciliação.

É o relatório, no que há de essencial.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Prescrição quinquenal

Tendo a reclamação trabalhista sido ajuizada em 01.04.2009 (f. 02), declara-se prescrita a pretensão quanto a créditos exigíveis anteriormente a 01.04.2004, à luz do que dispõe o inciso I do art. 11 da CLT (inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal/88).

Isso posto, extingue-se o processo, com resolução de mérito, quanto à pretensão ligada aos créditos sobreditos, nos termos do inciso IV do art. 269 do CPC (art. 769 da CLT).

2.2 Aviso prévio - Cumprimento

O reclamante afirma que, no curso do aviso prévio, trabalhou sem a redução legal nos 30 dias do mês de outubro/2008, quando, em virtude da opção feita, o correto seria gozar de folgas nos últimos 07 (sete) dias.

A reclamada, por seu turno, assegura que o aviso prévio foi regularmente concedido e que o reclamante não trabalhou todo o mês de outubro/2008, mas somente até o dia 23, conforme documentos.

A razão está na defesa.

Inicialmente, vale destacar que os documentos de f. 32/37, trazidos aos autos pelo reclamante, foram impugnados pela reclamada sob o argumento de que não têm força probante, pois sequer estão datados e rubricados.

A impugnação deve ser acatada, visto que, de fato, nesses documentos, ao contrário dos de f. 143 e seguintes, não consta sequer a assinatura do gerente responsável e, porque foram registrados pelo próprio reclamante, não podem ser admitidos como prova, uma vez que unilaterais.

A par disso, não há prova robusta no sentido de que existem, no âmbito da reclamada, dois controles de viagem simultâneos e distintos, ônus do reclamante (art. 818 da CLT).

A falsidade arguida às f. 323/324 não foi provada e, mais que isso, o autor manifestou, na derradeira audiência, que não possuía qualquer outra prova a produzir, permitindo, com isso, o encerramento da instrução processual sem quaisquer protestos nesse particular (f. 471).

Ultrapassado esse primeiro ponto, há que se dizer que o documento de f. 216 prova à saciedade que o reclamante, de fato, trabalhou somente até o dia 23.10.08, exatamente conforme previsto no documento de f. 104 e 104-verso.

Aliás, o autor, em depoimento pessoal, confirmou a veracidade da frequência registrada nos controles de viagens (vide f. 467).

À vista disso e diante do regular cumprimento do aviso prévio, nos termos da lei, indefere-se a pretensão obreira manifestada na letra “a” da inicial (f. 14).

2.3 Adicional de insalubridade

O perito oficial, através do laudo de f. 333/342, complementado com os esclarecimentos de f. 377/379, após vistoriar os ex-locais de trabalho do reclamante e enumerar as funções por ele desempenhadas, descaracterizou a insalubridade (f. 342).

Nos termos do laudo, de todos os agentes insalubres listados, o reclamante mantinha contato exclusivamente com o “ruído” que, todavia, apresentou níveis inferiores aos limites estabelecidos no Anexo 1 da NR-15 (Portaria n. 3.214/78, do Ministério do Trabalho) - vide f. 337.

A conclusão pericial deve ser mantida integralmente, pois está em consonância com o quadro fático descrito, a legislação pertinente e, ainda, com o laudo apresentado pelo assistente técnico da reclamada (f. 343/365).

O reclamante se insurgiu contra o resultado da prova técnica, argumentando, em síntese, que as medições foram efetuadas em veículo distinto do que era por ele utilizado e que, ainda, a perícia foi produzida em 04 horas, quando o correto seria fazer a avaliação em 08 horas (f. 371/372 e 375/376).

Todavia, o *expert*, que detém conhecimento técnico específico, explicou que “[...] o veículo utilizado para medição do agente ruído é análogo àquele onde laborou a maior parte do tempo e esta afirmativa foi corroborada pelo próprio reclamante durante a diligência” (f. 378, letra “a”).

Quanto ao tempo de medição, informou o perito:

[...] as medições foram realizadas em parcela bastante representativa do tempo de exposição do reclamante aos agentes citados - calor e ruído. O trajeto escolhido foi o de maior exposição do reclamante, ou seja, a viagem completa (Minas Novas - Araçuaí) [...]. Ressalta-se que a dosagem de ruído não é cumulativa, ou seja, não significa que medições de 8 ou 10 ou 20 horas alterem o resultado. (f. 379, letra “c”)

Via de consequência, indeferem-se os pedidos constantes das letras “k” e “m” da exordial (f. 15/16) e, além deles, todos os reflexos do adicional de insalubridade sobre as demais verbas.

2.4 Horas extras e reflexos

Os controles de ponto (fichas de viagens) de f. 143/216 foram impugnados pelo reclamante sob a alegação de que não traduzem a efetiva jornada de trabalho.

Tem razão o autor, mas somente em parte.

Isso porque ele, na audiência de instrução, confessou que:

[...] em todas as localidades tinha que se apresentar ao trabalho com antecedência de 45/60 minutos, em relação ao horário de partida do ônibus, mas somente registrava a antecedência como sendo de 15 minutos nos controles de horários; a frequência está corretamente registrada nos controles de jornada, conforme f. 143 e seguintes; em tais documentos também estão registradas todas as viagens feitas pelo depoente; os horários de saída registrados nos documentos de f. 143 e seguintes coincidem apenas com o término das viagens, sendo que, após o registro da saída, o depoente ainda entregava encomendas no comércio (cerca de 02 vezes por semana, gastando 30/60 minutos por vez) e fazia a limpeza dos veículos (diariamente, gastando 30/60 minutos na atividade); [...]; em Minas Novas e Francisco Badaró a antecedência exigida era de 30 minutos, e não de 45 como em outros lugares; [...]; a limpeza que fazia nos ônibus limitava-se às cidades de Francisco Badaró e Minas Novas, pois nas outras [...] a atividade era desempenhada por empregados próprios. (f. 467/468)

Vê-se, pois, que à exceção da antecedência narrada pelo reclamante e do tempo gasto na entrega dos documentos e limpeza dos ônibus, ao final das viagens, a frequência e os demais horários registrados nos controles de ponto devem ser considerados fidedignos.

Indefere-se, por tal motivo, o pleito autoral constante da letra “d” da peça de ingresso (f. 14), por absoluta falta de provas acerca das horas de folgas suprimidas irregularmente no mês de dezembro.

No tocante ao tempo de antecedência, o Sr. Robson José Vieira, indicado como testemunha pelo próprio reclamante, afirmou que:

[...] chegava com antecedência de 30/40 minutos em relação ao horário de partida do ônibus, para que pudesse fazer tudo (guardar as bagagens, conferir, assinar e, dependendo da hora, receber os tíquetes e os talões); somente nesta cidade era necessária a antecedência de 30/40 minutos, sendo que nas outras a antecedência era de 15 minutos. (f. 470)

A respeito da saída, o preposto da reclamada, contrariando os termos da defesa, confirmou:

[...] nas cidades de Francisco Badaró, Minas Novas e Coronel Murta, o reclamante, após as viagens, fazia entrega de encomendas a clientes [...], bem como fazia a varrição do corredor dos ônibus [...]. (f. 468)

No aspecto, a testemunha Robson, com segurança e objetividade, noticiou que:

[...] os trocadores, somente em Jenipapo de Minas, Francisco Badaró e Minas Novas, faziam a limpeza dos veículos e a entrega de encomendas; no entanto, o tempo gasto nessas atividades não era registrado nas fichas de viagens; dessas fichas constava como término do expediente apenas o horário de chegada ao destino; as limpezas dos veículos eram diárias nas localidades já citadas e eram feitas em 20/30 minutos; as entregas de encomendas consumiam cerca de 01 hora, sendo que ocorriam 01 vez por semana em Francisco Badaró e 01 vez por quinzena em Minas Novas; a limpeza dos ônibus consistia na varrição e limpeza do painel, cortinas e poltronas. (f. 470)

Fixa-se, pois, que a jornada de trabalho do reclamante, além da frequência e de todos os horários registrados nos controles de ponto, ainda era composta do seguinte: a) em Araçuaí, no início das viagens, 20 minutos antes da marcação do ponto (35 minutos, em média, com dedução de 15 minutos, conforme a inicial); b) nas cidades de Jenipapo de Minas, Francisco Badaró e Minas Novas, após as viagens, 25 minutos diários (média) além do registro de saída, gastos na limpeza dos veículos; c) nas cidades de Francisco Badaró e Minas Novas, 01 hora além do registro de saída (entrega de encomendas), sendo 01 vez por semana na primeira e 01 vez por quinzena na segunda cidade.

Nesse contexto e nos termos do *caput* do art. 58 da CLT, deferem-se ao reclamante, por todo o período contratual não prescrito, as horas extras pleiteadas, assim consideradas as excedentes da 44ª semanal trabalhada.

Todas as horas extras são devidas por dia/período de efetivo trabalho e devem ser acrescidas do adicional constitucional de 50% (e não de 100%, por falta de amparo legal, contratual ou convencional).

Habituais, produzirão reflexos sobre as verbas de aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Nos cálculos, serão observados: a) a correta evolução salarial do reclamante; b) o divisor 220; c) os horários e frequência registrados nos controles de ponto, acrescidos dos demais horários acima fixados (antecedência, entrega de encomendas e limpeza dos ônibus); d) os intervalos intrajornada registrados nos controles, inclusive em eventual sistema de "dupla pegada" ou de duração superior a 02 horas, expressamente reconhecidos pelas CCTs da categoria; e) as Súmulas n. 264 e 347, ambas do Eg. TST; f) a inclusão, na base de cálculo das horas extras, de todas as verbas de natureza salarial constantes dos contracheques; g) a não compensação de horas extras com folgas registradas nos controles de ponto, por força das CCTs; h) a compensação bimestral prevista nas CCTs (cláusula 11ª, f. 255; cláusula 11ª, f. 266; cláusula 10ª, f. 277); i) o cômputo integral da jornada, minuto a minuto, na forma das CCTs.

2.5 Licenças - Casamento e paternidade

O reclamante, nesse particular, afirma que não lhe foram concedidas as licenças para casamento e paternidade, pelo que faz jus às indenizações correspondentes. Na versão patronal, que confirma a não concessão das licenças, o reclamante deixou de comunicar os eventos de forma prévia e por escrito, conforme exigem as CCTs da categoria.

A razão está na exordial.

Os documentos de f. 27 e 28 provam à sociedade que o reclamante contraiu núpcias em 05/11/2004 e que houve nascimento de seu filho, Luís Fillipi Lopes da Silva, no dia 06.08.2008.

A par disso, o preposto da reclamada, em depoimento pessoal, admitiu que:

[...] provavelmente o gerente Ronaldo tomou ciência de que o recte. iria se casar;

[...]; o gerente Ronaldo provavelmente tinha ciência da gravidez da esposa do recte., no ano de 2008; tomou ciência de que o recte. comunicou ao Sr. Ronaldo que a sua esposa havia sido internada de urgência, para fazer o parto; [...]; não sabe informar se a internação e o parto ocorreram no mesmo dia ou em dias distintos. (f. 468)

As declarações do preposto obrigam a sua preponente (§ 1º do art. 843 da CLT) e, no caso *sub judice*, permitem concluir que, sim, a empresa-ré teve ciência prévia do casamento e do nascimento do filho do reclamante, à época dos fatos.

As CCTs da categoria, bem verdade, dispõem que a comunicação de tais eventos deve ser feita por escrito (cláusulas 27ª e 28ª, f. 281), mas - pontue-se - os instrumentos coletivos não eximem as empresas da concessão das licenças se não observada tal formalidade.

In casu, tendo sido demonstrada a comunicação dos eventos, conquanto por meio diverso do estabelecido, há que se admitir o direito do reclamante às licenças, inclusive porque elas não decorrem de norma autônoma, mas de legislação federal, de observância obrigatória.

Nessa linha, defere-se ao reclamante a indenização correspondente às licenças para casamento (03 dias) e paternidade (05 dias), por força do que estabelece o inciso II do art. 473 da CLT e § 1º do art. 10 do ADCT.

O cálculo será efetuado com os valores vigentes à época de cada evento, acrescido de correção monetária, devendo ser observada a totalidade da remuneração.

2.6 Dano moral - Indenização

O dano moral é o sofrimento íntimo, de índole espiritual ou psicológica, causado por ato de terceiro que resulte em alguma alteração na dignidade pessoal do ofendido e que, em qualquer de suas modalidades, deixa feridas abertas, que somente o tempo cuida de apagar. Mas nem por isso deixa de ser agasalhado pelo Direito, uma vez que o bem imaterial também é juridicamente tutelado, por expressa previsão constitucional (art. 5º, X).

RODOLFO PAMPLONA diz:

[...] o dano moral consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

(*In O dano moral na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998, p. 37)

No mesmo sentido VALDIR FLORINDO, para quem o dano moral é

[...] aquele decorrente de lesão à honra, à dor/sentimento ou física, aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal, com fortes abalos na personalidade do indivíduo.

(*In Dano moral e o direito do trabalho*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: LTr, 1999, p. 41)

In casu, o reclamante pretende receber o pagamento de indenização por dano moral, alegando, em síntese, que: por ocasião do nascimento de seu filho Luís Fillipi Lopes da Silva, em 06.08.08, não lhe foi concedida a licença-paternidade; a criança nasceu prematura, dependente de cuidados especiais, sendo que a sua esposa permaneceu internada no hospital, sozinha; dois dias depois, sem a presença do pai, o recém-nascido veio a falecer; a reclamada tinha ciência dos fatos e mesmo assim, de forma insensível, não lhe concedeu a folga necessária, quando mais dela necessitava.

A reclamada, por sua vez, sustenta que sequer soube do nascimento da referida criança e que não contribuiu para o lamentável episódio.

Ao exame:

O preposto da reclamada, desmentindo toda a versão empresária, afirmou textualmente:

[...] o gerente Ronaldo provavelmente tinha ciência da gravidez da esposa do reclamante, no ano de 2008; tomou ciência de que o reclamante comunicou ao Sr. Ronaldo que a sua esposa havia sido internada de urgência para fazer o parto; sendo uma situação que ocorre sem antecedência necessária, o gerente entendeu que o reclamante poderia cumprir a escala e visitar a esposa no dia seguinte; o reclamante já estava escalado para fazer a viagem; não sabe informar se a internação e o parto ocorreram no mesmo dia ou em dias distintos; o reclamante retornou de sua escala no dia seguinte ao da internação de sua esposa; após a chegada do reclamante, o mesmo foi liberado para visitar a esposa no restante do dia; no terceiro dia, com o falecimento do filho do reclamante, o mesmo foi liberado de qualquer escala; no 4º dia, todavia, o reclamante voltou a cumprir escala normalmente; [...]; desde o primeiro dia da internação da esposa do reclamante, o mesmo poderia ter sido substituído e a reclamada possui empregados capacitados para enfrentar situações de emergência como a do reclamante; lamentavelmente, a licença não foi concedida ao reclamante por erro do gerente operacional, sr. Ronaldo. (f. 468/469)

Trata-se de depoimento esclarecedor que joga uma pá de cal nos termos da defesa, dando, ao mesmo tempo, arrimo à versão do reclamante.

Há mais:

Além do informado pelo preposto, o documento de f. 28 prova que o nascimento do filho do reclamante ocorreu no dia 06.08.08, às 19h36min, sendo certo que o documento de f. 29 atesta o óbito da criança no dia 08.08.08, às 13h25min.

Já os controles de ponto da época acusam que o reclamante cumpriu as seguintes escalas: 06.08.08, de 14h45min às 18h20min, com início nesta cidade e

término em Minas Novas; 07.08.08, a partir de Minas Novas (o reclamante, presume-se, pernitoit em tal cidade) e com destino a Araçuaí, de 05h45min às 09h50min e, à tarde, de Araçuaí a Minas Novas, de 14h45min às 18h30min; no dia 08.08.08, com viagens diversas, com início às 05h45min e término às 17h, iniciando o expediente em Minas Novas. Na sequência, o reclamante teve folgas nos dias 09 e 10 e, após, voltou a cumprir normalmente as suas escalas de trabalho (vide controle de f. 213).

Tudo isso demonstra que o reclamante, no período de 06 a 08.08.08, praticamente não acompanhou a sua família no hospital, devendo ser destacado que a reclamada não nega que a esposa do autor tenha permanecido hospitalizada sozinha. Ademais, o que está evidente é que a empresa-ré tinha ciência de todos os fatos, inclusive (presume-se) do estado de saúde do filho do reclamante.

O cenário é este: enquanto o reclamante cumpria “normalmente” as suas escalas, inclusive em cidades distantes (Minas Novas fica a 3,5/4,0 horas de Araçuaí), a sua esposa, sozinha no hospital, atravessava certamente o pior momento de sua vida, e o filho do casal, prematuro, agonizava.

O reclamante, por imposição da empresa, deixou entregues à própria sorte a sua esposa e o recém-nascido, não tendo tempo de lhes dar atenção, conforto, carinho e, enfim, toda a assistência necessária no momento em que o amor dos familiares é o único remédio para os males.

Não é só.

O reclamante, evidentemente, acatou as ilegais determinações da reclamada, à época dos fatos, decerto temendo uma suspensão ou, talvez, a perda do emprego. Mas em outubro do mesmo ano, pouco mais de dois meses após o nascimento e falecimento de seu filho, foi dispensado sem justa causa pela empresa-ré (vide TRCT de f. 26), aumentando, assim, a tragédia familiar.

A reclamada fez mais: na defesa, ao invés de admitir os erros cometidos como, de forma honesta, agiu o seu preposto em audiência (à exceção dos equívocos nos horários), preferiu ironizar o pleito autoral: “o pedido de danos morais carece de maior seriedade, não permitindo a sua vulgarização, atualmente apresentado das formas mais irresponsáveis e descabidas” (f. 85).

Com efeito.

A reclamada, numa sucessão de erros intencionais, desprezou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal/1988), bem assim ignorou a importância da família, base de toda a sociedade (*caput* do art. 226 da CF).

A atitude empresária - irresponsável e reprovável sob todos os aspectos - não pode ficar impune, até mesmo para fins pedagógicos.

O dano moral sofrido pelo reclamante é evidente e, inclusive, independe de prova, bastando que se apliquem ao caso dos autos as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC).

Nesse contexto, considerando-se o dano em si, a grande capacidade econômica da reclamada, o caráter pedagógico da indenização e com fulcro no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal c/c artigos 186, 927, *caput*, 932, III, 933 e 944, todos do CCb, defere-se ao reclamante a indenização por dano moral no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

2.7 Indenização - Direito de imagem

O reclamante assegura que, tendo utilizado o uniforme da empresa no trabalho, faz jus à indenização pelo uso de seu direito de imagem, já que, segundo alega, atuava como verdadeiro “garoto propaganda” da reclamada.

Sem-razão.

A uma, porque a obrigatoriedade do uso do uniforme está prevista nas CCTs da categoria (cláusula 4ª, f. 254; cláusula 4ª, f. 265; cláusula 3ª, f. 276), não podendo a reclamada ser condenada por norma admitida coletivamente.

A duas, porque o reclamante, ao contrário do sugerido na inicial, confessou que: “trabalhava uniformizado, mas não era obrigado a se apresentar com o uniforme, podendo vesti-lo no início do expediente; somente era obrigado a utilizar o uniforme durante a jornada de trabalho” (f. 467).

A três, porque o mero uso do uniforme, durante o expediente ou mesmo no trajeto casa-trabalho ou vice-versa, não tem características de publicidade, na verdadeira acepção do termo, pouco importando se o serviço era prestado interna ou externamente.

Nesse contexto, não se vê qualquer publicidade feita pelo reclamante, em prol da reclamada, que possa gerar indenização pelo uso de sua imagem.

Nada a ser deferido.

2.8 Comissão - Reflexos

Uma vez que o reclamante era mensalista (f. 217 e seguintes), tem-se que o valor dos descansos semanais (feriados e folgas semanais) já estava embutido nos seus salários mensais (§ 2º do art. 7º da Lei n. 605/49).

O fato de, em alguns meses, terem sido pagas comissões, além do valor fixo mensal, não transforma o reclamante em comissionista, sendo certo que a Súmula n. 27 do TST, invocada na exordial, diz respeito ao comissionista puro, o que definitivamente não era o caso do autor.

Indefere-se.

2.9 Hipoteca judiciária

No caso *sub judice*, é totalmente desnecessária a constituição da hipoteca judiciária sobre o patrimônio da reclamada, pois se trata de empresa sólida e de grande porte (vide contrato social de f. 304/314), capaz de suportar, sem qualquer dificuldade, o valor total da condenação.

2.10 Justiça gratuita

Tendo em vista a declaração de f. 62, presumivelmente verdadeira (§ 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50), deferem-se ao reclamante os benefícios da justiça gratuita, para isentá-lo do pagamento das custas e de outras e eventuais despesas processuais.

O reclamante, ainda, fica isento do pagamento dos honorários periciais, nos exatos e precisos termos do art. 790-B da CLT, com redação dada pela Lei n. 10.537/2002.

Os honorários periciais, cujo valor se fixa em R\$800,00, serão pagos nos termos da Resolução n. 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, após o trânsito em julgado deste *decisum*, momento em que a Secretaria desta Vara deverá expedir a requisição de que tratam os §§ 5º e 6º da mesma Resolução.

2.11 Compensação / Dedução

Indefere-se o pedido de compensação formulado pela reclamada, uma vez que não há sequer notícia da existência de dívidas recíprocas entre as partes.

Também não há falar em dedução, porquanto não existem verbas pagas sob idêntico título das deferidas.

2.12 Juros e correção monetária

Incidem juros simples de 1% ao mês a partir do ajuizamento da demanda, como determina o art. 883 da CLT, e na forma do art. 39 da Lei n. 8.177/91 e Súmula n. 200 do TST.

A correção monetária dos valores referentes à condenação que ora se impõe será feita com aplicação do índice do 1º dia do mês subsequente ao trabalhado, na forma da Súmula n. 381 do TST.

Já a correção das parcelas reflexas sobre o FGTS + 40% deverá ser feita pelos mesmos índices dos créditos trabalhistas em geral, na forma da OJ n. 302 da Egrégia SDI do TST.

2.13 Natureza das verbas deferidas

Para efeito do disposto no § 3º do art. 832 da CLT, declara-se que possuem natureza salarial as seguintes parcelas: horas extras, adicional e reflexos sobre férias + 1/3 (não indenizadas) e 13º salários. Sobre tais verbas haverá incidência de contribuições previdenciárias, na forma da lei, cujo recolhimento deverá ser comprovado nos autos, pela reclamada, no prazo legal, quando do pagamento das parcelas ora deferidas, sob pena de execução de ofício, consoante inciso VIII do art. 114 da Constituição Federal (EC n. 45/2004).

Nesse ponto, há que se estabelecer, desde já, que não haverá incidência de imposto de renda sobre juros de mora, conforme atual jurisprudência do TST e STJ. Também não haverá incidência de contribuições previdenciárias ou mesmo fiscais sobre a indenização por dano moral, em consonância com as reiteradas decisões do Eg. STJ a respeito.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA DA VERBA. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. A indenização por dano estritamente moral não é fato gerador do Imposto de Renda, pois limita-se a recompor o patrimônio imaterial da vítima, atingido pelo ato ilícito praticado.

2. *In casu*, a negativa de incidência do Imposto de Renda não se faz por força de

isenção, mas em decorrência da ausência de riqueza nova - oriunda dos frutos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos - capaz de caracterizar acréscimo patrimonial.

3. A indenização por dano moral não aumenta o patrimônio do lesado, apenas o repõe, pela via da substituição monetária, *in statu quo ante*.

4. A vedação de incidência do Imposto de Renda sobre indenização por danos morais é também decorrência do princípio da reparação integral, um dos pilares do Direito brasileiro. A tributação, nessas circunstâncias e, especialmente, na hipótese de ofensa a direitos da personalidade, reduziria a plena eficácia material do princípio, transformando o Erário simultaneamente em sócio do infrator e beneficiário do sofrimento do contribuinte.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp. 963387/RS - SI - Primeira Seção - Rel. Min. Herman Benjamin - Publ. DJE 05.03.2009)

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, na demanda ajuizada por WANDERLEY ROSA DA SILVA em face de VIAÇÃO RIODOCE LTDA., decide-se:

I) declarar prescrita a pretensão obreira quanto a créditos exigíveis anteriormente a 01.04.2004 e, no particular, EXTINGUIR O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO;

II) quanto ao mais, julgar PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos para condenar a reclamada a pagar ao reclamante, no prazo legal, com juros e correção monetária, na forma da lei e do item 2.12, as seguintes parcelas:

- a) horas extras, assim consideradas as excedentes da 44ª semanal trabalhada, por todo o período não prescrito, acrescidas do adicional de 50% e com reflexos sobre as verbas de aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%.
- b) indenização correspondente às licenças para casamento (03 dias) e paternidade (05 dias);
- c) indenização por dano moral, no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Tudo como se apurar em liquidação de sentença, por cálculo, observados os parâmetros da fundamentação, que passam a integrar este dispositivo.

O reclamante é beneficiário da justiça gratuita.

Honorários periciais - R\$800,00 - a serem pagos nos termos da Resolução n. 35/2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, após o trânsito em julgado deste *decisum*, momento em que a Secretaria desta Vara deverá expedir a requisição de que tratam os §§ 5º e 6º da mesma Resolução.

Autorizam-se os descontos previdenciários e fiscais, na forma da lei e do item 2.13, devendo a reclamada efetuar os recolhimentos perante os órgãos competentes, com comprovação nos autos, sob pena de expedição de ofício aos sobreditos órgãos e, quanto às contribuições previdenciárias, execução *ex officio*.

A discriminação das parcelas feita na fundamentação integra este dispositivo para todos os efeitos legais.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$600,00, calculadas sobre R\$30.000,00, valor arbitrado à condenação.

Cientes as partes - Súmula n. 197 do TST (f. 471).

Araçuaí/MG, 23 de novembro de 2009 (17h50min).

Nada mais.

- **ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DAS 1ª E 2ª SEÇÕES ESPECIALIZADAS DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT DA 3ª REGIÃO**
- **SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO**

**ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE
DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO**

- 01 - PREVENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.** (Nova redação DJMG 22.08.2006)
Para os fins do artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil, considerar-se-á prevento o juízo onde se processou a desistência da ação, seu arquivamento ou a extinção do processo sem exame do mérito.
PUBLICAÇÃO: DJMG 17.07.2004, 20.07.2004 e 21.07.2004; DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 02 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. CABIMENTO.**
Penhora, bloqueio ou qualquer outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou de crédito é passível de exame por meio de mandado de segurança.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 03 - MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE DINHEIRO OU CRÉDITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL PELO RELATOR. POSSIBILIDADE.**
Ainda que verificada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito (OJ n. 02/1ª SDI/TRT da 3ª Região), poderá o relator indeferir, de plano, o processamento do mandado de segurança, caso detectado defeito processual grave ou seja manifestamente incabível o pedido.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 04 - MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXAME DO MÉRITO. POSSIBILIDADE.**
Em face do disposto no art. 8º da Lei n. 1.533/51, pode o juiz relator, no exame da admissibilidade do processamento do mandado de segurança, verificar, além de outros requisitos formais, a existência de direito líquido e certo do impetrante, bem como a existência de ilegalidade do ato impugnado ou de abuso de poder da autoridade impetrada.
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006
- 05 - BEM PENHORADO. REMOÇÃO. POSSIBILIDADE.**
Em face do que dispõem os arts. 765 e 878 da CLT, o juiz da execução pode determinar a remoção do bem penhorado, a requerimento do credor, e até mesmo de ofício (CPC, art. 666).
PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

06 - SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE.

Em face do que dispõem os arts. 765, 878 e 889 da CLT, e o art. 15, II, da Lei n. 6.830/80, o juiz da execução pode determinar a substituição dos bens indicados à penhora ou penhorados, principalmente por dinheiro, até mesmo de ofício, respeitada, em caso de execução provisória, a restrição quanto à penhora de dinheiro.

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

07 - MANDADO DE SEGURANÇA. VALOR DA CAUSA. INALTERABILIDADE.

O valor dado à causa pelo autor não pode sofrer modificação, uma vez que a ação mandamental não se insere na regra contida no art. 259 do CPC, mas, sim, naquela estabelecida no art. 258, porquanto, na maioria das vezes, não tem conteúdo econômico imediato.

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

08 - MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA. VALORES RESULTANTES DE SALÁRIO OU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Fere direito líquido e certo da pessoa física impetrante a determinação de penhora ou bloqueio de valores existentes em sua conta bancária, quando resultantes de salário ou benefício previdenciário, por lei considerados absolutamente impenhoráveis (incisos IV e VII do artigo 649 do CPC).

PUBLICAÇÃO: DJMG 22.08.2006, 23.08.2006, 24.08.2006

09 - MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE AUTORIDADES COATORAS. NÃO CABIMENTO.

Em caso de multiplicidade de processos ajuizados contra devedor comum, não se processa mandado de segurança único impetrado contra atos praticados por Juízes de Varas do Trabalho distintas, por ensejar incabível litisconsórcio passivo de autoridades coatoras, ainda que impugnada penhora, bloqueio ou outro tipo de apreensão judicial de dinheiro ou crédito.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.08.2007, 08.08.2007 e 09.08.2007

ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA 2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI) DO TRT DA 3ª REGIÃO

01 - NOTIFICAÇÃO POSTAL. PROVA DO NÃO RECEBIMENTO.

Em face da presunção referida na Súmula n. 16/TST, cabe ao destinatário comprovar o não recebimento da notificação postal, ainda que tenha sido remetida sem comprovação do SEED.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PROCURAÇÃO SEM ESPECIFICAÇÃO DE PODERES PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. JUNTADA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA PARA A RECLAMATÓRIA.

Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando o autor, instado a juntar a procuração com poderes específicos para o ajuizamento da ação rescisória, deixa de fazê-lo, remanescendo nos autos, tão-somente, a procuração com poderes para o foro em geral conferida na ação cuja sentença se pretende rescindir.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

03 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. NULIDADE DA SENTENÇA RESCINDENDA POR VÍCIO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NÃO OCORRÊNCIA.

Não padece de nulidade a sentença rescindenda que declara a competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar as ações sobre indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a Constituição Federal de 1988, considerando principalmente que a matéria era controvertida.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

04 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO HOMOLOGADO. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE.

É desnecessária a juntada de certidão de trânsito em julgado, quando se pretende rescindir a própria sentença homologatória do acordo.

PUBLICAÇÃO: DJMG 04.05.2007, 05.05.2007 e 08.05.2007

SÚMULAS DO TRT DA 3ª REGIÃO

- 01 - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - PARCELAS SALARIAIS. (CANCELADA)**
Aplica-se o índice após o 5º (quinto) dia útil do mês seguinte ao trabalho. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 124 da Seção de Dissídios Individuais - Subseção I do E. Tribunal Superior do Trabalho.
(Res. Adm. n. 199/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 89/2005, 05.08.2005 - DJMG de 11,13 e 17.08.2005)
- 02 - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - HORAS EXTRAS.**
Independente da forma de contratação do salário, as horas trabalhadas, além da 6ª (sexta) diária, no turno ininterrupto de revezamento, devem ser pagas tomando-se o valor do salário-hora, apurado pelo divisor 180 (cento e oitenta) e acrescidas do adicional de horas extras.
(Res. Adm. n. 200/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
- 03 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. (CANCELADA)**
A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho. Permanecendo o empregado trabalhando forma-se novo contrato, que não se comunica com aquele anterior, extinto pela jubilação.
(Res. Adm. n. 201/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 181/2006, 15.12.2006 - DJMG de 20, 21 e 23.12.2006 e 16.01.2007)
- 04 - HORA NOTURNA REDUZIDA - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO.**
É devida a redução da hora noturna em turnos ininterruptos de revezamento.
(Res. Adm. n. 202/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)
- 05 - INTERVALO PARA ALIMENTAÇÃO E DESCANSO NÃO GOZADO.**
O intervalo para alimentação e descanso não concedido, ainda que não tenha havido elástico da jornada, deve ser remunerado como trabalho extraordinário, com o adicional de 50% (cinquenta por cento). Inteligência do art. 71, § 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.
(Res. Adm. n. 203/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

06 - HORAS EXTRAS - COMPENSAÇÃO.

É válido o acordo individual para compensação de horas extras, desde que observada a forma escrita. Inteligência do art. 7º, XIII da Constituição da República.

(Res. Adm. n. 204/2000/TRT 3ª R./STP, DJMG de 25, 29 e 30.11.2000 e 01.12.2000)

07 - PETROBRÁS - PETROS - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PL/DL 1971/82.

Não compõe a base de cálculo do salário contribuição, para fins de complementação de aposentadoria devida pela PETROS, a parcela de participação nos lucros que, por força do Decreto-lei 1.971, de 30.11.1982, passou a ser paga pela PETROBRÁS, mês a mês, sob a rubrica "PL/DL 1971/82".

(Res. Adm. n. 12/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 15, 21, 22 e 23.03.2001)

08 - HORAS EXTRAS - MINUTOS - CARTÕES DE PONTO - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 23 DA SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - PROVA EM CONTRÁRIO PELO EMPREGADOR. (CANCELADA)

Inaplicável é a Orientação Jurisprudencial 23, da Seção de Dissídios Individuais do E. Tribunal Superior do Trabalho, quando o empregador demonstra, por qualquer meio de prova, que o empregado não se encontra trabalhando ou à sua disposição.

(Res. Adm. n. 34/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 177/2004, 10.12.2004 - DJMG de 16, 17 e 18.12.2004)

09 - MINERAÇÃO MORRO VELHO LTDA. - ACORDO COLETIVO - VALIDADE - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - TEMPO DE EXPOSIÇÃO.

Dá-se validade à cláusula do acordo coletivo firmado entre a Mineração Morro Velho Ltda. e a categoria profissional, que limita o pagamento do adicional de periculosidade ao tempo de exposição ao agente perigoso.

(Res. Adm. n. 35/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

10 - TELEMAR - HORAS EXTRAS - BASE DE CÁLCULO - ANUÊNIOS.

Para fins de apuração do valor das horas extras, os anuênios pagos pela TELEMAR compõem a base de cálculo do salário hora normal.

(Res. Adm. n. 36/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 10, 11 e 12.04.2001)

- 11 - TELEMAR - CESTA BÁSICA - NATUREZA INDENIZATÓRIA.**
Ao custo compartilhado e não fixando a norma coletiva a natureza jurídica da “cesta básica” paga pela TELEMAR a seus empregados, não detém essa parcela caráter salarial, não se integrando aos salários para nenhum fim legal. (Res. Adm. n. 47/2001/TRT 3ª R./STP, DJMG de 31.05.2001, 01 e 02.06.2001)
- 12 - RELAÇÃO DE EMPREGO CONTROVERTIDA - APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º DA CLT. (CANCELADA)**
Mesmo havendo séria controvérsia sobre a existência de vínculo empregatício e sendo este reconhecido apenas em juízo, aplica-se ao empregador a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias. (Res. Adm. n. 60/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16, 17 e 18.05.2002) (Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 68/2007, 23.08.2007 - DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)
- 13 - HONORÁRIOS PERICIAIS - JUSTIÇA GRATUITA. (CANCELADA)**
A Gratuidade Judiciária concedida à parte considerada pobre em sentido legal não abrange os honorários periciais por ela eventualmente devidos. (Res. Adm. n. 96/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002) (Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 159/2002, 24.10.2002 - DJMG 01, 05 e 06.11.2002)
- 14 - PRESCRIÇÃO - INTERRUÇÃO - AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO.**
A interrupção da prescrição pelo ajuizamento anterior de demanda trabalhista somente produz efeitos em relação às pretensões referentes aos direitos postulados naquela ação. (Res. Adm. n. 97/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 03, 04 e 05.07.2002)
- 15 - EXECUÇÃO-DEPÓSITO EM DINHEIRO-ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS.**
A responsabilidade do executado pela correção monetária e juros de mora incidentes sobre o débito exequendo não cessa com o depósito em dinheiro para garantia da execução, mas sim com o seu efetivo pagamento. (Res. Adm. n. 137/2002/TRT 3ª R./STP, DJMG de 20, 21 e 24.09.2002)
- 16 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.**
O empregador é responsável pelo pagamento da diferença da multa de 40% do FGTS decorrente da aplicação sobre o saldo da conta vinculada dos índices inflacionários expurgados pelos Planos Econômicos do Governo Federal e reconhecidos ao trabalhador após a rescisão contratual. (Res. Adm. n. 93/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 04, 05 e 06.06.2003)

17 - MULTA DE 40% DO FGTS - DIFERENÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - PLANOS ECONÔMICOS - PRESCRIÇÃO - PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*.

O prazo da prescrição para reclamar diferença da multa de 40% do FGTS, em decorrência dos expurgos inflacionários, conta-se do reconhecimento ao empregado do direito material pretendido (complementos de atualização monetária do FGTS), seja por decisão judicial transitada em julgado, seja pela edição da Lei Complementar n. 110/01. Irrelevante a data da rescisão contratual.

(Res. Adm. n. 189/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 30.09, 01 e 02.10.2003)

18 - TELEMAR NORTE LESTE S/A - REDES DE TELEFONIA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - LEI N. 7.369/85.

O trabalho habitualmente desenvolvido em redes de telefonia não integrantes do sistema elétrico de potência, mas próximo a este, caracteriza-se como atividade em condições de periculosidade, nos termos do Decreto n. 93.412/86.

(Res. Adm. n. 218/2003/TRT 3ª R./STP. DJMG de 05, 06 e 07.11.2003)

19 - EMPREGADO DOMÉSTICO - FÉRIAS PROPORCIONAIS - ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

As férias são um direito constitucional do empregado doméstico, sendo-lhe aplicáveis as disposições da CLT que preveem o seu pagamento proporcional.

(Res. Adm. n. 217/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 05.11.2003, Rep. DJMG 06, 07 e 08.11.2003)

20 - INTERVALO INTRAJORNADA - REDUÇÃO - NEGOCIAÇÃO COLETIVA - VALIDADE. (CANCELADA)

É válida a redução, mediante negociação coletiva, do intervalo mínimo para repouso e alimentação previsto no artigo 71, *caput*, da CLT.

(Res. Adm. n. 249/2003/TRT 3ª R./STP, DJMG de 17, 18 e 19.12.2003)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 106/2004, 06.08.04 - DJMG de 11,13 e 14.08.2004)

21 - INTERVALO INTRAJORNADA - DURAÇÃO - HORAS EXTRAS. (CANCELADA)

A duração do intervalo intrajornada para repouso e alimentação é determinada pela jornada legal ou contratual do empregado, independentemente da prestação de horas extras.

(Res. Adm. n. 32/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 02, 03 e 04.03.2004)

(Cancelada pela Res. Adm. TRT3/STPOE n. 54/2010 - DEJT/TRT3 17, 24, 29 e 30.06.2010)

- 22 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO - COMPETÊNCIA - VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO EM SENTENÇA OU ACORDO JUDICIAL. (CANCELADA)**
Reconhecido o vínculo de emprego em juízo, a competência da Justiça do Trabalho para executar a contribuição previdenciária abrange todo o período contratual objeto da decisão judicial, não se restringindo às parcelas salariais constantes da condenação ou acordo.
(Res. Adm. n. 178/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)
(Cancelada pela Res. Adm. TRT 3ª R. n. 162/2005, 09.12.2005 - DJMG de 15 e 16.12.2005)
- 23 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - BASE DE CÁLCULO - ACORDO JUDICIAL FIRMADO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA - PROPORCIONALIDADE COM OS PEDIDOS INICIAIS.**
A fixação das parcelas integrantes do acordo judicial constitui objeto de negociação, em que as partes fazem concessões recíprocas para a solução do litígio. Inexigível, para fins de cálculo da contribuição previdenciária, a observância de proporcionalidade entre as verbas acordadas e as parcelas salariais e indenizatórias postuladas na inicial, sendo possível que apenas parte do pedido seja objeto da avença.
(Res. Adm. n. 179/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)
- 24 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS - EXECUÇÃO - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ART. 114 DA CR/1988.**
A Justiça do Trabalho é incompetente para executar as contribuições arrecadadas pelo INSS, para repasse a terceiros, decorrentes das sentenças que proferir, nos termos do art. 114 da Constituição da República.
(Res. Adm. n. 180/2004/TRT 3ª R./STP, DJMG de 16,17 e 18.12.2004)
- 25 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - INCLUSÃO NO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.**
A comprovada inclusão do débito previdenciário exequendo no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, instituído pela Lei 9.964/00, extingue a sua execução na Justiça do Trabalho.
(Res. Adm. n. 110/2005/TRT 3ª R./STP, DJMG de 21,22 e 23.09.2005)
- 26 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.** Não são cabíveis honorários advocatícios em favor do sindicato vencedor da ação, nos termos da Lei n. 5.584/70, quando figurar como substituto processual.
(Res. Adm. n. 67/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 30 e 31.08.2007 e 01.09.2007)

- 27 - INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO - CONCESSÃO PARCIAL - PAGAMENTO DO PERÍODO INTEGRAL.** A concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo gera para o empregado o direito ao pagamento, como extraordinário, da integralidade do período destinado ao repouso e alimentação, nos termos do § 4º do artigo 71 da CLT e da Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-I/TST.
(Res. Adm. n. 108/2007/TRT 3ª R./STPOE, DJMG de 31.10.2007, 01 e 06.11.2007)
- 28 - PARCELAMENTO DO DÉBITO FISCAL/PREVIDENCIÁRIO - LEIS N. 10.522/02, 10.684/03 E MP N. 303/06 - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.** A comprovada inclusão do débito executado em parcelamento instituído pelas Leis n. 10.522/02, 10.684/03 e Medida Provisória n. 303/06 enseja a extinção de sua execução na Justiça do Trabalho.
(Res. Adm. n. 91/2009/TRT 3ª R./STPOE, DEJT 13, 14 e 17.08.2009)
- 29 - JORNADA DE 12 X 36 - ADICIONAL NOTURNO - SÚMULA N. 60, II, DO TST.** No regime acordado de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, é devido o adicional noturno sobre as horas laboradas após as 5h da manhã, ainda que dentro da jornada normal, em sequência ao horário noturno cumprido, nos termos do item II da Súmula n. 60 do TST.
(Res. Adm. n. 134/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.011.2009)
- 30 - MULTA DO ART. 475-J DO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO TRABALHISTA.** A multa prevista no artigo 475-J do CPC é aplicável ao processo do trabalho, existindo compatibilidade entre o referido dispositivo legal e a CLT.
(Res. Adm. n. 135/2009/TRT 3ª R. / DEJT 10, 11 e 12.11.2009)

ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

- ACIDENTE DO TRABALHO - DESCARGA ELÉTRICA - INDENIZAÇÃO
POR DANOS - RESPONSABILIDADE
Newton Gomes Godinho 325
- ACIDENTE DO TRABALHO - INCÊNDIO - TRATORISTA - INDENIZAÇÃO
- RESPONSABILIDADE
Walmir Inácio Vieira 332
- APOSENTADORIA - PLANO DE SAÚDE - MANUTENÇÃO
Geraldo Magela Melo 357
- RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - TROCADOR - AUSÊNCIA
DE LICENÇA-PATERNIDADE E PARA CASAMENTO - DANO MORAL
André Figueiredo Dutra 361

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

- AÇÃO ANULATÓRIA - ATO JUDICIAL DE HOMOLOGAÇÃO DE ADJUDICAÇÃO - BOA-FÉ DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL
Maria Cristina Diniz Caixeta 271
- ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO
Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto 278
- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Luiz Otávio Linhares Renault 286
- CONTRATO DE FRANQUIA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TERCEIRIZAÇÃO
Júlio Bernardo do Carmo 288
- DANO MORAL - INDENIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL
Deoclecia Amorelli Dias 292
- GREVE - DIAS PARALISADOS - REGULAMENTAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA
Denise Alves Horta 297
- *HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL - INVIABILIDADE
Márcio Ribeiro do Valle 306
- SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS - ADMISSÃO DE PESSOAL - EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO
José Murilo de Moraes 312
- TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-FIM - RELAÇÃO DE EMPREGO
Cleber Lúcio de Almeida 319

