



**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO**  
**13ª REGIÃO**  
**FORUM ELÓVIS DOS SANTOS LIMA**

# **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**

v. 18, n. 1  
**2011**

**REVISTA DO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO  
DA 13<sup>a</sup> REGIÃO**

# COMISSÃO DA REVISTA

Desembargador CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE - Presidente  
Juiz MARCELLO WANDERLEY MAIA PAIVA  
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

Secretária: Denise Gomes Pereira de Melo  
e-mail – [comissaodarevista@trt13.jus.br](mailto:comissaodarevista@trt13.jus.br)

## Colaboradores:

Anderson Antônio Pimentel  
Francisco Sales da Costa  
Gilvan Azevedo de Carvalho  
Izabela Massa de Mariz Maia  
José Vieira Neto  
Maria de Fátima Vieira de Lima  
Olavo Nóbrega de Sousa Júnior

## Capa:

Alexandre Magno Neves de Melo  
Omar Khayam Meira de Souza

ISSN 2238-0213

# **REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13<sup>a</sup> REGIÃO**

v. 18 n. 1 – 2011  
João Pessoa – Paraíba

R. Trib. Reg. Trabalho 13 <sup>a</sup> Região	João Pessoa	v. 18	n. 1	p. 1 - 267	2011
---	-------------	-------	------	------------	------

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Endereço da versão eletrônica:

[http://www.trt13.jus.br/ejud/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2](http://www.trt13.jus.br/ejud/index.php?option=com_content&view=article&id=2)

Ficha elaborada conforme as normas do  
Código de Catalogação Anglo-Americano (2 ed.)

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região  
Tribunal Regional do Trabalho. v. 1, n. 1 (1991)-  
João Pessoa: TRT 13ª Região, 1991 -

Irregular de 1991 – 1995 e 2008

Anual

1. Direito do Trabalho – Brasil 2. Processo Trabalhista  
- Brasil 3. Jurisprudência Trabalhista.

CDU: 349.2(81)(05)  
347.998.72(81)(05)

Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região  
Av. Corálio Soares, s/n – Centro – João Pessoa – Paraíba – CEP: 58013-260  
Fone: 3533-6143 / 3533-6144  
e-mail: [comissaodarevista@trt13.jus.br](mailto:comissaodarevista@trt13.jus.br)

## Sumário

<b><u>O Trabalho Subordinado no Contexto da Nova Morfologia do Trabalho:</u></b> por uma reestruturação dogmática trabalhista Amanda P. Coutinho de Cerqueira	14
<b><u>E-Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente</u></b> Rafael Pontes Vital	34
<b><u>O Princípio Constitucional da Igualdade e o Acesso ao Mercado de Trabalho das Pessoas Portadoras de Deficiência (PPDs)</u></b> Fernanda Soares Braga; Francisca Nayana Dantas Duarte; Venícia de Oliveira Nunes.	55
<b><u>Extinção do Contrato de Trabalho:</u></b> da insustentabilidade jurídico-constitucional da dispensa sem justa causa do trabalhador Ênio Pacheco Lins	70
<b><u>Reflexos do julgamento da ADC 13 na Súmula 331 do TST</u></b> Lúcia Regina Melo de Andrade	86
<b><u>Da Responsabilidade Civil do Estado pelos Atos de seus Juízes</u></b> Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto; José Mário Porto Júnior; José Mário Porto Neto	97
<b><u>Análise dos Princípios Trabalhistas à Luz do Século XXI</u></b> Lucas Emmanuel Silveira Camelo	116
<b><u>Acórdãos</u></b>	133
<b><u>SENTENÇA</u></b>	209
<b><u>Trabalhos apresentados na X Semajud</u></b>	219
▶ <b><u>DIREITO PENAL MÍNIMO:</u></b> uma perspectiva pragmática Pedro Henrique Sousa de Ataíde	220
▶ <b><u>PROCESSO ELETRÔNICO JUDICIAL E JUSTIÇA LABORAL:</u></b> instrumentos à efetivação dos Direitos Humanos Socioeconômicos Caio Roberto Mendes Ferreira	233
▶ <b><u>JUSTA CAUSA POR EMBRIAGUEZ:</u></b> necessidade de adequação aos postulados de Direitos Humanos Jaciana da Silva Oliveira, Thayse Vilar de Holanda e Jose Neto Barreto Júnior	253

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL  
DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO**

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
13ª REGIÃO**

**COMPOSIÇÃO DO TRT**

**PRESIDENTE**

Desembargador PAULO MAIA FILHO

**VICE-PRESIDENTE**

Desembargador CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

**DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRABALHO**

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

EDVALDO DE ANDRADE

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA

**JUIZES FEDERAIS TITULARES DAS VARAS TRABALHISTAS**

Margarida Alves de Araújo Silva	1ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Paulo Henrique Tavares da Silva	2ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Herminegilda Leite Machado	3ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Mirtes Takeko Shimanoe	4ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Wolney de Macedo Cordeiro	5ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rita Leite Brito Rolim	6ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Normando Salomão Leitão	7ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rômulo Tinoco dos Santos	8ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Arnaldo José Duarte do Amaral	9ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Roberta de Paiva Saldanha	1ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Maria das Dores Alves	2ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Humberto Halison B. de C. e Silva	3ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Maria Íris Diógenes Bezerra	4ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Ana Paula Azevedo S. Campos Porto	5ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Juarez Duarte Lima	Vara do Trabalho de Areia
Cláudio Pedrosa Nunes	Vara do Trabalho de Cajazeiras
Nayara Queiroz Mota de Sousa	Vara do Trabalho de Catolé do Rocha
Antônio Cavalcante da Costa Neto	Vara do Trabalho de Guarabira



José Airton Pereira  
André Wilson Avellar de Aquino  
Solange Machado Cavalcanti  
José Fábio Galvão  
Maria Lílian Leal de Souza  
João Agra Tavares de Sales  
Adriana Sette da Rocha Raposo  
Antônio Eudes Vieira Júnior  
Paulo Roberto Vieira Rocha

Vara do Trabalho de Itabaiana  
Vara do Trabalho de Itaporanga  
Vara do Trabalho de Mamanguape  
Vara do Trabalho de Monteiro  
Vara do Trabalho de Patos  
Vara do Trabalho de Picuí  
1ª Vara do Trabalho de Santa Rita  
2ª Vara do Trabalho de Santa Rita  
Vara do Trabalho de Sousa

## **JUIZES FEDERAIS DO TRABALHO SUBSTITUTOS**

Arnóbio Teixeira de Lima  
Andrea Longobardi Asquini  
Eduardo Souto Maior Bezerra Cavalcanti  
Mirella D'Arc de Melo Cahu A. de Souza  
Ana Cláudia Magalhães Jacob  
Joliete Melo Rodrigues Honorato  
Adriano Mesquita Dantas (AMATRA)  
André Machado Cavalcanti  
Carlos Hindenburg de Figueiredo  
Ana Paula Cabral Campos  
Lindinaldo Silva Marinho

1ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
2ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
3ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
4ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
6ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
7ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
8ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
8ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
9ª Vara do Trabalho de João Pessoa  
Central de Mandados de João Pessoa  
Coordenadoria de Apoio às Varas e  
Auxiliar de Conciliação e Precatório  
Auxiliar da Presidência e Corregedoria

Marcello Wanderley Maia Paiva  
Rosivânia Gomes Cunha  
Alexandre Amaro Pereira  
Francisco de Assis Barbosa Júnior  
Marcelo Rodrigo Carniatto  
Paulo Nunes de Oliveira  
Sérgio Cabral dos Reis  
David Sérvio Coqueiro dos Santos  
(vago)  
Flávio Londres da Nóbrega  
Adriana Lemes Fernandes  
Ana Beatriz Dias Fernandes  
Veruska Santana Sousa de Sá  
Alexandre Roque Pinto  
José de Oliveira Costa Filho  
José Artur da Silva Torres  
Aécio Pereira de Lima Filho  
Renata Maria Miranda Santos

1ª Circunscrição  
1ª Circunscrição  
1ª Vara do Trabalho de Campina Grande  
2ª Vara do Trabalho de Campina Grande  
3ª Vara do Trabalho de Campina Grande  
4ª Vara do Trabalho de Campina Grande  
5ª Vara do Trabalho de Campina Grande  
Central de Mandados de C. Grande  
2ª Circunscrição  
2ª Circunscrição  
3ª Circunscrição  
3ª Circunscrição  
3ª Circunscrição  
3ª Circunscrição  
Vara do Trabalho de Guarabira  
Vara do Trabalho de Patos  
4ª Circunscrição

Clóvis Rodrigues Barbosa  
Albérico Viana Bezerra  
José Guilherme Marques Júnior  
Francisca Poliana Aristóteles Rocha de Sá

4ª Circunscrição  
5ª Circunscrição  
5ª Circunscrição  
5ª Circunscrição

# **APRESENTAÇÃO**

## APRESENTAÇÃO

Eis que, novamente, recepcionamos a nossa Revista, agora, unicamente, na sua versão digital.

Damos, portanto, as nossas boas vindas a essa velha conhecida, com suas seções doutrinária e jurisprudencial.

A primeira apresenta artigos explorando uma nova visão do nosso Direito do Trabalho, bem como temas mais tradicionais e específicos. Assim, se por um lado apresentamos um rosto jovem sobre o futuro dos nossos estudos acadêmicos, por outro, asseguramos a continuidade do nosso pensar.

Por sua vez, a seção jurisprudencial colheu as decisões mais paradigmáticas da nossa Corte Regional do Trabalho e da 1ª Instância. A intenção aí foi trazer a público, em ambiente próprio e adequado, uma meditação sobre as matérias mais interessantes desta Justiça Especializada, que nos chamaram a atenção por quebrar a rotina das soluções corriqueiras.

Aborda ainda a Revista, os trabalhos vencedores da X Semana do Judiciário - X SEMAJUD.

Estamos, portanto, marcando a nossa presença, de maneira séria e simples, no cenário de um Brasil de mudanças rápidas e muitas vezes impensadas.

Esperamos que apreciem o conteúdo. Boa leitura!

**PAULO MAIA FILHO**  
**Desembargador Presidente do TRT 13ª Região**

# **ARTIGOS**

# O TRABALHO SUBORDINADO NO CONTEXTO DA NOVA MORFOLOGIA DO TRABALHO: por uma reestruturação dogmática trabalhista

**Amanda P. Coutinho de Cerqueira**  
Mestranda em Direito Econômico na Universidade Federal da Paraíba  
e-mail:[praconversar@globomail.com](mailto:praconversar@globomail.com)

## RESUMO

O artigo se alia às tendências da teoria social crítica ao problematizar a concepção ideológica recepcionada pela doutrina jurídica tradicional que consagrou o trabalho subordinado como categoria fundante das relações individuais de trabalho. Através de evidências empíricas, analíticas e filosóficas, a investigação aponta para a obsolescência da doutrina trabalhista tradicional e para o alargamento do sentido protetor do Direito do Trabalho. A partir de uma racionalidade ampla e da redescoberta democrática do trabalho busca-se um novo modelo dogmático dotado de sentido neste início do século XXI. Isso significa a necessidade imperiosa de reformular os fundamentos do Direito do Trabalho como Direito Humano Fundamental.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Reestruturação. Direito Humano Fundamental.

## ABSTRACT

This essay, aligned to critical social theory, problematizes the traditional conception of subordinate employment as the main category on individual labour relations. According to empirical, analytical and philosophical evidence, the traditional labour law doctrine should be revised, due to the broader meaning of today's labour protection. A new dogmatic perspective should be created, provided the broader rationality and the rediscovery of democratic value of work, typical from this new century. Given that, Labour Law needs to be reformulated, ensuring its nature as a fundamental Human Right.

**Keywords:** Labour law. Restructurization. Fundamental Human Right.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho firma-se como produto típico do modelo de sociedade erigida sob o Estado de Bem-Estar Social desenhado a partir principalmente da década de 40 do século XX, fundamentado na intervenção econômica keynesiana e na política do pleno emprego. A concepção teórica do Direito Laboral tradicional elegeu o trabalho subordinado/emprego como arquétipo justificador, a partir de um sólido corpo de doutrina, de um aparato legislativo específico e de uma independência didática.

Acontece que, particularmente nas duas últimas décadas do século passado, o mundo vem presenciando um conjunto de transformações, tanto nas formas de materialidade quanto na esfera da subjetividade, na medida em que se alteram as estruturas do Estado, do Direito, da Economia, da

Cultura, do cotidiano, das estéticas, das atitudes individuais e coletivas, das formas de ser e de existir da sociabilidade humana.

As relações de produção voltam a se mover pela *mão smithiana* (hegemonia política liberal), mas agora em dimensão planetária e em tempo real. A terceira revolução tecnológica produz uma metamorfose no mundo do trabalho, provocando fenômenos complexos e polissêmicos. Novos conceitos no campo da teoria organizacional e da reestruturação produtiva desencadeiam a supremacia do trabalho informal sobre o emprego e o surgimento de infinitas possibilidades de trabalho, renda e contratações. Diante da sociedade do trabalho produz-se uma verdadeira ruptura de paradigmas entre o que foi sedimentado pela sociedade industrial – erigida sob o arquétipo keynesiano do pleno emprego e do Estado de Bem-Estar-Social – e o que aparece a partir da sociedade contemporânea.

São as evidências citadas, acerca das mutações da dinâmica do social, que impulsionam a presente pesquisa acerca da reestruturação dogmática do Direito do Trabalho, já que seu corpo de doutrinas e os aparatos legislativos não atendem às aspirações dessa nova sociedade do trabalho, multifacetária, heterogênea e fragmentada. Ao refletir sobre o evidente desajuste entre a etiologia do Direito das relações de trabalho e as suas atuais derivações, há a preocupação em demonstrar a necessidade de acrescentar ao marco clássico do trabalho subordinado/emprego outros cujas edificações possam recuperar os caracteres do Direito do Trabalho como Direito Humano Fundamental.

Munida de uma bibliografia multidisciplinar a pesquisa se distancia da teoria tradicional – abstrata, apriorística – e segue os passos da produção acadêmica desenvolvida pela teoria social crítica porque ela tem, no contexto da filosofia da ciência, um caráter distinto, na medida em que, ao formular conhecimento, procura não só eleger, mas problematizar o seu próprio objeto.

A partir do argumento segundo o qual o progresso do conhecimento se dá através do binômio confirmação/refutabilidade, parte-se da seguinte indagação: atualmente, resiste ou não à refutabilidade o trabalho subordinado como objeto central do Direito do Trabalho? É o que a presente investigação pretende problematizar, deslocar e compatibilizar.

E quais são os arquétipos sob os quais o conceito de trabalho subordinado/emprego foi erigido? Quais os pressupostos fáticos e contextuais que autorizavam a eleição do trabalho subordinado como objeto central do Direito do Trabalho? A partir de evidências empíricas, analíticas e filosóficas, a pesquisa procura demonstrar o declínio do trabalho subordinado na visão epistemológica contemporânea. Através do argumento da racionalidade ampla para a redescoberta democrática do trabalho, vislumbra-se a nova teoria do Direito do Trabalho, como realização plena, efetiva e livre do homem. Torna-se, portanto, imprescindível conectar o Direito do Trabalho com as mudanças radicais de paradigmas do mundo pós-moderno, como premissa indispensável para a

elaboração de uma Teoria Geral adaptada aos novos tempos. A necessidade imperiosa de construção de um novo sistema de movimentação social baseado na atividade autodeterminada é um pressuposto em busca do respeito pelo desenvolvimento integral do homem, o que não seria possível na versão reducionista da proteção exclusiva do trabalho subordinado.

Para confirmar as hipóteses levantadas pela pesquisa acaba-se por fazer uso da denúncia do *autismo dogmático*, a partir da utilização de alguns conceitos de disciplinas correlatas e/ou complementares ao mundo jurídico. A complexidade da realidade requer olhares de todos os lados, delineando uma perspectiva interdisciplinar, uma estratégia mais cuidadosa e sistemática, sem que se descuide da profundidade ou mesmo da coerência da pesquisa.

## **2 O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO NA DOUTRINA TRADICIONAL: a construção dos arquétipos modernos**

O conceito de trabalho subordinado erigido sob o contexto da sociedade industrial taylorista e fordista foi absorvido pelos sistemas e subsistemas jurídicos e se converteu em pressuposto das teorias jurídico-trabalhistas. O Direito do Trabalho nasce realizando uma espécie de delimitação do âmbito subjetivo de sua aplicação, envolvendo especialmente o trabalho subordinado. Inobstante os pressupostos fáticos contemporâneos, a doutrina laboral tradicional continua a reduzir o Direito do Trabalho como um complexo de normas e princípios destinados à proteção do trabalho subordinado.

### **2.1 CONSIDERAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE O OBJETO DO DIREITO DO TRABALHO**

O Direito do Trabalho elegeu o trabalho subordinado como pressuposto de suas teorizações, compondo gnoseologicamente sua produção e fazendo-o proeminente em termos de ramo científico do Direito. Foi a partir da eleição do trabalho dependente como objeto do Direito do Trabalho que se instituiu sua autonomia doutrinária, didática, legislativa e jurisdicional. Mas como a doutrina clássica tradicional elegeu *a priori* o trabalho subordinado como fundamento dos seus discursos?

Em primeiro lugar, a regulação do trabalho humano era confundida com a realização do trabalho subordinado. É dizer: na ausência de uma distinção entre o trabalho humano e o trabalho subordinado/emprego, a doutrina tradicional considerou o último como seu objeto. Em termos resumidos: na doutrina juslaboral tradicional, o correlato do Direito do Trabalho é o emprego. Em seguida, a doutrina tradicional passou a descrever a natureza jurídica do seu objeto: contrato *intuitu personae*, pessoalíssimo, sinalagmático, cumulativo, oneroso, bilateral e subordinativo.

Claro que o elemento caracterizador da relação de trabalho (emprego) é, sem dúvida, a



subordinação ou dependência jurídica. É ela que desencadeia e legitima o poder disciplinar, diretivo ou de comando, exercido pelo empregador. É a subordinação jurídica que permite o controle, a organização e a fiscalização – o empregador admite, assalaria e dirige a prestação de serviço.

A fundamentação do poder disciplinar passa, portanto, pelo acolhimento da figura do empregador como a autoridade que dirige a atividade por meio do contrato de trabalho, caracterizador de uma relação de emprego. O poder disciplinar interioriza uma figura superior, dando ensejo a um indivíduo obediente, sujeito a hábitos, regras e ordens.

Sobre o assunto, Foucault (1977) já afirmava que a disciplina fabrica, assim, corpos submissos e exercitados, corpos dóceis. E um corpo disciplinado é a base de um gesto eficiente. A disciplina é tida, portanto, como uma ortopedia social, uma vez que o indivíduo é uma realidade fabricada por uma tecnologia específica do poder.

Para Foucault (1977), a vigilância hierarquizada, contínua e funcional remete à figura do panóptico do jurista inglês Jeremy Bentham. As sociedades modernas, nessa perspectiva foucaultiana, são essencialmente disciplinares, havendo, na verdade, um ajuste/adaptação dos instrumentos de vigilância generalizada das pessoas na sociedade disciplinar que caracteriza uma nova tecnologia do poder de punir. O filósofo afirma que há uma normatização como instrumento jurídico de homogeneização dos comportamentos para a fabricação do protótipo de homem ideal, com o intuito de assegurar o funcionamento do sistema moderno.

As tipologias que sedimentaram a existência do contrato individual de trabalho, como contrato especialíssimo para a socialização da vida humana, desencadearam, também, a própria definição desse ramo do conhecimento jurídico:

Qual a categoria central do Direito do Trabalho, a categoria sem a qual esse ramo jurídico não existiria? Obviamente, está se falando do trabalho subordinado, mais propriamente da relação empregatícia. O núcleo fundamental do Direito do Trabalho situa-se, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho. (DELGADO, 2005, p. 84)

O pressuposto teórico do emprego fortaleceu-se de maneira tão hegemônica que ainda hoje é possível identificar doutrinadores enaltecendo o trabalho subordinado como a essência e a própria razão de ser do Direito do Trabalho: “O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de emprego” (MARTINS FILHO, 2001, p. 7); “O Direito do Trabalho é o ramo da ciência do Direito que tem por objetivo normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado” (NASCIMENTO, 1998, p. 143); “O objeto do Direito do Trabalho é o estudo do trabalho subordinado” (MARTINS, 2009, p. 6).

Acontece que, ao longo dos anos, as evidências empíricas, analíticas e filosóficas demonstram que a organização do trabalho humano passa por mudanças de paradigmas. Não

obstante, o trabalho subordinado continua sendo, para a doutrina trabalhista tradicional, não só o objeto central do Direito do Trabalho, como também a referência principal de um dos seus troncos fundamentais – o Direito Individual do Trabalho.

Entretanto, conforme elucida Andrade (2005, p. 913):

É comum dizer que toda ciência se apropria do seu objeto e que todo enunciado científico é refutável. É justamente das tentativas não bem sucedidas de refutação que ele se consolida ou será substituído, quando não resiste a uma refutação. E o progresso do conhecimento dá-se a partir do binômio confirmação / refutabilidade.

É a partir deste paradigma do conhecimento científico que se pergunta: atualmente resiste ou não à refutabilidade o trabalho subordinado/emprego como objeto central do Direito Individual do Trabalho?

## 2.2 OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS: a era keynes e o estado de bem-estar social

Perante o descalabro da Grande Depressão, contextualmente em meio às duas Guerras Mundiais, deitava-se por terra os mitos liberais da *invisible hand* smithiana, e acentuavam-se as limitações da política monetária praticadas até então. J. Keynes sublinhou a importância do Estado e a necessidade do alargamento de suas funções, defendendo, na famosa conferência de 1924 sobre *The End of Laissez-faire*, que a política econômica teria que adotar uma perspectiva de curto prazo. O presidente Franklin Roosevelt apresenta uma nova política, fundamentada em concepções opostas ao neoliberalismo imperante.

Ficava assim legitimada a intervenção do Estado. O paradigma keynesiano de maior intervencionismo estatal lançou as bases para a política econômica do pleno emprego – pedra fundamental na busca da eliminação do desemprego em massa. Começou a se desenvolver a concepção do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) a partir da intervenção pública na política monetária e fiscal, como forma de garantir serviços sociais aos cidadãos.

O Estado de Bem-Estar Social passou a ditar, sobretudo a partir da segunda guerra mundial, as relações políticas, econômicas e sociais do mundo moderno. Neste contexto, a opção do trabalho protegido, subordinado e dependente como objeto do Direito do Trabalho era, legitimado, em primeiro lugar, pelos dados estatísticos, os quais projetavam uma sociedade centrada no pleno emprego.

## 2.3 A CRISE DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E A ERA DO CAPITALISMO GLOBAL E FINANCEIRO NA CONTEMPORANEIDADE

No Estado Providência a integração pelo trabalho consistia na promoção da política do pleno emprego. Acontece que, na contemporaneidade, há um certo esvaziamento da regulação do Estado através desta política, de forma que é evidente o seu fracasso, tendo em vista principalmente a predominância das condições transnacionais.

Apesar de as teorias neoliberais terem aparecido na década de 30 do século passado, as tentativas de destruição do paradigma keynesiano não começaram até a década de 60. Com a Escola de Chicago, liderada por Milton Friedman, retomou-se a ideia segundo a qual a vida econômica é regida por uma ordem natural de mecanismos de concorrência e da força do livre comércio, em contraposição à intervenção estatal.

Intensifica-se o processo de globalização econômica e ideológica, tendo por base uma maior liberdade mundial de capitais, a partir de paradigmas obscuros e imprecisos com alguma semelhança com o liberalismo clássico e por esse motivo denominado de neoliberalismo.

No estágio atual erige-se a supremacia das organizações complexas caracterizada pela extraordinária mobilidade geográfica e pela extrema dificuldade de identificação dos seus dirigentes. A velocidade com que se desencadeou o avanço tecnológico e a supremacia do capitalismo financeiro sobre o capitalismo industrial causou uma verdadeira modificação das tipologias tradicionais do mercado de trabalho. A dinâmica das rupturas e intensificações acaba com os ciclos de longa duração e indicam novos problemas teóricos. A economia política de internacionalização do capital suscita uma necessária mudança de paradigma para o Direito do Trabalho.

A propósito, a mundialização do capital apresenta-se como um fenômeno bastante contraditório, fonte de instabilidade e de novas restrições, principalmente no caso da América Latina, conforme os estudos de Camara; Salama (2005). Em um contexto de nova desordem capitalista global generaliza-se o precário, o descontínuo, o impreciso, o informal. O sistema jurídico não consegue apreender a dimensão das mudanças citadas. E o capital financeiro organiza-se cada vez mais independente.

A globalização econômica e os avanços da tecnologia da informação e da comunicação produzem um impacto sem precedentes sobre o sistema jurídico tradicional. Quando a sociedade passa a se comunicar em tempo real e em dimensões planetárias, os mecanismos tradicionais de controle e de resolução de conflitos tornam-se irremediavelmente superados. Em outras palavras: “O Estado-nação perdeu seu *status* de regulador privilegiado das relações sociais e a interdependência cede lugar à supremacia do capitalismo planetário que se move acima das

instituições tradicionais” (ANDRADE, 2005, p. 168).

A teoria jurídica trabalhista tradicional não desenvolveu novas concepções acerca do trabalho humano. Seu marco doutrinal chegou até o trabalho subordinado, dependente, por conta alheia, tendo como pressuposto ideológico o trabalho subordinado. Há, por isso, um hermetismo cognitivo assentado nas categorias clássicas e dissociado da abertura epistemológica necessária.

### **3 PARA A REFUTABILIDADE AO TRABALHO SUBORDINADO NO CONTEXTO DA NOVA MORFOLOGIA DO TRABALHO**

O trabalho puramente subordinado foi o objeto central que autorizou a edição de normas do trabalho nos anos 60 e 70 do século passado, sob a influência do contexto produtivo reinante naquele período. Hoje, porém, os arquétipos fáticos que autorizavam a vinculação do Direito do Trabalho ao trabalho puramente subordinado não fazem mais sentido. A partir de uma visão epistemológica contemporânea, mostram-se discursos das mais variadas matizes filosóficas e ideológicas. Mas embora o caos seja a imagem da contemporaneidade, um emblema parece unânime na análise das evidências apresentadas: a mudança de paradigmas em relação à modernidade.

#### **3.1 EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS: o desmoronamento do estado de Bem-Estar Social e do pleno emprego**

Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho - OIT - em seu relatório anual *Global employment trends*, em 2009, o número de desempregados no mundo atingiu cerca de 212 milhões de pessoas, na sequência de um aumento sem precedentes de 34 milhões de trabalhadores, comparado com 2007 (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - ILO, 2009).

Ainda de acordo com a OIT, o percentual de trabalhadores com empregos vulneráveis (a soma de trabalhadores por conta própria e trabalhadores familiares) aumentou em mais de 110 milhões em 2009, comparado ao ano anterior, e supera 1,5 bilhão de pessoas, o que equivale a mais da metade (50,6 por cento) da força de trabalho global (ILO, 2009).

A taxa de desemprego juvenil, ainda na análise a nível global, aumentou em 1,6 ponto percentual e chegou a 13,4 por cento em 2009, em comparação com 2007. Isto representa o maior incremento desde 1991, quando se começou a computar este tipo de estatística (ILO, 2009).

Do ponto de vista nacional, a década de 90 do século passado – notadamente a partir do Consenso de Washington - é emblemática, no sentido de inverter os dados estatísticos sobre o trabalho de larga duração.

Nesta cadência de fatos, as novas teorias organizacionais apresentaram formas mais

sofisticadas para a administração e para a gestão empresariais, consubstanciadas naquilo que os economistas e administradores de empresas passaram a chamar de reestruturação produtiva. Iniciou-se, a partir daí, a utilização de novos padrões organizacionais e tecnológicos, operando-se verdadeira metamorfose no mundo do trabalho, com a informatização produtiva, a utilização do sistema *just-in-time* e a germinação da produção baseada no *team work*.

O contexto delineado leva à conclusão descrita pelos autores: “Estamos, pois, no admirável mundo das locações de todos os tipos, modalidades, formas e dimensões do trabalho humano” (ANTUNES, 2006, p. 25). Em dossiê sobre os rumos do trabalho no século XXI, os sociólogos Antunes; Braga (2009, p. 54) afirmaram que “o emprego assalariado formal, modalidade de trabalho no capitalismo da era taylorista e fordista, que magistralmente Chaplin satirizou em *Tempos modernos*, está se exaurindo [...] Tudo isso nos obriga a refletir: que trabalho queremos, que trabalho necessitamos?”

Por outro lado, contempla-se um nítido crescimento de relações de trabalho desregulamentadas, distantes da legislação trabalhista, como acontece no universo dos trabalhadores da arte e da cultura, por exemplo. Interessante o argumento sobre o *ciberproletariado*, a título ilustrativo:

Em plena era da informatização do trabalho, do mundo maquinal da era da acumulação digital, estamos presenciando a época da informalização do trabalho, caracterizada pela ampliação dos terceirizados, pela expansão dos salarizados do *call center*, subcontratados, flexibilizados, trabalhadores sem tempo parcial, teletrabalhadores, pelo *ciberproletariado*. (ANTUNES, 2006, p. 25)

O economista Rifkin (1996) escreveu, ainda em 1995, sobre o fim dos empregos. Alertava o autor que se entrava numa nova fase da história – caracterizada pelo declínio sistemático e inevitável dos empregos, em que cada vez menos trabalhadores seriam necessários para produzir bens e serviços para a população global. Caminhava-se para o que o economista denomina de terceira revolução industrial, numa sociedade automatizada, na cadência do caminho para uma aldeia global de tecnologia.

Segundo Rifkin (1996), o mundo está rapidamente se polarizando em duas forças potencialmente irreconciliáveis: de um lado, a elite da informação, que controla e administra a economia global de alta tecnologia; e de outro, o número crescente de trabalhadores deslocados em um mundo cada vez mais automatizado, em que fábricas e empresas virtuais quase despovoadas se assomam no horizonte.

Pochman (2008), por sua vez, admite que há, no Brasil, um decréscimo do assalariamento, e, por outro lado, uma crescente elevação do desemprego aberto e das ocupações não assalariadas.

Elucida Antunes (2006) que, como resultados das transformações e metamorfoses em curso

nas últimas décadas, o mundo do trabalho sofreu uma desproletarização do trabalho industrial, que se traduz de um lado na diminuição da classe operária tradicional e, de outro, numa significativa subproletarização do trabalho, decorrente das diversas formas de trabalho (parcial, precário, terceirizado etc., vinculado à economia informacional ou setor de serviços etc.).

Ao analisar informes de vários países europeus acerca da mudança de comportamento, em termos de mercado de trabalho, o autor espanhol Marzal (1997, p. 15) escreve sobre a crise do Estado de Bem-Estar, a partir do seguinte quadro geral:

[...] *mundialización de los mercados; libre competencia; incluida La reducción del coste de la mano de obra; ausencia de 'cláusula social' efectiva; ausencia de la 'Europa social'; fin de la idea de protección de los más débiles; lamentaciones sobre la exclusión; desempleo.*

Nesse contexto global, o referido autor aponta, como sintoma característico de tal crise, “el desarrollo del trabajo independiente em detrimento del asalariado y, luego, la multiplicación de las clases de contrato de trabajo.” (MARZAL, 1997, p. 15). Elucida o autor que a nomenclatura usada - crise - é ambígua, por não se tratar de uma crise cíclica habitual, no sentido dos economistas, mas, sobretudo, uma “mundialización de los intercambios y del mercado” (MARZAL, 1997, p. 195).

Apesar das evidências supradescritas, a doutrina tradicional não alterou sua linha de pesquisa. Se o Direito do Trabalho foi concebido para proteger a maioria que estava no trabalho subordinado – sobretudo no esplendor do Estado Providência e do pleno emprego – e se não mais protege sequer a metade da população economicamente ativa, como invocar o trabalho subordinado como pressuposto de teorizações?

Os conceitos de trabalho e, por conseguinte, de desemprego, em torno das quais a política atua, tornaram-se ilusórios e as lutas em torno deles, alucinadas. Nas palavras literariamente apropriadas de Forrester (1997, p. 8):

Em que sonhos somos mantidos, entretidos com crises, ao fim das quais sairíamos do pesadelo? Quanto tomaremos consciência de que não há crise, nem crises, mas mutação? Não mutação de uma sociedade, mas mutação brutal de uma civilização? Participamos de uma nova era sem conseguir observá-la.

As evidências empíricas, erigidas em estatísticas básicas produzidas por instituições como a OIT e o IBGE, demonstram a irreversível tendência do mundo do trabalho, cujo lema mais tangível pode ser concentrado na expressão proposta por Sennet (1999, p. 21): “não há longo prazo”.

Observa-se o declínio do trabalho subordinado no âmbito da sociedade pós-industrial globalizada, em que as indústrias do poder cerebral e tecnologias de *software* reduzem drasticamente o emprego formal e propiciam a desertificação do mercado tradicional de trabalho.

Com o aparecimento de novos valores, estruturas sociais e tecnológicas, o trabalho-dever deixa de se estabelecer como o centro dos vínculos socioculturais do pós-industrialismo e, conseqüentemente, como paradigma central do Direito do Trabalho. Desta feita, o labor dependente, subordinado ou por conta alheia, não pode mais ser elevado à condição de objeto central do Direito do Trabalho.

### 3.2 EVIDÊNCIAS ANALÍTICAS E FILOSÓFICAS

Especialmente a partir das décadas de 60 e 70 do século passado, críticas sociais mais aplicadas se consolidaram. Teóricos de todos os matizes começaram a estudar a sociedade tecnológica do futuro e a fazer prognósticos acerca das mudanças sistêmicas e de seus efeitos na dinâmica social, bem como das conseqüências positivas e negativas que iriam produzir para o próprio destino da humanidade.

Em 1960 a Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, realizou o Seminário *Tecnologia e transformação social*. Naquela ocasião, foi criado com consenso de que a sociedade pós-industrial estaria centrada na busca de intelectuais como exigência do crescimento científico, da tecnologia, das atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Essa tendência contida no aludido Seminário encaixa-se com outra, desta feita registrada no “*Clube de Roma*” -grupo debatedor de assuntos relacionados à política, à economia internacional e ao meio ambiente - na mesma década, segundo o documento *Debate sobre o crescimento*. Naquela oportunidade, o “*Clube de Roma*” reuniu 70 dos mais iminentes pensadores contemporâneos – adotando uma visão inter e transdisciplinar, cientistas sociais, filósofos, historiadores, economistas – para falar sobre a crise sócio-econômica, sobre os problemas do crescimento e a respeito do porvir da humanidade. Prognosticou-se o aparecimento de uma sociedade em rede.

Outras pesquisas sobre a civilização centrada no trabalho foram desenvolvidas por sociólogos, especialmente os franceses, como *Pierre Rolle, André Gorz e Georges Friedman*. Finalmente, apareceram centenas de estudos elaborados por Universidades, Institutos, Cátedras e Associações especializadas, em todos os continentes. Nesse cenário destacam-se nomes como *Juan José Castillo*, na Espanha; *Claus Offe e Robert Kurz*, na Alemanha; *Domenico de Masi e Aris Accornero*, na Itália; *Richard Sennet e Daniel Bell*, nos Estados Unidos; *Francisco de Oliveira e Ricardo Antunes*, no Brasil; e tantos outros espalhados na América Latina, como também aqueles vinculados à Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL.

Bell (1973) em *The coming of the post-industrial society* já identificava e teorizava, nos anos 70 do século passado, os quatro princípios axiais da nova sociedade. Em primeiro lugar, a passagem da produção de bens à produção de serviços. Em segundo, a crescente importância da classe dos

profissionais liberais e técnicos em relação à classe operária. Em terceiro, o papel central do saber teórico. Finalmente, em quarto, a criação de uma nova tecnologia intelectual, ou seja, o advento das máquinas inteligentes.

Santos (2008, p. 330) elucida uma crise do contrato social tão grave que chega ser paradigmática:

No modelo de contratualização social da modernidade capitalista o trabalho foi a via de acesso à cidadania, quer pela extensão aos trabalhadores dos direitos cívicos e políticos, quer pela conquista de direitos novos e específicos ou tendencialmente específicos do colectivo dos trabalhadores, como o direito do trabalho e os direitos económicos e sociais. A erosão crescente destes direitos, combinada com o aumento do desemprego estrutural, conduz à passagem dos trabalhadores de um estatuto de cidadania para um estatuto de *lumpen*-cidadania. Para a grande maioria destes trabalhadores, trata-se de uma passagem sem regresso, o do contratualismo para o pós-contratualismo. Um novo estado de natureza surge.

Russel (2002), por sua vez, afirmou que a moderna técnica trouxe consigo a possibilidade do lazer, dentro de certos limites, deixando de ser uma prerrogativa das minorias privilegiadas e se tornando um direito a ser distribuído de maneira equânime por toda coletividade.

Para o polémico De Masi (2000), o futuro pertence a quem souber libertar-se da ideia de trabalho como obrigação ou dever e for capaz de apostar numa mistura de atividades, em que o trabalho se confundirá com o tempo livre, com o estudo, o jogo. Enfim com o que o autor chama de *ócio criativo*, concebido como fonte inesgotável de ideias.

No contexto da sociedade nova, o desenvolvimento da tecnologia, segundo De Masi (2000), possibilitaria o exercício do *ócio criativo*. O *ócio*, na concepção do autor, não se confundiria com indolência ou qualquer outra palavra associada à omissão ou a ações reprováveis, mas, sobretudo, com o exercício de atividades intelectuais criativas. A massa de pessoas reduzida a “*gado humano*” (para se utilizar de uma expressão de Bloch), constitui um indicador de não-civilização.

A partir de uma leitura multidisciplinar das teorias, doutrinas, análises e comentários contemporâneos, verifica-se ao menos um consenso: a ruptura com o arquétipo de sociedade moderna e o aparecimento de outro, muito mais complexo e fragmentado.

O consenso dos estudiosos contemporâneos supramencionados é a primeira premissa que justifica e fundamenta a imprescindibilidade de uma reelaboração doutrinal e um novo marco teórico para o Direito do Trabalho. Os dados estatísticos e as teorias económicas e sociológicas comprovam a perda da supremacia do trabalho subordinado no âmbito do setor formal. Comprova-se, por outro lado, a concorrência do setor informal (desregulado, precário, clandestino) completamente distanciado do Direito do Trabalho.

Nessa linha de pensamento, Antunes (2006) entende que é a partir da compreensão da



totalidade da *classe-que-vive-do-trabalho* que se compreende a nova morfologia ou polissemia do trabalho. Daí a necessidade de uma noção ampliada da classe trabalhadora. É completamente impossível compreender os múltiplos e agudos problemas do trabalho nacionalmente diferenciados e estratificados, sem que se tenha sempre presente o quadro analítico apropriado da *totalidade do trabalho*.

De que lado poderiam ser procuradas, em função das realidades econômicas e técnicas, soluções construtivas aos problemas que prendem a atenção dos pensadores contemporâneos?

### 3.3 POR UMA RACIONALIDADE AMPLA: a redescoberta democrática do trabalho

É evidente o fracasso do modelo de gestão controlada das desigualdades através da integração pelo trabalho assente na política do pleno emprego. A característica central da contemporaneidade, segundo Santos (2008), é que o sistema de desigualdades se transforma em um sistema de exclusão em um contexto de crise do contrato social e da emergência do fascismo social. Para o sociólogo, é preciso falar em redescoberta democrática do trabalho, o que passa pelo reconhecimento do seu polimorfismo.

A partir da primazia do conhecimento científico, defende-se o que Santos (2008) chama de uma racionalidade ampla, com a aproximação das ciências sociais dos estudos humanísticos. Segundo o autor, a razão ocidental é entendida como razão indolente, que desperdiça a experiência social, oculta-lhe ou lhe desacredita. O que se propõe é uma razão cosmopolita, através da valorização das experiências sociais para a diversificação e ampliação do presente. Através da revelação da multiplicidade das práticas sociais, é possível uma visão mais ampla do realismo, que inclui as realidades ausentes por meio do silenciamento ou da marginalização.

De acordo com a perspectiva de racionalidade ampla e redescoberta democrática do trabalho é que o Direito do Trabalho seria preservado em sua essência protetora, mas iria além, na medida em que fomentaria todas as alternativas de trabalho e renda que atendessem ao bem-estar, à dignidade e ao desenvolvimento sociocultural da pessoa.

A propósito, vale utilizar o argumento de Sen (2002). O economista indiano adota a visão de desenvolvimento a partir da expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam. A liberdade é compreendida aqui como principal fim e principal meio do desenvolvimento. Neste processo, o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das liberdades humanas, a partir do asseguramento das condições mínimas. As instituições devem atuar para promover os objetivos e comprometer os valorativos das pessoas. A perspectiva da liberdade humana concentra-se no potencial das pessoas para levar a vida que elas têm razão para valorizar e para melhorar as escolhas reais que elas possuem.

Assim como a sociedade do trabalho – produto da industrialização – foi considerada a *priori* central da Sociologia Clássica – uma nova Teoria da Sociedade deve inspirar o Direito do Trabalho, para todos os que vivem ou pretendem viver de um trabalho ou de uma renda digna. Trata-se, é verdade, do trabalho elevado à categoria ontológica, como realização plena, efetiva e livre do homem como um todo em seu mundo histórico.

Nesse sentido, não se teria a pretensão de abolir o mercado tradicional de trabalho, mas compensar suas evidentes deficiências através da inserção de outros princípios de utilização e manutenção da força de trabalho sem que qualquer deles seja elevado ao *status* de um modelo normal ou dominante.

Nesse contexto, é fundamental a instituição de políticas públicas conectadas com a nova morfologia do trabalho:

Uma nova concepção de cidadania, vinculada aos guias característicos de uma nova ética cívica, está, por sua vez, sincronizada com a reconstrução dos valores culturais voltados para o trabalho. Ao trabalho desvinculado da escravidão, da dor, do sacrifício, mas identificado com a criatividade, com a igualdade de oportunidades, de segurança, social, de livre produção de bens artísticos, culturais e científicos e que não seja um instrumento para aumentar a concentração de riqueza, ampliar a fome e a exclusão social. Ter em conta o Direito do Trabalho como Direito Humano Fundamental, como direito que lida com a preservação da vida, é imprescindível para adaptá-lo às novas exigências sociais, e fazê-lo contemporâneo e restaurado (ANDRADE, 2005, p. 362).

O que se está em causa é a luta contra a monocultura do saber. A teoria jurídica não pode ignorar o vasto campo da ciência social aplicada, inclusive para, dela se servir na consolidação e na eficiência de um novo modelo comunicativo.

#### **4 DE UM DIREITO DO TRABALHO PARA UM DIREITO AO TRABALHO E A DOUTRINA TRABALHISTA CRÍTICA: por um *epistemicídio* do paradigma tradicional**

As majoritárias correntes doutrinárias que inspiram o Direito do Trabalho continuam centradas em valores, culturas, tempos, espaços e experiências da sociedade industrial. Esse verdadeiro ‘autismo’ teórico-dogmático do Direito Laboral o torna incapaz de observar o mundo circundante, suas mudanças estruturais e a drástica ruptura de paradigmas já reconhecidas por teóricos de outros ramos do chamado saber social. É imprescindível conectar o Direito do Trabalho com as mudanças radicais de paradigmas do mundo pós-moderno como premissa indispensável para a elaboração de uma Teoria Geral adaptada aos novos tempos. Embora a doutrina majoritária permaneça autista, há teóricos que reagem contra a versão reducionista da doutrina tradicional.

## 4.1 O PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DA TEORIA SOCIAL CRÍTICA

Sobre a necessidade de conexão entre a sociedade atual, sua cultura e sua ética, e o mundo do trabalho, Andrade (2005, p. 286) afirma:

A sociedade atual – pós-capitalista, pós-industrial, pós-socialista – tem que encontrar alternativas de integração e de ordenação noutra modelo de funcionalidade, outras bases jurídicas que possibilitem o equilíbrio de poderes a partir de ações conscientes, compatíveis com seu grau de complexidade, pluralismo e sentimento libertários.

Neste contexto, a teoria social crítica parte do questionamento de si mesma, e de seu objeto, isto é, da pretensa validade das coisas. Está erigida em um pressuposto cognitivo-reflexivo que busca a reivindicação, a emancipação, o esclarecimento e a lucidez. Entre os seus princípios fundamentais encontra-se o criticismo, a abertura cognitiva e o pluralismo.

### 4.1.1 O Direito do Trabalho no contexto da teoria crítica

O resultado do presente estudo até aqui é contundente: a sociedade pós-industrial move-se em direção oposta da doutrina clássica tradicional. Em termos de sociedade de trabalho, nada justificaria, na atualidade, a manutenção dos pressupostos básicos daquela Teoria Geral por não responderem às exigências sociais contemporâneas.

Daí chegar-se à seguinte conclusão: apesar das divergências dos pensadores vinculados à Teoria Crítica, há entre eles um consenso – o questionamento e a refutação da categoria do trabalho subordinado como paradigma de suas investigações. Querer, portanto, reduzir o trabalho humano ao trabalho subordinado torna-se uma impropriedade filosófica e um equívoco epistemológico.

Nas palavras de Nunes (2009, p. 113):

Hoje, porém, esses modelos produtivos (taylorista e fordista) não mais se coadunam com as novas perspectivas político-sociais de valorização da dignidade do homem enquanto trabalhador, tendo a dinâmica da produção industrial e as necessárias adaptações com a economia global rompido com o modelo produtivo vertical daquelas décadas.

Mas como justificar epistemologicamente outros pressupostos para o Direito do Trabalho? Diante do novo contexto, a Teoria Crítica e seus pressupostos ético-culturais devem sedimentar a elaboração de outro Direito do Trabalho, fazendo-o aberto, dinâmico, questionável e redirecionar o discurso comunicativo na *práxis* social do novo tempo. Mas, existem evidências teóricas neste sentido? Ouvem-se vozes críticas?

Romita (1983, p. 235), no começo da década de 80 do século passado, fazia o seguinte prognóstico:

Hoje em dia ganha vulto, novamente, a idéia segundo a qual o Direito do Trabalho deve expandir-se para abranger outras formas de relações de trabalho, que não sejam apenas de trabalho subordinado. As fronteiras do próprio Direito do Trabalho se dilatam. Há realmente uma tendência, que é compreensível, no sentido de ampliar o campo de atuação de normas protecionistas, especialmente quando enfaixam medidas tendentes à melhoria da condição social dos trabalhadores.

É possível identificar autores que vêm se ocupando especificamente em desconstruir o paradigma do trabalho subordinado.

Para Genro (1979, p. 71), “a dominação implícita na subordinação jurídica do contrato de trabalho obstrui a concreta liberdade de trabalho, que também é uma liberdade formal imprimida pelo domínio burguês sobre a sociedade.”

Um dos estudos mais importantes produzidos no Brasil foi desenvolvido por Viana (2006). Recorda o autor que o mesmo homem que é livre como indivíduo, e é livre como cidadão, não goza de liberdade em seu local de trabalho.

Mas como se forjaria uma nova teorização? A partir de que objeto? Andrade (2008, p. 918) responde: “a partir do trabalho humano. Ou melhor, a partir do trabalho livre e de todas as formas ou alternativas de trabalho e rendas compatíveis com a dignidade humana” e propõe o seguinte conceito para o Direito Individual do Trabalho: “É o ramo do Direito do Trabalho destinado ao disciplinamento, à proteção e à manutenção de todas as possibilidades e alternativas de trabalho e rendas que atendam ao bem-estar, à dignidade e ao desenvolvimento sócio-cultural da pessoa humana”. (ANDRADE, 2005, p. 368)

De acordo com essa perspectiva, o trabalho abstrato não seria eliminado. Seria, sim, extinta a sua supremacia como centro de referência da vida humana. Há de se reconhecer e não fugir do chamado polimorfismo do trabalho, ou seja, as diversas alternativas de trabalho. Para tanto, é necessária a inclusão dos interlocutores válidos em condições dialógicas simétricas.

Para Nunes (2009, p. 113) o momento atual impõe a necessidade de incorporação de modalidades laborativas conjugadas ou distintas do trabalho subordinado:

As cada vez mais complexas e diversificadas formas de prestação de serviços estão a indicar e reivindicar uma nova cultura de regulação e tutela, sem a ortodoxia do tradicional Direito do Trabalho e respectivo contrato. Isto não quer significar ruptura com a vocação protetiva natural que as normas e instrumentos de regulação do trabalho conferem ao trabalhador.

Parece mesmo que a índole tutelar trabalhista merece novas concepções e reordenações. O

formato deve anunciar o reconhecimento de que o trabalho humano em geral demanda uma tutela trabalhista mínima. Para isso, a confluência de pressupostos trabalhistas e civis pode ser o diferencial que autoriza a concepção de que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho têm vocação jurídico-dogmática para regular, disciplinar e tutelar toda e qualquer modalidade de trabalho humano, considerando-se os seus inúmeros desdobramentos.

Para Soares Filho (2007, p. 122):

O Direito do Trabalho deve assumir uma nova configuração, de modo que, sem perder sua gênese, se ajuste à realidade atual do mundo do trabalho e, levando em conta as formas de trabalho emergentes na sociedade pós-industrial, se torne apto a regulá-las, alcançando as diversas situações em que se desenvolve a atividade laborativa.

No Brasil, a ampliação do campo de atuação do Direito do Trabalho já se faz sentir através da edição de leis esparsas, que prognosticam a abrangência da índole tutelar do próprio Direito Material do Trabalho. A jurisprudência mais concatenada com estes movimentos contemporâneos não tem descurado desse novo panorama de evolução das modalidades de prestação de trabalho humano (NUNES, 2009). O exemplo dos artistas de espetáculos públicos encontrado no direito laboral espanhol não deixa de fomentar o debate acerca da evidente proliferação das normas de tutela trabalhista que se dirigem à regulação de relações jurídicas nitidamente distintas daquelas pautadas pela subordinação jurídico-hierárquica tradicional.

#### 4.2 O DIREITO DO TRABALHO COMO RAMO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Criar um modo de produção e vida distinto do atual é um desafio. A construção de um novo modo de vida dotado de sentido recoloca, neste início de século XXI, a necessidade imperiosa de construção de um novo sistema de movimentação social baseado na atividade autodeterminada, em busca do respeito pelo desenvolvimento integral e livre do homem.

Torna-se cada vez mais imprescindível a intervenção do Estado no mercado de trabalho. Os fatores estruturais e conjunturais se complementam. É preciso que, por um lado, não se tenha desprezo pela luta jurídica, e, por outro, não se tenha a arrogância de que só por meio dela se possa chegar a um tipo de sociedade justa.

Concorda-se com Santos (2008) ao afirmar que no estágio contemporâneo pós-contratualista um novo estado de necessidade surge. No mundo do Direito do Trabalho, a necessidade premente é a de considerar como centro de estudo de suas teorizações o trabalhador em sua condição de ser humano, acima de suas dimensões de produtor e consumidor. O ser humano considerado não meramente como meio de produção – o que é socialmente insustentável e eticamente repugnante -,

mas a finalidade de todo o processo.

O Direito do Trabalho através desta perspectiva deve ser considerado em sua dimensão ampla, como realização efetiva e livre do homem. Para tanto, seguem-se os argumentos de Andrade (2005), para quem o Direito do Trabalho deve ser visto como Direito Humano Fundamental.

O tempo, o espaço e as condições sociolaborais já existem e estão à espera de um Direito do Trabalho verdadeiramente conectado com as potencialidades e contradições deste novo cenário.

## **5 CONCLUSÕES**

Uma vez identificadas as transformações estruturais vividas a partir do nascimento da chamada sociedade pós-moderna e suas radicais repercussões para o mundo do trabalho, restaram problematizado e refutado os fundamentos tradicionais do Direito do Trabalho, especialmente o arquétipo do pleno emprego e do Estado de Bem-Estar Social.

Fica provada, através das evidências estatísticas, analíticas e filosóficas apresentadas, a perda da supremacia do emprego de longa duração. Comprova-se, por outro lado, a concorrência da heterogeneização e complexificação do trabalho, a partir da compreensão da polissemia do trabalho, naquele contexto explicitado da nova morfologia do trabalho. Por isso, o labor dependente, subordinado ou por conta alheia não mais deve ser elevado à condição de objeto central do Direito do Trabalho.

Na medida em que se observa a sociedade em sua forma dinâmica, ampla e democrática, é possível se distanciar da doutrina trabalhista tradicional e pensar uma nova configuração do Direito Laboral, de modo que, sem perder sua gênese protetora, amplie-se à realidade e à necessidade do mundo contemporâneo.

O Direito do Trabalho é aqui inserido como Direito Humano Fundamental, devendo se destinar ao disciplinamento, à proteção e à manutenção de todas as alternativas de trabalho e renda que atendam ao bem-estar, à dignidade e ao desenvolvimento sociocultural da pessoa, considerado em sua dimensão ampla, como realização efetiva e livre do homem.

A constatação final do trabalho parece ser clara: a índole trabalhista merece novas concepções e reordenações. O formato da reestruturação dogmática laboral deve se preocupar precipuamente com o reconhecimento de que o trabalho humano em geral demanda uma tutela trabalhista mínima.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do Trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral.** São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito do Trabalho e seus fundamentos teórico-filosóficos: problematizando, deslocando e refutando o seu objeto.** São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, Ricardo [Org.]. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil.** São Paulo: Boitempo, 2006.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy [Orgs.]. **Infoproletários: a degradação real do trabalho virtual.** São Paulo: Boitempo, 2009.

BELL, Daniel. **The coming of the post-industrial society.** New York: Basic Books, 1973.

CAMARA, Mamadou; SALAMA, Pierre. A inserção diferenciada – com efeitos paradoxais – dos países em desenvolvimento na mundialização financeira. In: CHESNAIS, François [Org.]. **A finança mundializada.** São Paulo: Boitempo, 2005.

DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo.** Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1977.

GENRO, Tarso Fernando. **Contribuição à crítica do Direito Coletivo do Trabalho.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

ILO (International Labour Organization) - Global Employment Trends. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_elm/---trends/documents/publication/wcms](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---trends/documents/publication/wcms). Acesso em: 28 jun. 2011.

KURZ, R. **Os últimos combates**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de Direito e processo do trabalho**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARZAL, Antonio. **Crisis del Estado de bienestar y derecho social**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 1997.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **Modificações do contrato de trabalho e sua reestruturação dogmática**. Curitiba: Juruá, 2009.

POCHMANN, Márcio. **O emprego no desenvolvimento da nação**. São Paulo: Boitempo, 2008.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força de trabalho global**. 4 ed. São Paulo: Makron, 1996.

ROMITA, Arion Saião. Contrato individual de trabalho: formação e nota característica. In: GOLÇALVES, Nair Lemos; ROMITA, Arion Saião (orgs.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

RUSEL, B. **O elogio ao ócio**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

SANTOS, Boaventura de S. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008. v. 4.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SENNET, Richard. **Corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. São Paulo: Record, 1999.



SOARES FILHO, José. **Sociedade pós-industrial**: e os impactos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado. Curitiba: Juruá, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 2006.

# E-TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

**Rafael Pontes Vital**

Mestrando em Direito Econômico pela UFPB;  
Especialista em Direito Eleitoral pelo Unipê e  
diplomado em Direito pela UFPB;  
e-mail: rafaelpvital@gmail.com

## RESUMO

Na década 70, do século passado, o homem, buscando frear a dependência ao petróleo, entendeu que era melhor trazer o trabalho ao trabalhador, e não o contrário. Criou-se o teletrabalho, nova modalidade de labor que descaracterizou todos os elementos que estavam sedimentados na legislação trabalhista, principalmente no que se refere à subordinação jurídica. Desse modo, em virtude das inovações tecnológicas do século XXI, o teletrabalhador, que já era preso à telemática, transformou-se em trabalhador eletrônico (e-trabalhador), sendo mais dependente da tecnologia, sobretudo da internet. A partir daí, a subordinação ganhou novos conceitos, visto que o trabalhador possui aptidão técnica que o distancia do patrão, tornando complicada a fiscalização. Por outro lado, a subordinação jurídica também foi deixando de ser aplicada. Isso fez com que os e-trabalhadores fossem classificados como autônomos e ficassem sem as benesses trabalhistas, o que gerou crise dentro do direito, pois esta nova classe é dependente economicamente dos “patrões”, já que, na maioria das vezes, prestam serviços para uma única pessoa. Contudo, no Brasil, ao contrário da Europa, essa figura híbrida ainda não tem regulamentação. Da conjugação dessas legislações, este trabalho busca analisar o e-trabalhador, que é uma mistura entre autonomia e dependência.

**Palavras-chave:** Teletrabalho. Internet. Subordinação. Dependência econômica. Relação de trabalho.

## ABSTRACT

In the 70's of the last century, the man, seeking to reduce the dependence on oil, understood that it was better to bring the work to the worker, and not vice versa. The man created telework, a new kind of labor that misread all the elements that were sedimented in labor rights, especially with about to the legal subordination. Because of the technological innovations of the last century, the teleworker, who was fixed to telematics, became a electronic worker (e-worker), being more dependent on technology, especially the internet. After this, the subordination won new concepts, because the worker has the technical ability and isn't near to his boss what to makes the control very difficult. On the other side, the legal subordination was no longer applied. This meant that e-workers were classified into autonomous and without labor rights, which led to the crisis within the law because this new class is economically dependent on the “bosses”, since in most cases, provide services to a single person. However, this hybrid figure in Brazil has no regulations are the opposite in Europe. Given the combination of these laws, this work going to analyze the e-worker, who is a mix between autonomy and dependence.

**Keywords:** Telework. Internet. Subordination. Economic dependence. Employees relationship.

## 1 INTRODUÇÃO

Como elemento indispensável para a manutenção da paz social e para a realização da justiça, o direito tem como função progredir concomitantemente com as mudanças ocorridas na sociedade.

Todavia, parece que com o advento da sociedade digital, forma de organização humana pautada nas relações virtuais, o direito, principalmente a legislação trabalhista brasileira, tornou-se estanque, parando no tempo e se esquecendo de proteger os novos tipos de trabalhadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT é datada de 1943, período em que o Brasil ainda vivia a ditadura varguista. De lá pra cá, muita coisa mudou. Três cartas constitucionais foram adotadas, e o velho conceito de relação de emprego fora mantido, excetuando-se, é claro, algumas reformas esparsas, mas que não retiraram a obsolescências das normas consolidadas. Nesse sentido, as relações de trabalho sofreram mudanças abruptas. A máquina começou a substituir o homem, gerando desemprego e informalidade nos postos de trabalho.

Esses trabalhadores informais, em sua grande maioria, são resultantes das reduções dos postos de emprego ocorridas nos dois primeiros setores da economia. Para sobreviverem, somente restou a esses indivíduos se submeterem às novas formas de emprego, sem, entretanto, receberem como se empregados fossem. Surge o fenômeno do trabalhador autônomo, mas não como o conceito clássico do profissional independente e bem-sucedido, como médicos e advogados.

O novo trabalhador autônomo é, na verdade, bem mais pobre que o tradicional, dependendo fortemente dos tomadores de serviços. Dentro dessa nova classe, em razão da revolução tecnológica e da crise dos combustíveis fósseis, criou-se a figura do teletrabalhador, que é a nova forma de trabalho da sociedade digital e tecnológica.

Nesse labor, o trabalho é feito à distância e com o uso da tecnologia características que põem em xeque, os elementos indispensáveis para a configuração da relação emprego. A falta de ligação entre patrão e teletrabalhador faz com que a subordinação seja totalmente mitigada, transformando essas pessoas mais em trabalhadores autônomos que em empregados, principalmente porque os labores exercidos exigem alta capacidade técnica, convertendo-os em mãos de obra especializadas e que não necessitam de instruções patronais.

Alguns teletrabalhadores, como *web designers* e analistas de suporte, comumente chamados de e-trabalhadores, são considerados autônomos, mas, em virtude da maneira como laboram, dependem de um ou de alguns tomadores de serviços, o que os deixam em situações fronteiriças. De um lado, possuem a autonomia no exercício do labor, atuando de forma independente e sem subordinação técnica, do outro, dependem economicamente dos tomadores de serviços, já que estes são os responsáveis pela maioria das rendas auferida pelos novos teletrabalhadores.

Dentro dessa concepção, surge a ideia de e-trabalhador autônomo economicamente dependente ou parassubordinado, ou seja, não é autônomo, bem como subordinado, sendo uma terceira via trabalhista, mas que se encontra hoje, pelo menos no direito nacional, sem qualquer tipo de proteção, o que é totalmente distinto na legislação dos países europeus.

## 2 RELAÇÃO DE TRABALHO NA SOCIEDADE DIGITAL

Os avanços tecnológicos sempre foram os grandes responsáveis por alterarem as formas como os homens se relacionam, mormente no que tange a troca sinalagmática entre labor e dinheiro, ou seja, à vinculação trabalhista. A relação de trabalho sempre foi moldada pelas descobertas e inventos feitos pelos homens.

As origens desse sistema podem ser encontradas na Idade Média, nas relações entre artesões e corporações de ofício; porém, estas eram embasadas em tecnologias rudimentares, inexistindo a comutatividade, traço característico de qualquer relação trabalhista. O conceito moderno de relação de trabalho só ganhou as suas primeiras feições com o advento da primeira revolução industrial, ocorrida na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII.

Com o objetivo de produzir não só para atender as necessidades locais, mas as globais, os primeiros industriais, como ainda não detinham máquinas automatizadas, contrataram centenas de cidadãos comuns para trabalharem nas fábricas. Inicialmente, as pessoas eram convocadas indistintamente. Além dos homens adultos, contratavam-se crianças, mulheres e idosos. O que importava era apenas a força de trabalho.

A ânsia pelo lucro não só era relacionada à contratação de qualquer indivíduo; era mais grave do que se imaginava. Inexistiam preocupações com a vida, saúde e dignidade dos trabalhadores. Os salários eram péssimos, as condições do ambiente de trabalho precárias e a jornada exaustiva. Laborava-se quase 20 horas por dia, o que violava frontalmente os direitos humanos.

Diante desse quadro caótico, a humanidade ingressou no século XIX, no qual surgiram os ideais comunistas de Marx. Assim, a sociedade ficou dividida entre burgueses e proletários, estes formados, na sua grande maioria, por trabalhadores urbanos. Essa dualidade foi imprescindível para o aparecimento do Direito do Trabalho, instituto que fora responsável pela implantação, após muitas lutas físicas e ideológicas, das primeiras proteções aos trabalhadores individuais, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país.

Nesse sentido, o Estado, depois de muita leniência, deixou de ser apenas protetor da liberdade, para ser garantidor da igualdade. Iniciou-se, já no começo do século XX, a fase dos direitos sociais, que ganharam corpo e se enquadraram como direitos fundamentais, constitucionalizados em vários países. A partir daí, aos trabalhadores foram estendidos inúmeros direitos, tais como: jornada de trabalho limitada, salário mínimo, férias, equipamentos de segurança, seguro-desemprego etc.

Entretanto, alguém teria que arcar com os ônus desses direitos e garantias trabalhistas. O Estado, como defensor e protetor, repassou tais encargos para os empresários, detentores de capital e principais beneficiários da utilização da força de trabalho. Só que a classe patronal não gostou disso. A solução para a questão foi a redução do número de postos de trabalho e seria, ela, adotada por

qualquer pessoa que estivesse do outro lado da relação laboral. Em nome do lucro, os responsáveis pela criação dos empregos modernos decidiram que havia chegado a hora de exterminá-los. A automação virou a palavra da moda.

Assim, durante as décadas de 60 e 70, do século passado, iniciou-se a terceira revolução industrial, mais conhecida como revolução tecnológica, alicerce primordial para o aparecimento da sociedade pós-moderna, forma de organização humana que é pautada não mais nas relações reais, e sim nas virtuais. Com a criação do transistor, dos microprocessadores e da popularização dos computadores, a mão de obra tradicional foi trocada pela robótica, que é formada por empregados que não dormem, não comem, não recebem salário e apenas precisam de manutenções periódicas, mas trabalham 24 horas por dia, 30 dias por mês e 12 meses por ano. Uma simples máquina custa menos que um homem e trabalha por dezenas deles.

Os empresários conseguiram o que queriam. Primeiro, reduziram os custos, já que cortaram grande parte do contingente humano, diminuindo os encargos sociais. Consecutivamente, aumentaram as margens de lucro, pois, além de pagarem menos empregados, majoraram o volume da produção. Mais bens foram produzidos e vendidos. A lógica do capitalismo sempre foi essa, reduzir os custos e esticar os lucros, mormente hoje, no mundo pós-moderno, com o surgimento da automação, consoante adverte Neves (2007, p. 46):

A transição da Era da Sociedade Pós-industrial para a Era Digital tem como uma das características mais marcantes sua faceta de máquina de trituração e redução de empregos. Isso ocorre não porque as empresas são dirigidas por diretores e acionistas sanguinários e desalmados escorados por políticas neoliberais. Empresas, por definição, existem porque foram criadas por seus proprietários e acionistas para dar lucro, independentemente da natureza da sua atividade. Até mesmo as organizações públicas governamentais e estatais não foram concebidas com o objetivo final de criar postos de trabalho, e sim com a finalidade de executar funções.

A busca pelo lucro, que fora a grande responsável, juntamente com a primeira revolução industrial, pela criação dos primeiros postos de emprego, tornou-se, posteriormente, o principal vetor para a diminuição do número de trabalhadores nas empresas. O grande capital impulsionou a automação industrial, mudando completamente as tradicionais relações laborais. Agora, a máquina que deu o emprego estava gerando o desemprego.

Diante desse panorama, aos trabalhadores somente restou procurar novas alternativas de sobrevivência. Com a crescente urbanização, os trabalhos rurais (primeiro setor), com exceção da agricultura familiar, tornaram-se mecanizados e mal remunerados. Na cidade, as indústrias (segundo setor) se automatizaram, diminuindo a necessidade de mão de obra humana. Como resultado disso, criou-se o terceiro setor, que é relacionado à prestação de serviços, seja de maneira empresarial ou individual.

Nas empresas, as antigas relações de trabalho continuaram a existir, espremendo-se nas relações de emprego, com todos aqueles requisitos exigidos, como bilateralidade, onerosidade, continuidade, subordinação e comutatividade. Mudou-se apenas o local de trabalho; os trabalhadores foram da indústria para outros tipos de atividades econômicas, como a prestação de serviços, que é dividida em duas grandes repartições.

De um lado, têm-se as que são desenvolvidas de forma empresarial, em que grandes instituições oferecem atividades em massa, como empresas de segurança, bancos e seguradoras de saúde. Do outro, têm-se as intelectuais, que são efetuadas por profissionais que atuam de forma independente, sem constituírem atividade empresarial e trabalhando de forma livre e por sua conta e risco.

Esse segundo tipo é formado por profissionais das mais diversas áreas, alguns sendo altamente remunerados, como médicos, dentistas, advogados, contabilistas e arquitetos, e outros percebendo “merrecas”, como artífices, marceneiros, pedreiros, pintores etc. Só que, apesar de vencimentos distintos, tal classe de trabalhadores é unida por diversas características que os distinguem dos empregados.

Eles são trabalhadores, e não empregados, mantendo relação de trabalho, que é gênero, tendo a relação de emprego como espécie. Toda relação de emprego é de trabalho, mas a recíproca não é verdadeira. Assim, esses citados indivíduos não firmam pacto de emprego, pois são considerados, diante da maneira como a atividade é prestada, como trabalhadores autônomos, visto que, pelo menos em tese, não são subordinados a ninguém.

Por não se reportarem a nenhum superior, os autônomos usam as suas forças de trabalho em benefício próprio. Em razão disso, eles foram marginalizados pelo legislador, não lhes sendo garantidos a maior parte dos direitos preconizada na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e no artigo sétimo da Constituição Federal de 1988 – CF/88. Eles não têm salário mínimo, férias, décimo terceiro, fundo de garantia, auxílio acidente de trabalho, seguro desemprego e outras benesses trabalhistas.

Ser trabalhador autônomo é não ter direito a nada, apenas a trabalhar jornadas exaustivas, sem, contudo, ter garantias que, em um futuro distante, poderá gozar de uma boa aposentadoria, pois, sem constituir fundos de reservas, terá que trabalhar eternamente. Nesse aspecto, a Lei nº. 8.212/1991, no Art. 12, V, h, que trata sobre questões previdenciárias, define o trabalhador autônomo como a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não.

A partir daí, pode-se concluir que parte dos trabalhadores autônomos é fruto direto da terceira revolução industrial, pois resultam da busca por novas formas de trabalho. A intenção dos industriários era diminuir os custos trabalhistas. E assim o fizeram, eis que, quando precisam do labor humano, contratam trabalhadores autônomos, apenas arcando com os serviços pactuados, sem que

haja, todavia, preocupação com os encargos trabalhistas. Uma coisa vai puxando a outra. Da necessidade pelo lucro, houve a inovação tecnológica, diminuindo as despesas laborais, que trouxe, por conseguinte, a discussão sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas.

Entretanto, apesar de ter sido a responsável pela extinção de muitos postos de trabalho, a terceira revolução industrial não só trouxe benefícios significativos para empresários e consumidores. Por mais estranho que possa soar, ela também foi positiva em alguns aspectos para os trabalhadores.

As inovações ajudaram na prevenção de acidentes e na melhoria do ambiente de trabalho. Mas não se resume só a isso. O desenvolvimento das tecnologias da informação foi o responsável por criar novas alternativas de trabalho, surgindo a figura do trabalhador virtual da sociedade digital.

A expressão sociedade digital tem ar futurístico, mas há décadas deixou de representar apenas projeto utópico para se transformar em um modo de vida que vem abarcando milhões de pessoas. Pode ser definida como a forma de agrupamento da pós-modernidade, advinda da revolução tecnológica, da década de 70, tendo como base a informação e como meios as mais diversas formas de tecnologia de comunicação, tais como: internet, computador, telefone, televisão etc.

Nessa nova forma de interação humana, o contato físico vai perdendo valor e as relações vão se tornando cada vez mais virtuais, de modo que uma nova civilização está sendo criada, dando-se início ao aparecimento de diferentes culturas e à quebra de velhos paradigmas.

Assim, na onda das relações virtuais, foi criada a ideia do trabalhador à distância, mas não aquele tradicional que faz o seu trabalho físico em casa, e sim o teletrabalhador, que é o que usa a sua força intelectual de trabalho em elementos tecnológicos. A tecnologia tornou-se a responsável pelo trabalho. O computador, o notebook, o celular, a internet, a televisão digital são exemplos de equipamentos eletroeletrônicos indispensáveis para a concretização dessa nova forma de trabalho. Hodiernamente, inúmeros empregos existem apenas em meios digitais, como *web designers*, consultor de segurança na internet, analistas de sistema, técnicos em manutenção de redes, atendentes virtuais, mantenedores de sites de comércio eletrônico etc.

De forma muito curiosa e inteligente, a sociedade digital fez nascer a relação de trabalho digital, em que trabalhador e patrão não mantêm contatos físicos, mas apenas virtuais. Isso trouxe, consecutivamente, séria discussão na academia trabalhista. Como o contato é o mínimo possível, será que esses novos trabalhadores são autônomos, subordinados ou parassubordinados? A dúvida é pertinente, mas para dirimi-la, torna-se indispensável estudar a fundo o que são teletrabalhadores, como eles se classificam e quais são as suas principais características.

### 3 TELETRABALHADOR (E-TRABALHADOR)

Utilizando-se do vocabulário da época da guerra fria, para o proletariado, a revolução tecnológica é mais uma outra forma de dominação capitalista, com vistas a reduzir o número de trabalhadores e majorar os lucros. Já para os burgueses, a revolução tecnológica, como o próprio nome diz, trata-se de uma transformação, modificando o modo de vida e trazendo vários atrativos, até então inimagináveis.

Entre críticos e defensores, há quem se encaixe no meio-termo e encontre a terceira via, sendo esta uma alternativa plausível para atender os anseios dos dois lados. Busca-se, então, fazer com que a tecnologia, no lugar de destruir os trabalhos, seja elemento criador de novos postos de trabalho, mas não da maneira tradicional, e sim aperfeiçoada pelos equipamentos eletroeletrônicos, conforme afirma Thibault Aranda (2001, p. 19):

*Si hasta hace poco la aplicación de estos nuevos sistemas se dirigía al ámbito interno de las empresas, la capacidad de respuesta de los avances tecnológicos está abriendo expectativas que hasta hace poco tiempo eran impensables, como el hecho de trabajar desde cualquier parte del mundo para cualquier empresa. Como consecuencia del paso de la sociedad post-industrial a la sociedad del conocimiento, donde el verdadero valor añadido está en la manipulación de la información, el teletrabajo permite disgregar la actividad laboral y alterar –o mejor dicho flexibilizar- la existencia de un empleo típico.*

Nesse sentido, na década de 70, alguns anos antes do fim do regime soviético e quando as inovações tecnológicas davam seus primeiros passos, um estadunidense chamado Jack Nilles (PINTO, 1994), diante da crise do petróleo que estava pondo em xeque o modelo de desenvolvimento irresponsável adotado pelos ocidentais, entendeu que a melhor maneira de diminuir a dependência ao petróleo seria frear o uso dos meios de transporte. Para tal empreitada, as pessoas não deveriam se deslocar ao trabalho, mas o trabalho deveria ir até elas. Formula-se, então, o conceito de teletrabalho, que, da acepção da palavra, significa trabalho à distância.

Inicialmente, era uma ideia para solucionar os problemas ambientais que começavam a dar os primeiros sinais negativos. O homem viu que a intenção era boa e resolveu adotá-la, estendendo bastante o conceito, pois hoje, na sociedade digital, tem contexto diferente, mas que continua com os mesmos alicerces, consoante será estudado no tópico a seguir.

#### 3.1 TELETRABALHO: conceito e características

O teletrabalho pode ser definido como qualquer labor humano que é realizado com base nos



recursos da telemática e longe da figura do patrão. Como exemplo mais corriqueiro desse tipo de trabalho, tem-se o atendimento de telemarketing e de televendas. Assim, teletrabalho é todo labor à distância feito por meios tecnológicos.

Inicialmente, essa modalidade era confundida com os serviços executados em casa, já que o prefixo tele significa longe. Seria, então, trabalho remoto. Porém, nem todo trabalho feito em casa é teletrabalho, como, por exemplo, o alfaiate que, após fazer todas as peças em domicílio, as leva para que o seu patrão as venda na alfaiataria. Os recursos tecnológicos são elementos imprescindíveis para a sua configuração, pois, conforme leciona Oliveira (1996, p. 30), fazem parte do ciclo dessa forma de trabalhar:

O ciclo do teletrabalho consiste basicamente em receber, tratar e reenviar a informação - é realizável através de um sistema tecnológico integrado, devido à combinação de instrumentos de hardware e software. Para a transmissão da informação utiliza-se: telefone, sistema de comutação, interface e protocolo de comunicação ou rede de transmissão pública/privada. Para o tratamento da informação: videoterminal, computador e software. Para o armazenamento de informação: suporte magnético, memória de massa, software para gerenciamento de arquivo e banco de dados.

Esse ciclo mostra como funciona o teletrabalho, deixando claro que sem o uso da tecnologia é impossível fazer o que Jack Nilles (PINTO, 1994) preconizou, ou seja, levar o trabalho ao trabalhador. O conceito é tão intrínseco aos meios tecnológicos, que atualmente, com o advento do prefixo “e”, além de *e-mail*, *e-waste*, *e-business*, *e-commerce*, surgiu, nos Estados Unidos da América, a expressão *e-work*, com os *e-workers* ou *e-employees*. Seria, assim, o chamado trabalhador eletrônico, que deixou de ser utopia da década de 70, do século XX, quando a internet sequer era popularizada, para se tornar um fenômeno crescente. Hoje, no Brasil são 74 milhões de internautas (IGD-NOW, 2011), em que 10 milhões são *e-workers* ou e-trabalhadores.

Na doutrina brasileira, apesar da matéria ser pouco estudada, é possível extrair alguns conceitos, sendo um deles o de Castro (2007, p.10), que entende que o “teletrabalho será a mais expressiva entre todas as formas de trabalho no decorrer do século XXI, concentrando na denominada sociedade de informação, tendo, conseqüentemente um elevado número de trabalhadores”. Ademais, ele conceitua este instituto como “a forma de organização e exercício do trabalho executado obrigatoriamente com a utilização intensiva das novas tecnologias de informação e comunicação, cujo resultado se produz à distância de onde o serviço ou o bem é entregue.”

Nessa linha de raciocínio, Hoffman (2008, p. 8), traz a seguinte definição:

O teletrabalho pode ser conceituado como a modalidade de prestação de serviços por meio da qual o trabalhador, conectado direta ou indiretamente com o seu empregador através de instrumentos de trabalho que permitem a transmissão de dados, textos, sons e imagens, presta-lhe serviços a partir do seu próprio domicílio ou de

qualquer outro local que não o posto de trabalho tradicional.

Dessas definições, é possível observar que o teletrabalho tem três elementos principais, a saber: a questão tecnológica, já discutida; a organização do trabalho, em que inexistente jornada quantitativa, sendo o labor mais relacionado à produtividade, e não ao número de horas trabalhadas; e o elemento geográfico, que é imanente ao próprio nome do labor, que significa a deslocalização do trabalhador, ou seja, o patrão se encontra distante do local da prestação das atividades laborais.

Na mesma ordem de ideias, a doutrina estrangeira não diverge muito da nacional. Para De Masi (2000, p. 204), teletrabalho é “aquele realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central e através do uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação.” Já nas lições portuguesas da doutrinadora Redinha (1999, *apud* NASCIMENTO, 2003, p. 131), teletrabalho é definido como “modalidade de trabalho desenvolvido num local situado fora das instalações centrais da empresa, através da utilização de meios informático e ou telemáticos que permitam, simultaneamente, a separação geográfica e a comunicação.”.

Poucas são as diferenças entre as definições. Todas entendem que o teletrabalho não é essencialmente feito em casa, que é indispensável o uso da tecnologia e que o indivíduo não necessita se deslocar até ao seu empregador.

Desse modo, estabelecidos os pontos centrais para a configuração e delimitação do trabalho eletrônico, faz-se necessário, por conseguinte, discutir quais são as vantagens e desvantagens dessa nova modalidade, para, logo em seguida, saber-se qual a sua natureza/qualificação jurídica.

### **3.1.1 Aspectos positivos do teletrabalho**

O teletrabalho, além de inovador, foi criado para frear a dependência aos combustíveis fósseis, que, além de serem poluentes, são esgotáveis. Mas a causa ambiental fora só o pretexto. Logo o homem viu que poderia tirar outros proveitos dessa situação, principalmente os patrões, que vislumbraram nova forma de reduzir custos e aumentar lucros.

Dentro desse contexto, do lado patronal, o teletrabalho traz vantagens como: redução de custos com transporte, alimentação, energia, pessoal, instalações e atividades administrativas dentro do ambiente de trabalho; flexibilização da organização interna, já que, com poucas pessoas dentro da empresa, é mais fácil organizar o serviço; e maior eficiência e melhores resultados, pois, sem o caminho entre o trabalho e sua casa, o trabalhador terá mais tempo para produzir;

No que tange ao trabalhador, os benefícios são diversos, proporcionando-lhe mais qualidade de vida e tempo livre com a família. Ao trabalhar em casa, o indivíduo ficará menos estressado, pois

não perderá tempo se deslocando para o trabalho, evitando-se, com isso, o trânsito caótico, seja dirigindo ou através do transporte público. Haverá, igualmente, conciliação dos afazeres profissionais com os domésticos, permitindo-se maior contato com os parentes. Além desses pontos, segundo ensina Jardim (2003, p.35), têm-se ainda as seguintes vantagens:

a) o aumento de seu tempo livre, devido à diminuição do tempo gasto com o trajeto casa-empresa/empresa-casa; b) a flexibilidade na organização do tempo de trabalho, que respeitará o biorritmo do trabalhador; c) a flexibilidade no local de trabalho; d) a redução de custos com transportes e combustíveis; e) a ampliação de seu tempo de convivência com amigos, familiares e comunidade onde vive; f) mais oportunidades de trabalho para portadores de deficiência física; g) integração de portadores de imunodeficiência e enfermidades infectocontagiosas, pessoas que habitualmente sofrem grandes discriminações em seus locais de trabalho; h) maiores possibilidades de inclusão no mercado de trabalho, de mulheres, de trabalhadores que precisam cuidar de filhos, de pessoas doentes ou de pessoas que estejam sob seus cuidados.

Dos benefícios elencados pela citada autora, infere-se que a lógica do teletrabalho é totalmente inversa à forma usual e comum de se laborar. Esses pontos positivos dificilmente são encontrados em outros ramos trabalhistas, o que mostra que é uma ótima opção de labor, mormente quando hoje se discutem políticas de melhorias da saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho. Ressaltando-se, também, que é forma de inclusão social de inúmeras pessoas. Os preconceitos com a aparência que afastam muitas pessoas dos postos de trabalho serão rechaçados. A qualidade técnica do indivíduo, ou seja, se ele sabe manejar a máquina e produzir o que se espera, será o fato importante para a contratação.

### **3.1.2 Aspectos negativos do teletrabalho**

No teletrabalho o lado negro também se encontra presente. Argumenta-se que está havendo a virtualização das relações, o que traz a solidão para o trabalhador, principalmente para aquelas pessoas mais afetivas e que gostam de auxílios na hora de trabalhar. A falta de convívio social poderá levá-lo à depressão e a outras doenças emocionais. Pode acontecer a confusão entre problemas profissionais e domésticos, desconcentrando o trabalhador.

Outro ponto negativo é que em um país como o Brasil, apesar do número elevado de internautas, existe o fenômeno da exclusão digital, em que milhares de pessoas ainda são “*teleanalfabetas*”, ou seja, não possuem as noções mínimas de informática. À medida que o teletrabalho avançar, essas pessoas ficarão fora do mercado, sendo, por conseguinte, forma de exclusão. Chega, inclusive, a ser contraditório; de um lado, busca-se inserir pessoas; do outro, exclui-se por não serem oferecidos meios de capacitação.

Quanto ao empresariado, os aspectos negativos são poucos, mas que interferem incisivamente na temática central deste trabalho, pois a crítica gira em torno da flexibilização e da organização do teletrabalho. Diante da falta de contato físico, questiona-se até aonde vai o poder patronal e como vai ser feita a fiscalização e orientação dos trabalhadores. Esses são os pontos fundamentais para se saber qual é a natureza jurídica do teletrabalho, ou seja, se ele é autônomo, parassubordinado ou subordinado.

Não é apenas uma questão acadêmica; ela é relevante para o deslinde de litígios trabalhistas. De acordo com a natureza do labor, haverá a configuração de uma relação de emprego, agasalhando o trabalhador com inúmeros direitos, ou, caso contrário, mormente à distância, apenas de uma relação de trabalho autônomo, deixando o cidadão, apesar dos serviços prestados, sem as garantias estendidas aos seus colegas considerados empregados.

#### 4 QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO E-TRABALHADOR

Como atualmente a figura do teletrabalhador é indissociável da internet, a natureza jurídica desse novo labor tornou-se controvertida. Por ser o ambiente virtual propício para o anonimato, ao descontrole e a falta de fiscalização, ficou cada vez mais difícil extrair a existência da subordinação na relação de trabalho digital. A liberdade que consagrou o mundo digital interfere diretamente na relação de trabalho, modificando-a severamente, o que pode, ao contrário do que é sustentado pelos detentores de capital, provocar sérios prejuízos aos teletrabalhadores. Acontecerá a divisão dos trabalhadores, consoante as modernas palavras de Hoffman (2008, p. 26), em *insiders*, que são guardados pela legislação trabalhista, e *outsiders*, que são marginalizados pelo direito:

A primeira questão que se coloca é a de saber se todos os teletrabalhadores podem se considerar dentre os chamados “*happy fews*”, ou seja, dentre aqueles, segundo certo setor da doutrina, que ainda desfrutam de um estatuto protetivo regulado pelo Direito do Trabalho. Ou seja, torna-se necessário identificar dentre eles quais são os “*insiders*” e quais são os “*outsiders*” (para se usar outras expressões em voga), lançando-se, desde já, a premissa segundo a qual o teletrabalho, genericamente considerado, não é uma nova modalidade contratual surgida para figurar ao lado das tradicionais categorias de trabalho, como o subordinado ou o autônomo, e ser regulada por outra disciplina que não o Direito do Trabalho.

De acordo com os ensinamentos do citado autor, vê-se que os problemas ultrapassam a barreira acadêmica, interferindo na seara jurídica e econômica, uma vez que o interesse do empresariado é desconfigurar relação de emprego, eximindo-se das obrigações trabalhistas; por outro lado, diante do atraso da legislação laboral brasileira, os autônomos não possuem bônus, mas só ônus; por isso, os teletrabalhadores desejam ser subordinados.

A subordinação, que é elemento imprescindível para a configuração da relação de emprego,

refere-se ao estado de dependência e obediência que o empregado tem perante o seu empregador. Para Barros (2008, p. 241) essa subordinação é pessoal, técnica e econômica:

Encarada sob prisma subjetivo, a subordinação apresenta três aspectos: pessoal, técnico e econômico. Quando o empregado está sujeito a controle de horário e acata as ordens recebidas, ele subordina-se pessoalmente ao empregador; quando atende às regras de execução, aflora a subordinação técnica; e quando seu orçamento familiar e seu patrimônio são constituídos basicamente do salário que recebe do empregador, fica patente a subordinação econômica.

Ao lado desses critérios subjetivos esposados por Barros (2008, p.241), tem-se, ainda, o que se chama de conceito objetivo, que é o liame entre o empregado e o empregador. Trata-se do elo jurídico entre eles, ou seja, do contrato que é pactuado para regular a relação que está se formando. Nele estarão definidos quais são os direitos e obrigações do trabalhador, disposições estas que deverão ser observados fielmente pelos contratantes. A CLT considera, em seus artigos segundo e terceiro, esse critério objetivo como de fundamental importância.

Quando os critérios objetivos e subjetivos se conjugam, diz-se que o trabalhador é subordinado ao seu patrão, configurando-se, por conseguinte, uma relação de emprego, mas isso somente na forma tradicional de trabalho. Todavia, no trabalho digital é complicado reunir esses requisitos, como, por exemplo, na atividade desenvolvida por um *web designer*, profissional responsável por elaborar e fazer a manutenção de um sítio eletrônico. Todo o seu labor é feito *online*, sem qualquer subordinação técnica. É ele quem possui os conhecimentos indispensáveis para manter/gerir o site. Ele não tem horário pois, desde que tenha conexão à internet, poderá trabalhar em qualquer canto e a qualquer momento. Vive-se a liberdade espacial e temporal. A subordinação pessoal é a mínima, recebendo-se apenas as ordens do que deve ser inserido e modificado no site.

Resta-se, na verdade, apenas a dependência econômica. A remuneração paga pelo serviço prestado acaba sendo o laço mais forte entre o trabalhador digital e o seu patrão. Contudo, mesmo sendo fraca a ligação, como no Brasil é adotada a teoria da subordinação jurídica, a figura do contrato é que vai definir a relação existente, em que pese haver a subordinação indireta no teletrabalho.

Nessa senda, a subordinação jurídica somente ocorre nos teletrabalhos tradicionais, como nos *call-centers* que funcionam em telecentros. Aí os labores são em massa, e, mesmo distante da figura do empregador, configura-se, igualmente, como relação de emprego, garantindo-se, assim, aos seus integrantes a aplicação das leis trabalhista, conforme lembra Guilay (2005, p. 48), “*en los casos en que un teletrabajador sea claramente un trabajador asalariado, estará protegido por las disposiciones del Estatuto de los trabajadores como cualquier otro trabajador asalariado.*”

Todavia, segundo exposto, o teletrabalho, com a revolução tecnológica e a popularização do

computador, expandiu-se, sendo inerente às atividades online, em que, para trabalhar, o indivíduo só precisa de uma conexão à internet. Em tais atividades, às vezes, fica difícil encontrar a subordinação, pois mais se parecem com relações civis, consubstanciando-se em trabalho autônomo.

A inexistência de subordinação ocorre porque, em virtude da maioria dos e-trabalhadores ser formada por jovens da geração y, que são aqueles que nasceram a partir da década de oitenta, acabou se adotando o sistema de *freelancer* virtual, em que as pessoas trabalham com materiais tecnológicos próprios e sem se fixarem aos padrões. O sujeito usa o seu próprio computador, custeia o seu acesso à internet e labora em local pessoal, em que o resultado produzido é imaterial e enviado ao destinatário. Isso se parece mais com relação de consumo, tendo como objeto o serviço fornecido por um empresário individual.

Tal situação pode até parecer estranha e somente acontecer em casos esparsos, mas, na verdade, trata-se de forma crescente de trabalho virtual. Indivíduos que trabalham com tecnologia de informação e *web design*, por mais capacitados que sejam e independentemente da inexistência de subordinação técnica, pessoal e jurídica, são dependentes economicamente de um ou alguns tomadores de serviços, que são seus “patrões” usuais, já que estes usufruem rotineiramente das atividades prestadas.

O analista de suporte que faz a manutenção quase que diária dos sites de determinada empresa, apesar de ser “independente” e autônomo, é dependente econômico do tomador dos seus serviços, eis que a maioria dos seus proventos advém de determinada pessoa. Desse modo, como só está presente um elemento subjetivo, inexistindo vínculo jurídico-laboral, mas relação civil, está-se diante de uma relação de trabalho virtual, sendo um polo formado pelo teletrabalhador autônomo e o outro pelo tomador de serviços.

Ocorre que estes teletrabalhadores autônomos não são iguais aos trabalhadores independentes, como advogados e médicos. Eles são mais parecidos com o artífice e o pedreiro que laboram de forma autônoma, não recebendo vultosas recompensas pelos serviços prestados. Ou seja, na prática são empregados, mas na teoria são trabalhadores, logo, elementos distintos, pois todo empregado é trabalhador, mas a recíproca não é verdadeira.

Os teletrabalhadores cumprem jornadas diárias e produzem para o patrão, porém, ao contrário dos empregados, recebem apenas uma contraprestação pelo serviço fornecido, não se beneficiando dos direitos trabalhistas, como férias, décimo terceiro, descanso semanal remunerado, horas extras etc.

Esses trabalhadores possuem escassas proteções. A maioria daqueles direitos consagrados no artigo sétimo da CF/88 não foi estendida a tal categoria. No intuito de não beneficiar uma classe, que até então era formada por profissionais admirados pela sociedade, como advogados, arquitetos, engenheiros e médicos, o legislador acabou, posteriormente, prejudicando diversos outros trabalha-

dores, principalmente os filhos da revolução tecnológica, os e-trabalhadores autônomos, que muito dificilmente conseguirão destaque como os tradicionais autônomos, sofrendo, assim, nas mãos do empresariado.

Diante dessa realidade, formou-se uma nova classe de trabalhadores eletrônicos, ou seja, aqueles que são autônomos, no que se refere à organização e execução do serviço, mas dependentes economicamente dos tomadores. Como essa dependência é a mais importante, visto que é dela que o trabalhador aufere a renda necessária para sobreviver, faz-se necessário que o direito busque regulá-la, sob pena de se criar uma classe marginalizada e esquecida pela próprio ordenamento jurídico. A existência de subordinação jurídica não pode ser elemento imprescindível para a guarida estatal. Como a função do Direito do Trabalho é proteger os trabalhadores, é iníquo excluir os autônomos. Sobre isso, comenta Lenuzza (2007, p. 66):

Se a subordinação e o trabalho permanente não podem mais constituir pressupostos da incidência do Direito do Trabalho, mas apenas interferir no grau de tutela oferecida ao trabalhador, a ampliação dos limites do Direito do Trabalho, para alcançar formas atípicas, propicia a expansão da disciplina e atende à sua concepção como instrumento de regulação do mercado de trabalho. Sendo o teletrabalho uma dessas novas formas atípicas, cabe o exame da forma de subordinação aí encontrada. O domínio da tecnologia influencia a relação individual do trabalho, fazendo com que a subordinação jurídica sofra certa gradação com diferentes intensidades, que redundam em “subordinações” diversas. A utilização da microeletrônica ou de sistemas informáticos pode reduzir, transfigurar e até eliminar a dependência do empregado (isso ocorre também sem a microeletrônica em certas atividades, por exemplo, de caixeiro-viajante a ordens diretas do empregador.

Mesmo diante dessa necessidade premente, o legislador brasileiro ainda não fez nada para mudar a situação. Já em outros ordenamentos, a situação é totalmente distinta, principalmente nos países que compõem a União Europeia, como Portugal, Espanha e Itália, que são Estados que disciplinaram a figura do trabalhador autônomo, dando-se guarida, por conseguinte, aos teletrabalhadores, pois fora criado um meio-termo entre autonomia e subordinação. Segundo Supiot (1999, p. 48), os europeus não querem excluir os autônomos, *“La tendencia general en la jurisprudencia, al menos estos últimos años, há sido evitar que la autonomía de que gozan algunos trabajadores en la ejecución de su trabajo permita excluirlos del campo de aplicación del derecho del trabajo.”*

Viu-se, na Europa, que se pautar uma relação de emprego apenas com base em argumentos jurídicos seria ineficaz, sendo este o fundamento para a regularização do trabalho autônomo. A existência do uso da mão de obra e da dependência econômica são os fatos que importam. Se alguém trabalha e outro paga por este labor, existe, consecutivamente, relação de trabalho, independentemente da qualificação jurídica que é dada, ou seja, se é prestador de serviço, empregado, trabalhador ou se é tomador de serviço, empregador, patrão etc.

Em escólio semelhante, o juslaboralista Nunes (2009, p. 135), ao estudar os trabalhadores

autônomos, deixa claro que é preciso uma espécie de garantismo trabalhista:

Tal formato vem denunciar que o acervo normativo do Direito do Trabalho e a disciplina do contrato de trabalho merecem uma nova razão de existir, que é, concretamente, o reconhecimento de que o trabalho humano em geral demanda tutela trabalhista, não obstante sob configurações que não se podem desprender integralmente de seu campo de abrangência. É dizer que o trabalho autônomo, por exemplo, deve integrar não a disciplina civilista ocorrente nos dias de hoje, mas melhor estará instalado num contexto jurídico-legal trabalhista específico, dadas as suas peculiaridades em relação ao conjunto de outros trabalhadores igualmente merecedores de regulação específica.

Existindo a relação de trabalho digital ou virtual, o Estado não pode se mostrar ausente, devendo acobertar todos esses novos trabalhadores, assim como fora feito nas legislações estrangeiras que serão analisadas a seguir.

## **5 E-TRABALHADOR ECONOMICAMENTE DEPENDENTE**

A dificuldade em definir se o trabalhador é autônomo ou subordinado fez com que o direito do trabalho entrasse em crise. Aquilo que fora feito para proteger estava desprotegendo. Nessa toada, os europeus começaram a se preocupar com a situação. Como o direito não estava tendo nenhuma efetividade, criou-se, então, nos dizeres de Ramalho (2005, p. 304), uma figura híbrida, permeando entre o autônomo e o subordinado:

Os trabalhadores equiparados correspondem a uma categoria híbrida, cujos contornos foram objeto de apuramento doutrinal. Em termos sintéticos, trata-se de trabalhadores formal e juridicamente independentes do credor da respectiva prestação laborativa, mas economicamente dependentes desse credor, porque para ele trabalham em exclusividade ou dele recebem a matéria-prima com que realizam a prestação, voltando a remeter-lhe o produto final. A complexidade da situação destes trabalhadores decorre do fato de neles concorrer a qualificação jurídica como trabalhadores autônomos (pela falta de subordinação jurídica perante o credor da prestação) com a situação de dependência econômica perante o credor, que justifica a sua tutela em moldes de que a generalidade dos trabalhadores autônomos não carece. Por esta razão, a doutrina refere-se a estas situações como situações de parassubordinação e, de um modo geral, os sistemas juslaborais são sensíveis a estas situações, sujeitando-as a um regime especial de alguma proteção.

Pela interpretação das palavras da justtrabalhista portuguesa, observa-se que o novo trabalhador não é autônomo, nem subordinado, encontrando-se em zona cinzenta, já que, segundo Castro (2007, p.29), é caracterizado pela ausência de subordinação, pela prestação predominantemente pessoal, pela inexistência de poder diretivo e disciplinar do empregador, pela não eventualidade, pela onerosidade, pois há a contraprestação pelos serviços feitos, pela colaboração coordenada, em que a atividade é elaborada conjuntamente pelos dois polos da relação e, por fim, pela dependência eco-



nômica, que, ainda nos ensinamentos de Castro (2007, p.30), para que aconteça, faz-se indispensável que “o tomador tome todo o tempo do trabalhador e que lhe assegure um mercado permanente para os produtos do seu trabalho, de tal forma que o laborista não tenha necessidade, nem possibilidade, de oferecer os seus serviços a outros tomadores.”

Esses elementos mencionados pelo autor fizeram com que países como Itália e Espanha adotassem normas protetivas aos trabalhadores autônomos. Na Itália, na década de 70, a partir da Lei 533 (Código de Processo Civil Italiano), foi criada a figura do parassubordinado, que, segundo Tarzia (1987, *apud* SILVA, 2005, p. 232), veio para “englobar relações de trabalho que, embora se desenvolvam com independência e sem a direção do destinatário dos serviços, se inserem na organização deste.”

Nascimento (2003, p. 413), ao estudar esse instituto italiano, define-o como:

[...] categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situam, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assemelháveis ao trabalho subordinado.

Desses conceitos, pode-se inferir que a institucionalização dos parassubordinados foi importantíssima para dar garantias aos autônomos italianos, pois foi só a partir dessa legislação que a eles foram estendidos os direitos trabalhistas.

Ao lado desse conceito de parassubordinado, na Espanha, o trabalho autônomo foi regulamentado, criando-se, através de norma específica (Lei nº 20/2007 - *Estatuto del Trabajo Autónomo*), a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente, mais conhecidos como TAED. Essa norma foi a primeira que disciplinou este método de labor, pois entendeu que os autônomos já não são os mesmos, consoante se depreende do preâmbulo da citada norma:

*En la actualidad la situación es diferente, pues el trabajo autónomo prolifera en países de elevado nivel de renta, en actividades de alto valor añadido, como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones, y constituye una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie.* (ESPAÑA, 2007, p. 1)

Essa lei regula o trabalho autônomo, conceituando-o no artigo primeiro. Entretanto, o mais importante está no capítulo terceiro, quando surge a definição de trabalhador autônomo economicamente dependente, elemento fundamental para a temática da presente discussão. Nesse contexto, estabelece o artigo 11 da Lei nº. 20/2007:

*Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo.*

*1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.*(ESPAÑA, 2007, p. 8)

A lei define trabalhador autônomo economicamente dependente como aquele indivíduo que, apesar de trabalhar de forma independente, profissional, por conta própria e assumindo os riscos da atividade econômica, está “preso” a um único tomador de serviço e auferindo dele mais de 75% (setenta e cinco por cento) dos seus ordenados como autônomo. Ou seja, mesmo sendo caracterizado como autônomo, o trabalhador tem praticamente apenas uma fonte de renda, mantendo quase uma relação de emprego disfarçada em autonomia.

Todavia, para ser um TAED, o indivíduo tem que preencher os requisitos estabelecidos no apartado dois do artigo 11. De acordo com esse dispositivo, o trabalhador deve ter infraestrutura e materiais próprios, exercer a sua função com organização própria, não fazer subcontratações, não executar a sua atividade de maneira não diferenciada em relação a outros trabalhadores assalariados a serviço do mesmo cliente-empresário e, por último, deve receber contraprestação pelos labores praticados.

Preenchidos estes requisitos, o indivíduo poderá ser considerado trabalhador autônomo economicamente dependente e gozar de diversos direitos trabalhistas, como ensina Nascimento (2003, p. 1031), ao fazer estudo sobre o *Estatuto del Trabajo Autonomo*:

A Espanha decidiu legalmente atribuir a esses profissionais alguns direitos trabalhistas: a liberdade sindical ( art. 3º ) e os direitos coletivos básicos como a filiação a um sindicato empresarial da sua escolha, a fundação de entidades sindicais próprias. No plano individual assegurou-lhes: o direito ao trabalho, a liberdade de iniciativa econômica, o direito à propriedade intelectual, os direitos derivados do exercício da sua atividade profissional como a igualdade e não discriminação, o respeito à intimidade, a consideração à dignidade, o direito à formação e readaptação profissional, o direito à integridade física, a proteção adequada da segurança e saúde no trabalho, o direito de receber pontualmente o pagamento convencionado pelo seu trabalho, a proteção a vida pessoal e familiar, o direito a assistência e às prestações sociais suficientes diante de situações de necessidade, a tutela judicial efetiva dos seus direitos profissionais e o acesso aos meios extrajudiciais de solução dos conflitos.

O trabalhador autônomo economicamente dependente espanhol, bem com o parassubordinado italiano, são considerados, então, um terceiro tipo de trabalho, que é, na verdade, a junção dos pontos positivos do autônomo com os do subordinado. De um lado, têm-se a independência e o profissionalismo. Do outro, os benefícios trabalhistas e previdenciários que só eram estendidos aos que

possuíam subordinação jurídica.

Com base nessas características formadoras do terceiro gênero de trabalhador, é possível inferir que os teletrabalhadores eletrônicos, ao contrário do que fora sustentado quando começaram a surgir no mercado, não são autônomos tradicionais, mas sim parassubordinados e economicamente dependentes.

Tem-se, como exemplo mais paradigmático, a figura do e-trabalhador que é responsável por atualizar e fazer a manutenção de determinada loja virtual. Ele tem todos os fundamentos para se configurar como TAED ou parassubordinado. Inicialmente, inexistente poder direto e técnico patronal. Quem detém a capacidade de manejar os softwares é o trabalhador. Em sequência, o serviço é não eventual, pois, em virtude da sua própria natureza, que requer atualizações constantes e em períodos incertos; o trabalhador está sempre a serviço do tomador.

Por conseguinte, a natureza do serviço faz com que o e-trabalhador fique preso ao tomador de serviço, já que rotineiramente tem que atualizar o site, fato que o impede de manter relações com outras lojas virtuais. Isso faz com que o requisito da onerosidade crie a dependência econômica do indivíduo perante o tomador de serviço. Ele acaba se tornando prestador de serviço fixo, perdendo a principal característica do autônomo.

Como mantém apenas relação de prestação de serviço, sem vínculo jurídico trabalhista, mas contratação civil, o e-trabalhador, pelo menos no ordenamento jurídico nacional, tem escassas garantias trabalhistas, sofrendo duplamente. Nem o tomador de serviço lhe paga os benefícios que os outros empregados recebem, nem o Estado toma iniciativa para por fim a essa desigualdade. Nada distingue o teletrabalhador autônomo dependente do teletrabalhador empregado, sendo a diferença nos tratamentos inconstitucional, pois viola-se o princípio da igualdade que está preconizado no artigo quinto do texto constitucional brasileiro.

Essa situação se mostra cada vez mais insustentável, sobretudo porque o número de e-trabalhadores está aumentando exponencialmente, uma vez que as inovações tecnológicas são ininterruptas, necessitando-se sempre de pessoas capacitadas e especializadas para operarem essas novas formas de labor.

Porém, se o legislador continuar omissivo e não entender que os e-trabalhadores são indivíduos economicamente dependentes dos tomadores de serviços e que apenas mantêm relações de parassubordinação, haverá o retorno às situações desumanas que aconteceram no início da revolução industrial, quando fora criada, justamente através da tecnologia, a tradicional relação de emprego. Em tal período, os operários só tinham deveres e obrigações, o que resultou em lutas e mais lutas, para só, séculos depois, certos avanços serem conseguidos.

Duzentos anos depois a situação se repete. Novamente a tecnologia criou uma classe de trabalhadores, só que mais capacitada, mas, mesmo assim, explorada como outrora, já que ainda se

submetem a inúmeras horas de trabalho, a salários indignos e a marginalização pelo poder estatal, o que já é notório. Parece que o Estado ainda não percebeu que o futuro da humanidade não pode divergir das relações digitais e virtuais, sendo imprescindível a regularização dessa nova forma de trabalho, sob pena de uma classe conquistar lucros vultosos, enquanto outra continuará na precariedade.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É difícil falar em revolução tecnológica e não mencionar o surgimento de novos postos de trabalho, principalmente na época em que o grande objetivo dos governantes é reduzir o número de desempregados, retirando as pessoas da linha de pobreza. Desse modo, como a automação industrial veio para tirar o emprego dos homens e flexibilizar os direitos trabalhistas, prejudicando milhões de pessoas, pensou-se, inicialmente e de forma equivocada, que todas as novas formas de labores deveriam sofrer desse mal.

A partir dessa realidade fática, o Direito do Trabalho entrou em crise, eis que o seu fundamento estava sendo descartado, violando-se a igualdade preconizada na maioria dos textos constitucionais e nas declarações de direitos humanos. Alguns trabalhadores, no caso, os empregados, possuindo guarida estatal, e outros, os autônomos digitais, só por causa de nomenclatura jurídica e sem se levar em consideração a natureza e essência dos serviços prestados, sendo marginalizados e desprezados pelo direito.

Para conter isso, criou-se, na Europa continental, mormente nas penínsulas ibérica e itálica, um terceiro gênero de trabalhadores, que são aqueles que não são completamente autônomos, nem subordinados, encontrando-se no meio-termo e se constituindo como terceira via de trabalho. Nasceram as figuras do parassubordinado e do trabalhador autônomo economicamente dependente.

A essência desses dois institutos é justamente a dependência econômica a um único tomador de serviço, o que rotineiramente acontece com os trabalhadores digitais, estes que, ao contrário do que fora sustentado pelos empregadores, são, na verdade, indivíduos que não conseguem vultosos benefícios, sujeitando-se, quase sempre, ao poder econômico do cliente que é o principal ou único tomador de serviços, mas que está mais perto de ser patrão do que consumidor da atividade prestada.

O problema, contudo, é que esses conceitos somente existem no direito alienígena. No Brasil ainda predomina o pensamento retrógrado e dominado pela visão empresarial de que há muitos direitos trabalhistas, sendo necessário reduzi-los, algo que constantemente vem sendo tentado no Congresso Nacional.

Só que esta visão deve ser modificada, pois para que os e-trabalhadores não continuem sen-

do marginalizados, torna-se imprescindível que a legislação trabalhista brasileira sofra reformas concretas e estruturais. Mais cedo ou mais tarde, a relação de trabalho digital vai fincar totalmente as suas bases na sociedade, em que o trabalho físico se limitará a pouquíssimas atividades, não podendo ficar preso às normas consagradas na década de 40 do século passado.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2008.

CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. **As novas tecnologias e as relações de trabalho: o teletrabalho no Brasil e o direito comparado português**. Disponível em: <[http://www.amatra3.com.br/uploaded\\_files/TELETRABALHO.pdf](http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/TELETRABALHO.pdf)> Acessado em 01 de jun. 2011.

DE MASI, Domenico. **O Ócio Criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

ESPAÑA. Ley nº 20/2007, de 11 de julio, n. 166. Estatuto del trabajo autónomo. **Boletín Oficial del Estado**. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2007/07/12/pdfs/A29964-29978.pdf>> Acesso em: 18 de junho de 2011.

GUILAYN, Albert Agustinoy. Introducion al regimen jurídico de los nombres de domíni. In: POCH, Miguel Peguera. **Derecho y nuevas tecnologías**. Barcelona: Editorial UOC. 2005

HOFFMAN, Fernando. O teletrabalho e a nova competência da justiça do trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. **Revista do TRT da 9ª Região**. Curitiba, v. 30, n. 54, 2005.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O teletrabalho e suas atuais modalidades**. São Paulo: LTr, 2003.

LENUZZA, Leticia Maria Emanuelli. **Teletrabalho: a tecnologia gerando uma nova forma de trabalho**. 2007. 93f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2003.

NEVES, Ricardo Oliveira. **O novo mundo digital, você já está nele: oportunidades, ameaças e as mudanças que estamos vivendo**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2007.

NILLES, Jack M., **Fazendo do teletrabalho uma realidade**: um guia para telegerentes e teletrabalhadores. Trad.: Eduardo Pereira e Ferreira. Sao Paulo: 1997.

Número de internautas no Brasil cresce e chega a quase 74 milhões. **Idg now! tecnologia em primeiro lugar**. Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2011/03/18/numero-de-internautas-no-brasil-cresce-e-chega-a-quase-74-milhoes/>> Acessado em: 20 jun. 2011.

NUNES, Cláudio Pedrosa. . O trabalhador autônomo e a proteção trabalhista. **Revista da Esmat 13**, v. 1, 2009.

OLIVEIRA, Marta Maria Veras. **A ergonomia e o teletrabalho no domicílio**. Ago, 1996. (Dissertação de Mestrado). Universidade de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/disserta97/veras>>. Acessado em 17 de junho de 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Teletrabalho. **Revista de doutrina e jurisprudência do TRT da 16a. Região**, São Luís, v. 13, n.1, jan./dez. 1994.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**: dogmática geral, parte I. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, Otávio Pinto e. As relações de trabalho e a nova competência da justiça do trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 71, n. 2, maio/ago. 2005.

SUPIOT, Alain et al. **Trabajo y empleo. transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo, informe para la comisión europea**. Tirant to blanch. Valencia, 1999.

Teletrabalho já é uma realidade. **ADMINISTRADORES.COM.BR**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/informativo/teletrabalho-ja-e-uma-realidade/32948/>> Acesso em: 26 jun. 2011.

THIBAUT ARANDA, Javier. **El teletrabajo**: análisis jurídico-laboral. Colecciones estudios. 2 ed. actualizada. Madrid: CES, 2001.

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E O ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA (PPDs)

**Fernanda Soares Braga**

Advogada(Universidade Federal de Campina Grande) OAB/PB 14164

e-mail: [nanda83\\_braga@hotmail.com](mailto:nanda83_braga@hotmail.com)

**Francisca Nayana Dantas Duarte**

Acadêmica do curso de Direito (Faculdade Maurício de Nassau)

e-mail: [adv.franciscanayana@hotmail.com](mailto:adv.franciscanayana@hotmail.com)

**Venícia de Oliveira Nunes**

Acadêmica do curso de Direito (Faculdade Maurício de Nassau)

e-mail: [veniciaemauro@hotmail.com](mailto:veniciaemauro@hotmail.com)

## RESUMO

Ao longo dos anos, a política, em matéria de deficiência, evoluiu desde a prestação de cuidados básicos no seio de instituições até à educação de crianças com deficiências. Existem pessoas com deficiências em todas as partes do mundo e em todas as camadas sociais. O número de pessoas portadoras de deficiências (PPD's) no mundo é grande e continua a aumentar. Tanto as causas como as consequências da deficiência variam de uma parte para outra do mundo. Essas variações são resultado de diferentes condicionalismos socioeconômicos e de diversas medidas adotadas pelos Estados em prol do bem-estar dos seus cidadãos. Assim dispõe o caput do art. 5º da nossa Constituição, de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade. Necessariamente, para alcançar o objetivo de proporcionar aos deficientes o acesso aos cargos e empregos públicos e privados, é necessário que o Estado-legislador adote medidas niveladoras, a fim de remover os obstáculos que se opõem ao livre desenvolvimento da personalidade dessas pessoas, assim como dos demais membros das classes sociais desfavorecidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** PPD's. Princípio Constitucional da Igualdade. Mercado de Trabalho. Cidadania.

## ABSTRACT

Over the years disability policy developed from providing basic care within institutions to the education of children with disabilities. There are people with disabilities in all parts of the world and all walks of life. The number of people with disabilities (PPD's) in the world is large and continues to increase. Both the causes and consequences of disability vary from one part to another world. These variations are the result of different socio-economic constraints and various measures taken by States for the well-being of its citizens. So has the chapeau of Art. 5 of our Constitution, 1988: All are equal before the law, without distinction whatsoever, guaranteeing Brazilians and foreigners residing in the country the inviolable right to life, equality, safety and property. Necessary to achieve the goal of providing disabled access to offices and public and private jobs, it is necessary that the State legislature to adopt measures graders in order to remove the obstacles that oppose the free development of personality of these people, as well as other members of disadvantaged social classes.

**KEYWORDS:** PPDs. Constitutional Principle of Equality. Job Market. Citizenship.

## 1 INTRODUÇÃO

O Princípio Constitucional da Igualdade pretende a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou poder econômico, fornecendo o direito de todos ao acesso às funções públicas, abolindo-se os títulos e privilégios hereditários. Tal discussão tem sido bastante reiterada, perpassando diversos momentos históricos, uma vez que a sua construção decorre da essência da existência humana e também da vida em sociedade.

As conquistas alcançadas a partir da Revolução Francesa de 1789 possibilitaram a consolidação da concepção de cidadania de maneira mais efetiva. Porém, não foi o bastante, pois se constatou que a mera declaração formal das liberdades nos documentos e nas legislações desfazia-se frente à implacável exclusão econômica da maioria da população. Atrelada à legalidade, a igualdade introduziu-se como guardião de um Estado Social, devendo ser considerada não como igualdade absoluta, mas sim, como um critério igualitário proporcional, que varia de acordo com as exigências do ser humano.

Foi, então, no século XIX que se buscou a implementação dos direitos sociais com ações estatais que compensassem àquelas desigualdades, municiando os que se encontravam em uma situação jurídica desfavorável, através de direitos implantados e construídos de forma coletiva, em prol da saúde, educação, moradia e trabalho. Destarte, a história constitucional brasileira apenas foi pulverizada formalmente com a essência dos direitos sociais através da Constituição de 1934, tendo o postulado da igualdade estabelecido a proteção de brasileiros e estrangeiros em relação à inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade, fazendo-se ressalva à igualdade formal ao proibir privilégios e distinções.

Hodiernamente, a vigente Carta Magna de 1988, recuperou as diretrizes democráticas dos textos de 1934 e de 1946, ampliando os direitos sociais e as atribuições do Poder Público com mecanismos garantidores de uma igualdade não só adstrita à legalidade, mas também direcionadora de critérios materiais aos hipossuficientes. O legislador visou garantir um direito fundamental do indivíduo, esculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que é o da igualdade entre os homens. A base do princípio é que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"(BRASIL, 2009, p.15). Assim, devem-se igualar os desiguais levando em conta suas diferenças. Não é tão difícil perceber que não pode, a legislação processual, tratar de modo invariavelmente igual os litigantes, desconsiderando as distintas condições de cada um deles. É nesse cenário que se inserem as ações afirmativas, entendidas como um conjunto de medidas legais e de políticas públicas ou privadas, detentoras de caráter temporário, que objetivam eliminar as diversas modalidades de discriminação, limitadoras das oportunidades de determinados grupos sociais, sejam negros, mulheres, pessoas com deficiência, dentre outros, visando equipá-los a



grupos que servem de padrão de referência.

Outrossim, a exclusão das pessoas com deficiência, a pressão organizada desse grupo, ao evidenciar injustiças, impulsionaram políticas públicas compensatórias, especialmente aquelas de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Dessa forma, nas décadas de 1960 e 1970, no Brasil, adotaram-se cotas rígidas, obrigatórias, que vieram a compor o mercado de trabalho e outros setores da vida social, constituindo um quadro mais representativo dos direitos dessas pessoas.

Esse contexto foi mais bem democratizado com o dispositivo 93 da Lei n. 8.213/91, que regulamentou para empresas que operem com 100 (cem) ou mais empregados o percentual de 2% a 5% de contratação obrigatória de pessoas com deficiência habilitadas, ou reabilitadas. Trata-se, assim, da combinação de esforços entre Estado e sociedade civil, buscando-se a efetividade na compensação social em favor dos hipossuficientes.

Ademais, percebe-se que a efetivação dos direitos humanos fundamentais, inclusive os sociais, não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas também, jurídica, que tem ainda como fundamento os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Atualmente, vigora inclusive a “Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009). Por meio desse diploma teve-se a primeira Convenção de Direitos Humanos com patamar constitucional no Brasil, tendo por propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas com deficiência e gerar o respeito pela sua dignidade inerente.

Portanto, em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade e as políticas afirmativas adotadas pelo sistema jurídico nacional, a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente após a ratificação dos principais tratados internacionais que adotam a vertente punitivo – repressiva vinculada à vertente promocional, é que se proíbe qualquer discriminação nas relações de trabalho, permitindo-se a representatividade dessa minoria social nas empresas, o que versaremos adiante.

## **2 PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA (PPDs): aspectos relevantes.**

Com fulcro na OMS – Organização Mundial da Saúde, cerca de 10% da população mundial (perto de 600 milhões de pessoas) são portadoras de algum tipo de deficiência. Estima-se que a distribuição deste percentual de PPDs (pessoas portadoras de deficiência) em nível médio mundial, seja de 5% com deficiência mental, 2% com deficiência física, 1,5% com deficiência auditiva, 1% com deficiência múltipla e 0,5% com deficiência visual. Nos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, esse número pode chegar a 20% da população, onde somente 1 a 2% destas pessoas tem algum tipo de serviço de assistência, readaptação, acompanhamento clínico /

psicológico, inclusão no trabalho, etc.

Trata-se de 16 milhões de pessoas com necessidades e direitos iguais a qualquer outro cidadão. Observa-se que 70% que destes 16 milhões são portadores de deficiência considerada leve, ou seja, com total capacidade para o trabalho. Sem entrar em detalhes dos vários "direitos" (saúde, transporte, acessibilidade, etc.) o direito ao trabalho tem sido muito discutido, legislado e documentado com muita ênfase nos seus vários segmentos.

Várias denominações foram utilizadas, no decorrer da história, para designar os portadores de deficiência. Assim, antes de iniciarmos nossa investigação propriamente dita, necessário se faz analisar o tratamento semântico que vem sendo dado à questão, bem como suas implicações sociais. Notamos que, em razão dessa diversidade, os doutrinadores em geral têm se preocupado em estabelecer uma terminologia adequada e uma definição única do que venha a ser uma pessoa portadora de deficiência.

Como em quase tudo, a desinformação é uma das causas da exclusão social destas pessoas no nosso dia a dia. A começar pela palavra DEFICIÊNCIA, que no dicionário Michaelis (1998, p. 232) quer dizer: “falta; lacuna; imperfeição; insuficiência”, o que conseqüentemente leva a definir que o DEFICIENTE é aquele que: “tem deficiência; é falho; é imperfeito”, segundo o mesmo dicionário. Sem dúvida nenhuma, rotular a pessoa portadora de deficiência como algo imperfeito, falho, e sabe-se lá o que mais, só poderia aumentar a distância entre os ditos "normais", e o deficiente.

### **3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

Parafraseando Ruy Barbosa, a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Para o jurista, tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os direitos das PPDs estão previstos nos artigos 1º, III, da Constituição, que trata da Dignidade da Pessoa Humana; no artigo 227, III, que trata da integração social do adolescente portador de deficiência, e de seu parágrafo 2º, que transfere à lei o dever de dispor acerca de normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado àqueles.

Para as pessoas com deficiência, a Constituição Federal - CF proíbe a discriminação em ambiente de trabalho, garante saúde, proteção e integração social, reserva cotas em empregos públicos e prevê salário mínimo mensal aos que comprovem insuficiência de renda. No caso da criança com deficiência, a CF garante o acesso à educação na rede regular de ensino, na forma do atendimento especializado. Leis como a 10.098/00, sobre a autonomia para pessoas com deficiência

e critérios para a acessibilidade, e o Decreto 5296/04, sobre prazos para a inclusão dessas pessoas, ajudam a formar um vasto compêndio de proteção à pessoa com deficiência. Tais direitos decorrem de alguns princípios consagrados na Constituição. Estão entre os objetivos da República Federativa do Brasil, expostos no artigo 3º da Lei Maior, em seus incisos I, III e IV, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum, livre de qualquer forma de discriminação.

Decorrem, também, do princípio de igualdade (art.5º, inciso I), pois é fundamental tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais. De mesma importância são os princípios da assistência social e o da promoção da integração de pessoas com deficiência à vida comunitária (art. 203, IV), bem como os da livre locomoção (art. 5º, XV) e do atendimento aos ditames da ordem econômica (art.170, VII).

Acima de tudo, a igualdade constitucional aplica-se flagrantemente ao tema em estudo, ao considerarmos que o direito à liberdade - no qual se inserem os de ir e vir e o de acesso aos recursos naturais e sociais - é um dos ditos direitos fundamentais, sendo essencial, para sua fruição, o acesso à locomoção, constituindo-se, o transporte coletivo, em ferramenta primordial a sua viabilidade.

A CF (1988) ainda instituiu o Estado Democrático de Direito, ampliou os processos de ratificação de mecanismos nacionais para a proteção dos direitos humanos como o estabelecido na Lei 8.213/91. Configurada como política afirmativa, sua introdução representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que, em nome da suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, feição física. Esta nova postura democratizadora, passou a considerar tais fatores ao instituir reservas de vagas de trabalho às pessoas com deficiência no setor privado.

Coaduna-se com essa ordem o desiderato de que a discriminação, que inegavelmente tem um fundamento histórico e cultural, e não raramente se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais. Além do ideal presente de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria com as políticas afirmativas, a implantação de certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada. Parte-se da premissa de que as pessoas com deficiência normalmente não são representados em certas áreas ou são sub-rogados em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho.

Contudo, embora haja garantias através da Lei 8.213/91, só recentemente vem sendo tomadas ações para implementá-las. Segundo tal legislação, empresas que possuem de 100 a 200 empregados devem garantir de 2% a 5% de vagas para pessoas com deficiência. Há, porém, questionamentos sobre se essas referências ainda correspondem ao contexto relativo ao mercado de

trabalho e à realidade das pessoas com deficiência.

Nesse sentido, exsurge a problemática da pesquisa:

O regramento da Lei n. 8.213/91, que trata do disciplinamento das cotas de vagas de trabalho no setor privado para pessoa com deficiência, é suficiente para viabilizar a implementação do princípio da igualdade material, no que tange ao acesso ao mercado de trabalho?

O problema admite hipóteses prévias. Primeiramente, é preciso que seja implementado o modelo de inclusão como paradigma a ser tomado na efetivação de direitos. Não se admite mais a concepção de que são apenas as pessoas com deficiência que devem se adaptar à sociedade para terem os seus direitos garantidos, cabe à sociedade adequar-se a todos os tipos de diversidades que lhe são inerentes. Aferir-se ainda, como forma de se atingir a igualdade, a necessidade de políticas públicas relacionadas às mais diversas áreas. É importante lembrar que tais políticas devem apontar para ações governamentais realizadas de forma integrada e coordenada em nível municipal, estadual e federal.

Com a consagração e a universalização do Direito do Trabalho, dentro do Estado Social de Direito, o Princípio Constitucional da Igualdade teve fortes reflexos nas relações trabalhistas, com o objetivo de impedir a discriminação decorrente de uma variedade de fatores, seja no tocante a salários, seja nos critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

O Estado Social de Direito, também designado de Estado de Bem-Estar Social, Estado Providência, Estado de Direito Material ou *Welfare State* representou o resultado dessa longa transformação das disfunções sociais e econômicas por que passou o antigo Estado Liberal clássico dos burgueses e a conseqüente adaptação da sociedade industrial e pré-industrial a uma nova realidade trazida ao fim da Segunda Guerra.

Nesse contexto, Bonavides (2002, p. 431) ressalta a transformação da postura adotada pelo Estado:

De fato, na medida em que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, termina por enfraquecer este, passando ele a ser, como pretendia Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, ou mitigador de conflitos sociais e, ao mesmo tempo, pacificador indispensável entre o trabalho e o capital. Foi nesse momento, em que se buscou superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social – que ocorre sob distintos regimes políticos – que aconteceu uma importante transformação: nasce aí a noção contemporânea do Estado social.

Pode-se asseverar que esse modelo social de Estado se fundamenta na luta pela colocação em marcha de direitos que garantam ou viabilizem uma política igualitária e, por consequência, uma participação concreta da classe trabalhadora na configuração de uma nova geração de direitos fundamentais, assegurando-se assim, a igualdade e a solidariedade.

Nesse diapasão, Gurgel (2007) reitera, acerca da cristalização do Princípio da Igualdade em um Estado Social que:

O Estado perdeu a postura de atuação mínima e ampliou seus poderes de atuação, suas responsabilidades, transformando-se em agente promotor, estimulador e assegurador de Direitos de Segunda Dimensão. Destarte, os atos do Estado Social gravitavam em torno da pessoa humana. Daí a preocupação com a questão social.

A responsabilidade assumida pelo Estado acarretou a obrigação de criar mecanismos jurídicos que promovessem o bem-estar da nação, quanto à promoção, em especial, dos Direitos de Segunda Dimensão.

Os Direitos Sociais, fundamentos na solidariedade social, tem como norte a promoção da igualdade material e a conseqüente implementação da Justiça Social, na medida em que, ao serem oferecidos pelo Estado, tanto por meio de Normas - Regras quanto das Normas - Princípios, proporcionam melhores condições de vida em sociedade. Dessa forma, o Estado Social de Direitos implementa os Direitos Sociais como mecanismo para a consecução da Igualdade material.

O Estado de feições modernas é, fundamentalmente, um Estado implementador de políticas públicas. A política da não-discriminação impõe ao Estado e à Sociedade uma conduta orientada a evitar as discriminações, inserindo os prejudicados de maneira plena na sociedade.

Dessa forma, o Princípio Constitucional da Igualdade fornece às ações afirmativas, em seu aspecto material, as bases necessárias para a evolução da ordem constitucional, com as vestes de uma justiça social. Define-as bem Gomes (2001 *apud* ATCHABAHIAN, 2006, p. 161):

Ações afirmativas se definem por políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da Igualdade Material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de origem nacional, de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo a ser alcançado pelo estado e pela sociedade.

A igualdade deixa, desse modo, de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. A Constituição Federal de 1988 abriga inúmeros dispositivos que possibilitam a efetivação das ações afirmativas, a partir da consagração expressa no art. 5º, inciso I, do Princípio da Igualdade, que é interpretado no sentido de que sejam realizadas as demandas sociais, ao art. 1º, que estabelece como fundamento da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além de ter como objetivos construir uma sociedade justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos. Tem-se, pois, verbos que evocam ação, e que, conseqüentemente, pedem ações afirmativas (ROCHA, 1996).

Nesse sentido, tem-se a iniciativa do legislador ordinário materializada no artigo 93 da Lei

n. 8.213/91 e na Lei n. 7.853/89, regulamentadas pelo Decreto n. 3.298/99. Segundo essa legislação, empresas que possuam de 100 a 200 empregados devem garantir 2% de vagas para pessoas portadoras de deficiência; de 201 a 500 empregados, 3% de vagas; de 501 a 1000 empregados, 4% de vagas; a partir de 1001 empregados, 5% de vagas.

Tal regulamentação objetivou a inserção das pessoas com deficiência no âmbito do trabalho, sem exigir delas experiência, o que seria flagrantemente discriminatório. Deveras, não há regras especiais para assinatura de contrato de trabalho e da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS; pelo que, aplicam-se as normas gerais da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Contudo, faz-se necessário um horário especial, em razão do grau de deficiência, com proporcionalidade de horário. Ao empregador ainda cabe garantir a implementação desses instrumentos, sem ônus para o empregado, bem como zelar pela sua eficácia.

Com relação à pessoa com deficiência, modernamente, vislumbra-se uma superação da roupagem assistencialista e caridosamente excludente para possibilitar a elas a inclusão efetiva. Isso ocorria, posto que, anteriormente, a deficiência era definida sob uma roupagem biomédica, onde as lesões eram tidas como a principal causa das desvantagens. Nesse modelo, todo o estudo volta-se para o tratamento da doença. Atualmente, trabalha-se com a perspectiva da inclusão, reconhecendo que as diferenças são inerentes à sociedade e que esta também deve se adaptar para oferecer a todas as pessoas as mesmas oportunidades.

Assim, definem-se as pessoas portadores de deficiência, nos termos constantes do artigo 1 da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº. 6.949/09) :

[...] são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2007).

Observa-se que, em contextos legais, a expressão deficiência é utilizada de uma forma mais restrita e refere-se às pessoas que estão sob o amparo de uma determinada legislação. Insere-se também no mesmo sentido “pessoas com necessidades especiais” (que é o gênero) e pessoas especiais (BRASIL, 2009, p. 21).

Os tipos de deficiências são referidos como físicos, mentais ou sensoriais, já que tanto as doenças pré-natal e as adquiridas podem resultar em qualquer uma das deficiências. Cabe, pois, nos termos da Lei n. 3.298/99, com suas alterações, correlacionar cada pessoa com alguma patologia à conceituação da deficiência legalmente estabelecida, para se assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais.

Nessa configuração, as ações afirmativas devem ser analisadas num âmbito de razoabilidade e proporcionalidade. Àquela refere-se à congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Há uma relação entre uma qualidade e uma medida: (i) pessoa com deficiência (qualidade); e (ii) vagas de trabalho no setor privado (medida). Já a proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim) (ÁVILA, 2004, p. 128).

Com a discriminação positiva se requer uma introdução e absorção na estrutura político-social daqueles que, de forma diversa, se considerariam marginalizados; entretanto, querendo se incluir certo grupo social, não se devem excluir outros. A igualdade então só pode ser excepcionada na estrita medida em que seja necessário salvaguardar direitos (FERREIRA FILHO, 2004).

Nessa concepção, foi que o Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificado no Decreto n. 6.949/09, que em seu artigo 27 afigura com patamar constitucional.

Entende-se, portanto, que, assim como o Postulado da Igualdade não deve ser analisado de forma absoluta, as ações afirmativas também não o podem. Não se deve, também, corromper de todo o debate, imaginando que tais programas são injustos mesmo quando, por vezes, funcionam. Precisa-se, sim, ter o cuidado de não usar a cláusula de igual proteção para fraudar a igualdade (DWORKIN, 1999). Devem-se levar em conta as peculiaridades do homem, e o processo de exclusão deve ser mitigado por intermédio dessas políticas e pela conscientização da sociedade acerca das potencialidades desses indivíduos.

#### **4 O TRABALHADOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA**

A Constituição Federal de 1988 dispensou um tratamento diferenciado às pessoas portadoras de qualquer tipo de deficiência dentro do mercado de trabalho. Esse tratamento existe não só no âmbito do trabalho público, mas também nos demais tipos de empresas.

No âmbito de trabalho da iniciativa privada (empregados em sentido estrito), para fins de legislação do trabalho, estabeleceu a proibição de qualquer ato discriminatório no tocante a salário, ou critério de admissão do empregado em virtude de portar deficiência (art. 7º, XXXI da CF/88).

A integração das pessoas portadoras de deficiência no processo produtivo é um dos maiores obstáculos para a sua inclusão social. Há ainda preconceitos em relação à sua capacidade contributiva em um conceito competitivo que hoje orienta o mundo empresarial. Esse preconceito está relacionado ao desconhecimento acerca das reais possibilidades do portador de deficiência de se inserir como agente ativo do processo de produção, desde que lhe sejam dadas às oportunidades de desenvolvimento de todo o seu potencial.

A Constituição de 88, ao reservar vagas e proibir qualquer discriminação no tocante a salários (art. 7º, inciso XXXI da Constituição: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”) (BRASIL, 2009, p. 10), tem como objetivo a inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho.

A inclusão trabalhista é um requisito básico para o objetivo maior, que é a integração da PPDs na sociedade. A integração social é o processo de favorecimento da convivência de alguém tido como diferente com os demais membros da sociedade, tidos como supostamente iguais. Nesse processo, a pessoa portadora de deficiência, por seus próprios meios e esforços, busca se integrar à sociedade, que, simplesmente, a recebe, sem ter se preparado para tanto.

Temos também o conceito de inclusão social, onde a sociedade se prepara e se modifica para receber a pessoa portadora de deficiência, em todas as áreas do processo social (educação, saúde, trabalho, assistência social, acessibilidade, lazer, esporte e cultura).

No Brasil, a Constituição de 1988 buscou romper com o modelo assistencialista, que vigorou até então, assegurando-se a igualdade de oportunidade baseada no princípio de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade, de forma a se assegurar a igualdade real. Desse modo, reconheceu-se que a sociedade é caracterizada pela diversidade. A vigente Carta Magna é o indutor principal dessa inserção da pessoa portadora de deficiência no mundo do trabalho, que prevê a reserva de cargos e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

No tocante ao acesso ao mercado de trabalho, a Constituição vedou qualquer forma de discriminação nos salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, bem como exigiu a reserva de um determinado percentual dos cargos e empregos públicos (arts. 7º, XXXI, e 37, VIII) Assim, os editais de concurso devem consignar a reserva de cargos e, no requerimento de inscrição, os candidatos devem indicar a natureza e o grau da incapacidade, bem como as condições especiais necessárias para que participem das provas. Eles concorrerão em igualdade de condições com os demais, no que diz respeito ao conteúdo e à avaliação das provas. Após o julgamento das provas, haverá duas listas: a geral, com a relação de todos os candidatos aprovados, e a especial, com a relação dos portadores de deficiência aprovados.

## **5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA PROVIMENTO DE CARGOS**

Tal princípio tem por fundamento a afirmação da dignidade do homem, uma ideia dinâmica que se adapta constantemente às exigências da evolução da sociedade. A igualdade de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, conforme o artigo 37, I, da Constituição Federal, é assegurada “... aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros,



na forma da lei.” (BRASIL, 2009, p. 19). Esse acesso, ainda conforme o artigo 37, II, depende da participação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Como o direito ao trabalho, ao emprego, está inserido no rol dos direitos ditos sociais, para assegurar esse direito, o Estado Democrático deve lastrear a sua ação social em diversos valores, dentre os quais o da igualdade, que merece especial destaque, mesmo porque, com base na Constituição Federal, deve servir de critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais.

O acesso aos cargos, empregos e funções públicas, feito por meio de concursos, pelo menos a princípio, é a forma considerada mais justa e igualitária de a administração pública selecionar os profissionais capacitados que deseja ter em seus quadros de funcionários. Esta é, incontestavelmente, uma sólida razão. Todavia, há algumas outras, tais como impedir a prática de “nepotismo” e de “protecionismo”, tão danosas ao interesse público e, infelizmente, tão presentes no cotidiano brasileiro. Tais práticas, entretanto, continuam a fazer parte da administração pública, modificando-se, apenas o caminho utilizado: os cargos em comissão.

Aliás, é nesta direção o pensamento de Meireles (1997, p. 380):

O concurso é o meio técnico posto à Disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atenda aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Impende sublinhar, contudo, que o artigo 37, II e V, da Constituição Federal de 1988, ampara os gestores públicos no que concerne às nomeações para cargos em comissão e para as funções de confiança, sem ser preciso realizar concurso público.

Outro aspecto interessante, em relação a esse tema, diz respeito à contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Desde que comprovada à premência e sendo por tempo determinado, a Lei n. 48 8.745/93 desobriga a Administração Pública de realizar concurso público, podendo fazer contratações a partir de processo seletivo simplificado, ou, simplesmente, pela análise de currículos. A contratação temporária não pode envolver cargos de carreira, nem os contratos podem ser renovados, conforme artigo 9º, III, da citada lei.

De qualquer forma, nesse tipo de cenário, é pouco provável que os gestores públicos, quando buscam contratar pessoas para o preenchimento de cargos temporários, lembrem-se de que poderiam existir algumas pessoas com deficiência interessadas em ocupá-los. Muito pelo contrário, é mais provável e fácil constatar o desinteresse desses gestores pelas ações afirmativas; ou seja, por todas as ações especiais que visam a eliminar desigualdades entre grupos minoritários da sociedade

que, em função da discriminação sofrida, acha-se em situação desvantajosa em relação à distribuição de oportunidades.

O problema maior, segundo se percebe dos concursos realizados após a edição da Lei, não tem sido quanto à admissibilidade ao concurso em si, mas sim, à nomeação das pessoas com deficiência aprovadas em concursos públicos. Como nos editais o percentual mínimo utilizado para a reserva, normalmente, é de 5%, o entendimento generalizado é que o chamamento deve obedecer à proporção de vinte candidatos sem deficiência para um com deficiência, necessariamente, nesta ordem.

Como os concursos públicos, de regra, costumam ter validade de dois anos, se forem poucas as vagas oferecidas, é provável que nenhum candidato com deficiência aprovado seja nomeado. Então, no entendimento das pessoas com deficiência, a reserva foi uma falácia.

Às pessoas com deficiência que se sentirem prejudicadas, resta ingressar na Justiça com mandado de segurança. Entretanto, eles têm sido sistematicamente negados aos impetrantes, tanto na questão inerente ao arredondamento para o primeiro número inteiro subsequente, principalmente quando o concurso é para provimento de poucas vagas (uma a cinco), invocando-se o princípio da igualdade, pois não se pode prejudicar os que não têm deficiência, quanto à ordem de chamada dos aprovados, que invariavelmente inicia-se a partir dos nomes que compõem a lista dos candidatos sem deficiência aprovados.

O argumento que tem sido empregado para sedimentar este tipo de comportamento é forte: é preciso harmonizar a norma geral, aquela que assegura a acessibilidade a cargos públicos a todos os cidadãos, indistintamente, e a norma específica, a que destina o percentual de vagas a pessoas com deficiência, a fim de evitar prejuízos a todos os que participaram do processo seletivo, tenham ou não deficiência.

## **6 CONCLUSÃO**

Do exposto, conclui-se que a importância da presente pesquisa emerge da proclamação dos direitos humanos enquanto instrumentos normativos, legais, jurídicos e políticos que é relativamente recente e tem significado um avanço imprescindível para a geração de condições e sua efetivação, ao dispor de condições públicas de ação. Igualmente, faz-se necessário destacar que essa abordagem tem um caráter multidisciplinar, tendo em vista que se refere não apenas à seara jurídica, mas também, envolve aspectos sociais, biológicos, éticos e morais.

Para as PPDs, um dos maiores benefícios conseguidos com a contratação, além do dinheiro, é a participação do dia a dia de uma sociedade produtiva, informada, culta, moderna. É esta proximidade com o mundo que se pode chamar de inclusão social.

Ademais, considerando-se que o Brasil tem um contingente de cerca de 24 milhões de pessoas com deficiência (IBGE, 2010), atravessando uma história de exclusão, esse grupo, que vive sob tratamentos discriminatórios negativos globalmente vigentes na sociedade, ganhou destaque.

Nesse panorama, a Paraíba encontra-se em primeiro lugar no ranking, entre todos os Estados Membros da Federação Brasileira, detendo um índice de 18,76% de pessoas com deficiência (IBGE, 2010).

Mister é a ampliação do diálogo entre Estado e sociedade, para a análise das políticas públicas e privadas existentes atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Segue-se na direção de que o Princípio Constitucional da Igualdade pode ser excepcionado na estrita medida em que este mecanismo seja necessário para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Enquanto isso, o Estado brasileiro, que, pela sua estrutura burocrática possui um número elevado de funcionários públicos, desde há muito é considerado pelos especialistas no assunto como um dos mais desejados empregadores, seja pela estabilidade, seja pelos benefícios que oferece aos funcionários, como é o caso da tão almejada aposentadoria com proventos integrais, continua sendo o ente que, apesar dos ditames da Constituição e das invejáveis normas infraconstitucionais que disciplinam a matéria, concede poucas oportunidades de emprego às pessoas com deficiência.

Apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - limitação ao legislador, ao intérprete / autoridade pública e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá se afastar do princípio constitucional da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O déficit social por que passa a nação brasileira deriva da péssima distribuição do que se produz, e não tem outra razão senão o fracasso na tentativa de se atingir a efetiva Igualdade de tratamento e de oportunidades, gerando desemprego, fome e violência sem limites nesse país. Vale, portanto, observar que as ações afirmativas, conquanto ainda não se constituam em intervenções governamentais dotadas de força e efetividade suficiente para eliminar as desigualdades históricas tão sedimentadas, podem assumir um papel bastante significativo, no sentido de corrigi-las na atualidade.

Por fim, o particular não poderá se pautar por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor. Entendemos que, mesmo existindo um conjunto de normas protetivas, a maioria dos problemas enfrentados pelos portadores de deficiência são decorrentes de um desajuste entre a lei e a realidade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portador de Deficiência – CORDE, 1994.

\_\_\_\_\_. **A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2 ed. Brasília: MTE, SIT, 2007.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas** – 2 ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. DF, 26 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)> Acesso em: 19 ago. 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direito Humanos, Princípio da Igualdade e Não Discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 2007. 311 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

IBGE. **Censo Demográfico 2010** (Mapa do Mercado de Trabalho no Brasil.) Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 26 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Câmara dos

Deputados, 2010.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 894 p..

ROCHA. Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista trimestral de Direito Público**. São Paulo, v 15, p. 1 - 221, 1996.

VILLATORE, Marco Antônio César. O decreto n. 3.298 de 20.12.99 – A pessoa portadora de deficiência no direito do trabalho brasileiro e o tema no direito do trabalho comparado. *Revista Ltr. Porto Alegre*. v. 64, n. 5, maio, 2000.

# EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO: DA INSUSTENTABILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DO TRABALHADOR

**Ênio Pacheco Lins**

Bacharel em Direito, Especialista em Direito e Processo do Trabalho,  
Pós-graduando em Direito Processual Civil, Pós-graduando em Gestão da Organização Pública  
Assistente de Juiz na Vara do Trabalho de Areia-PB  
E-mail: [epkins@trt13.jus.br](mailto:epkins@trt13.jus.br) / e [eniopachecolins@hotmail.com](mailto:eniopachecolins@hotmail.com)

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo essencial investigar as correntes de interpretação formadas acerca do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988 no que tange à possibilidade de dispensa sem justa causa do trabalhador brasileiro. Para isso, procedeu-se a uma breve análise da dispensa no ordenamento jurídico pátrio e da disposição contida em Convenção da Organização Internacional do Trabalho acerca da matéria. Em seguida foi realizado um sucinto estudo acerca dos princípios constitucionais aplicáveis à proteção do trabalho e do trabalhador, destacando-se sua importância no sistema constitucional brasileiro. Em continuidade, analisaram-se as características fundamentais inerentes à nova hermenêutica constitucional consagrada na doutrina e na jurisprudência pátrias, baseada essencialmente na necessidade de concretização e efetivação dos bens jurídicos fundamentais protegidos pelas Cartas Constitucionais. Por fim, foi exposta uma nova exegese do inciso I do art. 7.º da Carta Magna de 1988 à luz dos direcionamentos estabelecidos pela nova hermenêutica constitucional. Concluiu-se, destarte, que há necessidade de se interpretar o dispositivo constitucional em epígrafe de forma que se efetivem os princípios constitucionais fundamentais relacionados à proteção do trabalho e do trabalhador, sobretudo o da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da igualdade material.

**Palavras-chave:** Dispensa. Princípios. Hermenêutica.

## ABSTRACT

The present work has as essential mark to investigate the interpretation currents formed concerning the interruption I of the art. 7.º of the Federal Constitution of 1988 in what play to the dismissal possibility without the Brazilian worker's fair cause. For that, it was proceeded to an abbreviation analysis of the dismissal in the paternal law and of the disposition contained in Convention of the International Organization of the Work concerning the matter. Soon after a brief study was accomplished concerning the applicable constitutional beginnings to the protection of the work and of the worker, standing out sweats importance in the Brazilian constitutional system. In continuity, the inherent fundamental characteristics were analyzed to the new constitutional hermeneutics consecrated in the doctrine and in the jurisprudence homelands, based essentially on the materialization need and efetivação of the fundamental juridical goods protected by the Constitutional Letters. Finally, a new exegesis of the interruption I of the art was exposed. 7.º of the Great Letter of 1988 to the light of the established direcionamentos for the new constitutional hermeneutics . It was ended, destarte, that there is need to interpret the constitutional device in epigraph so that the fundamental constitutional beginnings related to the protection of the work are executed and of the worker, above all the one of the human dignity, of the social values of the work and of the material equality.

**Key Words:** dispensation; principles; hermeneutics.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho buscar-se-á o exame dos aspectos constitucionais e trabalhistas inseridos essencialmente na interpretação do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988, que trata da proteção do trabalhador com relação à dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A presente investigação é oriunda da análise de um quadro jurídico-laboral pátrio cruel, composto por inúmeros problemas trabalhistas diretamente vinculados à dispensa sem justa causa do empregado nas relações de trabalho, a saber: altos índices de desemprego; dificuldade de acesso à Justiça do Trabalho durante a vigência do contrato de emprego, ante o temor de dispensa a ser perpetrada pela parte empregadora, com conseqüente incidência da prescrição trabalhista quinquenal; esvaziamento das garantias provisórias de emprego, eis que, com o término dos prazos legais os empregadores geralmente dispensam os obreiros; dentre outros.

Com efeito, é preciso examinar se nosso sistema constitucional vigente efetivamente admite a denominada “denúncia vazia” do contrato de trabalho, em que o empregador apenas precisa pagar verbas rescisórias, sem qualquer necessidade de justificação objetiva do término do pacto laboral. Pode o empregador, extinguir a relação de emprego sem qualquer motivação jurídica ante os elementos normativos contidos no inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988?

Nesse contexto, perfazendo-se uma análise dos princípios constitucionais pátrios aplicáveis à problemática trabalhista em epígrafe, buscar-se-á, mediante um estudo da moderna hermenêutica constitucional sustentada pela doutrina e jurisprudência especializadas, verificar se, em termos jurídicos, os empregadores ainda dispõem do conhecido e admitido pela majoritária jurisprudência trabalhista brasileira “direito potestativo de dispensa”. Em outras palavras, pode o empregador, no sistema jurídico brasileiro, extinguir, de forma unilateral, um contrato de emprego sem qualquer justificativa social, econômica ou técnica admitida pelo Direito? Tal questionamento será enfrentado nas linhas do presente trabalho.

## 2 DISPENSA SEM JUSTA CAUSA NO DIREITO BRASILEIRO E A CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Após anos de flexibilização das normas jurídicas aplicáveis à terminação do contrato de trabalho perpetrada pela criação, expansão e institucionalização do regime jurídico fixado pelo Fundo de Garantia do Tempo do Serviço, tem-se, no meio jurídico brasileiro, a interpretação majoritária, em termos doutrinários e jurisprudenciais, no sentido de que, à luz do que dispõe o art. 7.º, inciso I, da Carta da República, pode o empregador determinar a todo tempo o término do pacto de emprego, bastando, para isso, que pague as verbas de rescisão previstas em lei. Em outras palavras, no que tange à dispensa individual do obreiro, o entendimento predominante nos bancos

acadêmicos e nos Tribunais trabalhistas é de que a parte patronal não possui obrigação jurídica de justificar o término da relação contratual de trabalho que mantém com o empregado. Trata-se, segundo se entende, de direito potestativo de dispensa pertencente ao empregador ou, como afirma Delgado (2008, p. 1157), da prerrogativa legal inerente aos empregadores de praticarem a “denúncia vazia” do contrato laboral outrora firmado com os obreiros.

A denúncia vazia do contrato de trabalho por ato empresarial constitui, como visto, na ordem jurídica brasileira, um direito meramente potestativo. Ela realiza-se por meio de uma declaração volitiva de caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa.

Com efeito, no que concerne à interpretação do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988, existem basicamente duas correntes predominantes: uma das quais defende que o referido comando normativo possui eficácia contida, ou seja, eficácia restringível. Assim, a regra da estabilidade outrora prevista na Consolidação das Leis do Trabalho teria sido substituída pela possibilidade da denúncia do contrato de emprego a todo tempo mediante uma indenização compensatória a ser fixada em momento posterior por intermédio de lei complementar. Para tal linha de raciocínio, aquela “relação de emprego protegida” afirmada pela lei máxima do país teria caráter programático no aspecto da justificativa da dispensa pelo empregador, significando aquela proteção apenas necessidade de pagamento da multa provisoriamente prevista no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Destarte, por esse entendimento, o empregado não teria direito à proteção no emprego, a uma estabilidade constitucional relativa, mas, apenas, ao recebimento de valores indenizatórios por sua dispensa sem justa causa.

A outra corrente, em contrapartida, defende que a norma do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal possui eficácia plena, significando efetivamente um direito a motivação jurídica de toda e qualquer dispensa individual, sob pena de determinação de reintegração do empregado ao trabalho. Nesse sentido manifesta-se o Souto Maior (2004, p. 3-4):

O inciso I, do art. 7.º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o art. 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7.º. No entanto, há de se reconhecer que a Constituição, ao proibir a dispensa arbitrária, acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa. Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do art. 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isso possível ou recomendável, a uma indenização compensatória. Lembre-se, a propósito, de que o art. 7.º, I, mesmo tratando da indenização, não exclui a



pertinência da aplicação de “outros direitos”, como forma de tornar eficaz a garantia.

Defende-se, assim, que a indenização a que o dispositivo faz referência seria aplicável apenas em casos de impossibilidade de reintegração do obreiro. Em síntese, essa corrente de entendimento sustenta que a “relação de emprego protegida” deve ser entendida com máxima eficácia, com aplicabilidade imediata e literal significando uma “relativa” estabilidade no emprego, que só poderia ser ameaçada por motivos juridicamente relevantes. Nesse contexto, a segunda corrente acima descrita sustenta que já se pode extrair da Constituição da República aquele direcionamento normativo estabelecido no art. 4.º da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe que “não se dará término à relação de emprego de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Há inúmeras discussões acerca da incorporação ou não da referida Convenção ao ordenamento jurídico pátrio, questões envolvendo regras constitucionais, regras de Direito Internacional e de Direito do Trabalho impedem, na atualidade, a aplicabilidade das normas da referida Convenção no Brasil, segundo entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência. Contudo, os limites impostos pelos objetivos do presente trabalho impedem o aprofundamento deste nos aspectos jurídicos envolvidos nas discussões e questões inerentes à compatibilidade da aludida Convenção com o ordenamento jurídico brasileiro.

Fixados estes pontos, resta saber se o ordenamento constitucional pátrio realmente admite uma interpretação do inciso I do Art. 7.º da Constituição Federal de 1988 que garanta uma denominada “estabilidade relativa” aos trabalhadores ou, em sentido contrário, se o sistema constitucional efetivamente garante ao empregador o “direito potestativo de dispensa” ou, em outras palavras, o direito de “denúncia vazia” do contrato de trabalho.

### **3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DO TRABALHO E DOS TRABALHADORES**

Em vários momentos, a Constituição Federal de 1988 estabelece normas de proteção do trabalho e do trabalhador. Existem previsões explícitas de tutela do trabalhador e disposições gerais que se aplicam indubitavelmente ao Direito do Trabalho, por este se tratar de um ramo do Direito que tem como núcleo a proteção do trabalho. Entretanto, em razão dos limites inerentes ao presente trabalho, serão mencionados, apenas, os princípios constitucionais direta ou indiretamente vinculados à proteção do emprego e dos obreiros.

Logo ao delinear seus princípios fundamentais, a Carta de República elege o trabalho como

um dos alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro, ao fixar como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Indiscutivelmente o princípio da dignidade humana tem aplicabilidade direta no Direito do Trabalho, na medida em que este ramo regula as normas aplicáveis a relações jurídicas que têm como núcleo o ser humano trabalhador. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como alicerce do Estado brasileiro, assevera Garcia (2008, p. 86) que:

Efetivamente, o princípio da dignidade humana é o próprio fundamento dos direitos humanos fundamentais, nos quais se inserem aqueles de ordem social e trabalhista. Justamente em razão disso, tem-se o princípio do valor social do trabalho, também de ordem fundamental.

Na mesma linha de ideias, vaticinam Alexandrino; Paulo (2009, p. 86) que:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.

Ao discorrer sobre o princípio da dignidade humana, Terra (2010, p. 39) afirma que:

Nesse sentido, o reconhecimento da dignidade como princípio fundamental da ordem jurídica brasileira leva a que ele seja a fonte de todos os demais direitos que se relacionam com os aspectos individuais do ser humano. É o comando central do ordenamento jurídico, sendo certo que as normas que consubstanciam o ordenamento jurídico devem ser harmonizadas pelo princípio maior da dignidade humana. Mas além de iluminar o trabalho do legislador, o princípio da dignidade humana conduz o intérprete a manejar o ordenamento jurídico de maneira que garanta a sua observância em todas as situações.

Em seguida a autora arremata sua manifestação consignando que:

É certo, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no centro de toda a ordem jurídica, política e social. Assim, de acordo com esse princípio, o valor primordial da sociedade, do Estado e do Direito é a pessoa humana, protegendo-se dessa forma os seus valores individuais, bem como a sua plena inserção social. No caminho dessa proteção encontra-se o trabalho. Pode este ser considerado como a forma mais proeminente de afirmação do indivíduo no plano individual e, principalmente, social, significando uma maior participação no governo daqueles que não são dotados de riqueza material (TERRA, 2010, p. 40).

Já acerca do princípio geral de respeito aos valores sociais do trabalho, informam Alexandrino; Paulo (2009, p. 86) que:

É fundamento do nosso Estado, ainda, o valor social do trabalho e da livre

iniciativa. Assim dispondo, nosso constituinte configura o Brasil como um Estado obrigatoriamente capitalista e, ao mesmo tempo, assegura que, nas relações entre capital e trabalho será reconhecido o valor social deste último.

Ademais, estabelece a Carta Magna de 1988, que, dentre outros, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos”. Com relação ao plano internacional, a norma máxima da República é clarividente ao consignar que o Brasil, em suas relações internacionais, tem como um de seus princípios regentes a “prevalência dos direitos humanos” e, neste contexto urge lembrar-se que os direitos sociais constituem os denominados direitos humanos de segunda geração.

A Constituição Federal de 1988, demonstrando que o trabalho é de seus bens jurídicos de fundamental importância, assegura, quando dispõe acerca da ordem econômica pátria, que esta é fundada na “valorização do trabalho” e que tem por fim assegurar a todos “existência digna” conforme os “ditames da justiça social”. Arrematando, a lei máxima do Estado brasileiro indica que um dos princípios da ordem econômica é a “busca do pleno emprego”. Finalizando a construção de seus alicerces jurídicos, a Carta Magna esclarece que a “ordem social” brasileira tem como base o “primado do trabalho” e como objetivo o “bem-estar e a justiça sociais”.

Com a análise desses princípios gerais já é possível inferir que o sistema jurídico brasileiro tem como ideia nuclear a proteção do trabalho humano. Contudo há que se fazer referência a outro princípio constitucional de observância obrigatória quando o assunto é proteção do trabalhador: trata-se do princípio da igualdade ou isonomia insculpido no *caput* do art. 5.º da Carta da República e em vários outros dispositivos constitucionais. Discorrendo sobre a crucial importância do princípio da igualdade, no que tange ao processo de interpretação constitucional, esclarece Bonavides (2008, p. 378) que:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutra lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais básicos. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar a para a igualdade fática.

Assim, resta impossível não concatenar o princípio da igualdade material com o Direito do Trabalho, que regula relações jurídicas desiguais por natureza.

Além dos princípios gerais acima aludidos, a Carta da República também consagra, segundo entendimento doutrinário predominante, princípios trabalhistas específicos diversos, dentre os quais os que têm relação direta com a tutela do trabalho, do emprego e do trabalhador; o princípio da proteção, que se pode extrair do *caput* do art. 7.º, o princípio da continuidade da relação de emprego, previsto no inciso I do mesmo art. 7.º, consubstanciado na vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa e, como princípio básico, o direito ao trabalho propriamente dito inserido no *caput* do art. 6.º. Ainda que de forma sintética em razão dos limites inerentes ao presente trabalho, vê-se, apenas com fulcro nos princípios aqui explicitados, que o Brasil possui um verdadeiro sistema constitucional de proteção do trabalho, no qual normas definidoras de direitos fundamentais do ser humano se conectam com outras normas jurídicas cujo escopo essencial é a proteção do ser humano trabalhador.

#### **4 DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Como diploma normativo que é, a Constituição escrita de um Estado Constitucional deve ser interpretada por aqueles responsáveis pela aplicação das normas constitucionais. Assim, existe um conjunto de conhecimentos jurídicos aplicáveis quando há necessidade de se interpretar o texto de uma Constituição. Há, efetivamente, uma teoria geral da hermenêutica constitucional. Nas palavras de Alexandrino; Paulo (2009, p. 65-6):

Em situações como essas, torna-se indispensável a aplicação das técnicas de interpretação constitucional, não somente para solucionar, no caso concreto, o conflito entre os bens constitucionalmente protegidos, mas, sobretudo, para conferir eficácia e aplicabilidade a todas as normas constitucionais

Os estudos acerca da hermenêutica constitucional deram origem a um conjunto de métodos e princípios de interpretação da Lei constitucional que servem de instrumento àqueles que necessitam aplicar as normas constitucionais, as quais, por sua intrínseca natureza jurídica e fundamental importância, necessitam muitas vezes de técnicas especiais de interpretação, com o escopo de efetivar ao máximo os postulados essenciais da Lei máxima de um país. Originariamente havia um sistema clássico de interpretação da Constituição, no qual o problema essencial a ser resolvido era descobrir qual era a vontade a ser revelada pelos intérpretes; a da norma propriamente dita ou a do legislador constituinte. Vê-se, portanto, que essa forma de interpretação do texto constitucional possuía características muito próximas da hermenêutica jurídica ordinária aplicável às leis infraconstitucionais em geral. Segundo Bonavides (2008, p. 464):

A hermenêutica esposada pelas teorias tradicionais sempre esteve voltada para o

reconhecimento da vontade contida em toda norma jurídica. Ao intérprete caberia tão-somente o labor intelectual de revelar tal vontade, eixo dessas teorias. Tanto poderia ser a vontade da norma como a vontade subjetiva do legislador. Na teoria geral do direito, o campo se reparte, pois, entre subjetivistas e objetivistas, empenhados ambos em resolver aquilo que se lhes afigura o problema capital da interpretação: o de saber se deve prevalecer na operação interpretativa a vontade do legislador histórico ou a vontade objetiva e autônoma da lei, a saber, o seu texto, as palavras objetivadas ou convertidas em “vontade”, de que já se fez menção.

No início, as técnicas de interpretação da Constituição promulgadas no período político e econômico liberal buscavam, apenas, investigar a letra das normas postas na Constituição, consubstanciando métodos e princípios fundamentalmente positivistas, uma vez que o principal objetivo da época era se “livrar” dos abusos de poder perpetrados pelo regime absolutistas dos séculos anteriores. Sobre tais elementos, informa Bonavides (2008, p. 465) que:

Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar um direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico, mais científico do que filosófico. Um Direito Constitucional compacto, sistemático, lógico, que não conhecia crises nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea.

Entretanto, todo o caráter positivista da hermenêutica constitucional começou a ser posto de lado ante a necessidade de aplicação e concretização dos direcionamentos constitucionais delineados nos textos das leis máximas posteriormente promulgadas. Era necessário aproximar o Direito e a sociedade e aprofundar o sentido das Cartas Constitucionais. A sociedade clamava por um Direito que realmente retratasse os valores e anseios de todos e não apenas dos liberais detentores do poder com o surgimento do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX. Resume o professor Bonavides (2008, pág. 476): “A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal”.

Foi o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, preocupada em dar máxima efetividade às normas constitucionais, sobretudo aquelas vinculadas aos direitos fundamentais do ser humano. Sobre a moderna forma de interpretar a Constituição, vaticina Bonavides (2008, p. 477) com clareza incontestável:

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição.

Fazem parte desse novo modelo de hermenêutica constitucional os novos métodos e os novos princípios de interpretação sobre os quais o presente trabalho não se aprofundará em razão dos limites fixados pelos objetivos deste. Os principais métodos referidos acima são: jurídico ou clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante e comparativo. Por sua vez, os essenciais princípios acima aludidos são o da unidade, do efeito integrador, da efetividade, da justiça, da harmonização, da força normativa da Constituição e o da interpretação conforme a Constituição. Destarte, tem-se na atualidade uma nova forma de se enxergar o texto constitucional, na qual, como já afirmado alhures, o objetivo primordial é a concretização dos valores da sociedade postos na Carta Magna. Essa linha de raciocínio jurídico possui validade transnacional, razão pela qual o Brasil não ficou desvinculado de todo o processo de evolução das técnicas de interpretação constitucional, uma vez que a doutrina começou a se aprofundar sobre a matéria, e a jurisprudência pátria, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, passou a admitir e a aplicar os princípios, regras e métodos inerentes à nova hermenêutica normativa da Constituição.

## **5 DO NOVO PAPEL DO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO E DA NOVA FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Em razão de todos os elementos vinculados à nova hermenêutica constitucional, é preciso repensar o papel do intérprete da Constituição no Estado brasileiro. Aquele que aplica as normas constitucionais não pode ser um mero aplicador de leis comuns, é necessário que tenha consciência de sua missão especial: conceder máxima efetividade aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Com efeito, é imprescindível que o intérprete do texto constitucional tenha conhecimento daquilo que o professor Luís Roberto Barroso chama de “neutralidade impossível” e “objetividade possível”. A interpretação e aplicação da Constituição não ocorre de forma mecânica, lógica, exata, pelo simples fato de que o Direito não é uma ciência exata. Assim, defender uma interpretação das normas constitucionais totalmente neutra e objetiva é insustentável, pois toda interpretação pressupõe envolvimento de elementos sociológicos, filosóficos, econômicos, enfim, elementos não jurídicos, tanto no que tange ao próprio intérprete, quanto com relação ao texto da Constituição, que é um diploma normativo que abriga valores fora do campo eminentemente jurídico. Em outros termos, a tese da hermenêutica clássica positivista é insustentável em termos científicos, eis que toda interpretação abrange concepções políticas, ideológicas e econômicas diversas, pela simples razão de ser realizada por seres humanos.

Nas palavras de Barroso (2009, p. 292):

Neutralidade é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que o de objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles são de difícil implementação, como a imparcialidade – ausência de interesse imediato na questão – e a impessoalidade – atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores e alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão de mundo, o seu senso de justiça.

Adiante o professor complementa seu raciocínio, consignando que:

A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativistas, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça (BARROSO, 2009, p. 293).

E arremata o mesmo autor, asseverando que:

Pode-se mesmo, um tanto utopicamente, cogitar de libertá-lo de seus preconceitos, de suas opções políticas pessoais e oferecer-lhe como referência um conceito idealizado e asséptico de justiça. Mas não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível (BARROSO, 2009, p. 293).

A ideia de total e absoluta neutralidade no processo de interpretação é indefensável. Porém é possível, e o professor Barroso também defende essa tese, buscar-se a máxima objetividade possível dentro do panorama delimitado pela norma posta no texto da Constituição. O intérprete deve ter compromisso com os valores constitucionais, por esse motivo deve ser fiel aos ditames fixados pela Constituição. É nesse contexto que se explica a fundamental importância dos princípios constitucionais. Há muito tempo estes deixaram de ser meras proposições programáticas e abstratas de norteamento dos aplicadores do direito, eis que, atualmente, são instrumentos fundamentais no processo de interpretação constitucional, pois adquiriram força normativa e, por corolário, vinculante. O recente julgamento Supremo Tribunal Federal acerca do nepotismo na Administração Pública constitui exemplo disso. Nas palavras de Barroso (2009, p. 352):

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações.

Os princípios, por representarem uma carga valorativa considerável e corresponderem a uma decisão política relevante, orientam o intérprete no que diz respeito à direção a ser seguida na aplicação da norma constitucional. Assim, em decorrência da atribuição de normatividade aos princípios, estes se tornaram as normas fundamentais e básicas das Constituições, constituindo os verdadeiros alicerces das Cartas Constitucionais. Sobre tal aspecto, vaticina Bonavides (2008, p. 288) que: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Segundo o professor Bonavides (2008), a própria inserção nas constituições dos princípios, que antes só existiam em Códigos e na doutrina jurídica, reforçam sua indiscutível força normativa. Destarte, com fulcro nesses novos perfis dos intérpretes e dos princípios no processo de interpretação constitucional, como proceder à leitura do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988 de forma que se efetivem os valores, normas e princípios estruturantes desse diploma normativo?

## **6 DA EXEGESE DO INCISO I DO ART. 7.º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA À LUZ DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Sob o regime constitucional adotado no Brasil, no que concerne à proteção do trabalho e do trabalhador, erigindo o trabalho ao patamar de fundamento da República, fundamento da ordem econômica e da ordem social, e fixando como princípios constitucionais fundamentais a dignidade humana, a igualdade, a justiça social, a busca do pleno emprego, dentre outros, outra alternativa não resta ao intérprete pátrio senão conceder máxima eficácia e aplicabilidade ao inciso I do art. 7.º da Carta da República. Isso significa que extrair do dispositivo constitucional em epígrafe a permissão ampla e irrestrita para a dispensa sem justa causa dos trabalhadores constitui um entendimento flagrantemente incompatível com a Carta Constitucional de 1988. De acordo com os ditames da nova hermenêutica constitucional, são vários os fundamentos jurídicos que justificam o entendimento segundo o qual a Carta Magna de 1988 veda efetivamente a prática da dispensa sem



justa causa de forma ampla e sem qualquer motivação jurídica. Aquela linha normativa fixada pela Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho pode sim ser extraída do art. 7.º, inciso I, da Carta da República. A seguir são apresentados alguns dos fundamentos que corroboram essa tese.

Como já consignado supra, a Constituição de 1988 consagra, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio constitui elemento nuclear no sistema constitucional brasileiro e não pode ser violado em nenhuma hipótese, sobretudo na seara trabalhista, que pressupõe uma pessoa humana em pelo menos um dos polos da relação jurídica básica constituída nesse ramo do Direito. Ora, atribuir ao empregador um “super-poder”, qual seja, o poder de extinguir a qualquer momento e a todo tempo a relação de emprego sem qualquer motivação juridicamente reconhecida, deixando o empregado em situação de absoluta instabilidade econômico-financeira parece uma prerrogativa jurídica absolutamente violadora da dignidade humana do trabalhador. O trabalho, na maioria esmagadora dos casos concretos, é a única fonte de renda do empregado, por isso é preciso que haja um motivo plenamente razoável em termos jurídicos para que se ponha término ao pacto de emprego, ainda que não haja uma falta grave do obreiro. De acordo com a corrente majoritária formada acerca da exegese do art. 7.º, inciso I, da Carta Magna de 1988, pode o empregador, perpetrar a denúncia vazia do contrato de trabalho a todo tempo, prerrogativa que submete a pessoa do trabalhador a uma situação de permanente incerteza e instabilidade social e econômica, o que fere flagrantemente o princípio da dignidade humana, alicerce indiscutível do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Sobre o princípio sob análise, é conveniente registrar novamente as palavras de Terra (2010, p. 39).

É o comando central do ordenamento jurídico, sendo certo que as normas que consubstanciam o ordenamento jurídico devem ser harmonizadas pelo princípio maior da dignidade humana. Mas além de iluminar o trabalho do legislador, o princípio da dignidade humana conduz o intérprete a manejar o ordenamento jurídico de maneira que garanta a sua observância em todas as situações.

Destarte, de acordo com a força normativa dos princípios constitucionais, qualquer interpretação do art. 7.º, inciso I, da Carta da República que autorize dispensa sem justa causa sem uma justificativa jurídico-trabalhista, isto é, que permita a denúncia vazia do contrato de emprego, viola a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana. O mesmo raciocínio jurídico ora elaborado pode ser perfeitamente aplicado aos demais princípios constitucionais referidos no presente trabalho, sobretudo o princípio da igualdade material, por possuírem pleno caráter vinculante na forma preceituada pela nova hermenêutica constitucional. Uma Constituição que tem como um de seus principais escopos a valorização do trabalho humano, sustentada pelos valores sociais do trabalho e pela busca do pleno emprego, não admite uma interpretação do texto “relação

de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa” como norma constitucional de eficácia limitada, pelo contrário, a norma em epígrafe deve ser compreendida como de plena eficácia e aplicabilidade imediata. Nesse contexto, Souto Maior (2004, p. 1) vaticina que:

Assim, se o direito do trabalho não pode gerar bens à satisfação do incremento da economia, pode, por outro lado, fixar um parâmetro de segurança e dignidade nas relações de trabalho, que tanto preserve o homem no contexto produtivo quanto, de certa forma, acabe beneficiando as políticas econômicas. O principal papel a ser cumprido pelo direito do trabalho nos tempos presentes, portanto, é o de evitar o desemprego desmedido e despropositado, que apenas serve para incrementar a utilização de contratos que desconsideram os seus fins sociais e geram insegurança na sociedade. Sob esta perspectiva, é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu art. 7.º, aos empregados a garantia da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Para arrematar a importância do significado dos princípios constitucionais aplicáveis à proteção do emprego e do empregado, há que se registrar os ensinamentos de Barroso (2009, p. 155), que afirma que:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

E prossegue dizendo que: “ os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se sobrepõem” (BARROSO, 2009, p. 157).

Outrossim, alguns princípios constitucionais atualmente consagrados como instrumento da nova hermenêutica constitucional podem ser utilizados para se extrair do texto do art. 7.º, inciso I, da Carta Magna de 1988 uma interpretação que veda a dispensa do empregado sem justa causa desligada de qualquer justificativa jurídico-trabalhista. Sobre os princípios instrumentais de interpretação constitucional, assinala Barroso (2009, p. 165) que: “trata-se, essencialmente, de metanormas, dirigidas ao intérprete e destinadas a ordenar a atividade interpretativa. São premissas metodológicas, conceituais ou finalísticas que orientam a aplicação da Constituição e o contraste entre normas infraconstitucionais.”

Com efeito, de acordo com os princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da

máxima efetividade, da concordância prática ou harmonização, da força normativa e da interpretação conforme a Constituição, as normas inseridas no corpo da Carta Magna de 1988 não podem ser interpretadas de forma que entrem em contradição entre si, uma vez que as regras constitucionais devem significar um todo coerente e harmônico em termos interpretativos. Ora, afirmar que a denúncia vazia do contrato de emprego é compatível com os princípios de proteção ao valor trabalho inseridos na Carta da República é, com o devido respeito que merecem as posições contrárias, perfazer uma interpretação simplista e positivista do inciso I do art. 7.º da Constituição Federal de 1988. Assim, admitir a possibilidade de dispensa sem justa causa dos trabalhadores com base na interpretação do dispositivo constitucional em epígrafe é ferir todo o arcabouço jurídico-constitucional trabalhista delimitado pelo referido diploma normativo.

Nesse contexto, a possibilidade de denúncia do contrato de trabalho gera, como já afirmado no início do presente trabalho, inúmeras consequências nefastas aos empregados, dentre as quais: perda da renda de forma inesperada; receio de ingressar na Justiça do Trabalho ante o temor de uma dispensa imotivada; referido temor de procurar o Judiciário solapa diversos direitos laborais do obreiro, ante a incidência da prescrição trabalhista prevista constitucionalmente; as garantias provisórias de emprego perdem sua razão de existir, eis que os empregadores, com o término dos prazos legais, extinguem o contrato de emprego e o trabalhador não dispõe sequer de um instrumento jurídico de questionamento da dispensa; dentre outras repercussões negativas. Por outro lado, a relação de emprego é pressuposto básico para o gozo de todos os demais direitos laborais; protegê-la é dar efetividade dos direitos humanos fundamentais relacionados ao trabalho, estabelecidos na Carta Magna de 1988. Há de se ressaltar que, nos termos da Carta Constitucional de 1988, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.

De forma sintética, esses são alguns dos fundamentos jurídico-constitucionais que tornam ilegítima a dispensa sem justa causa do empregado desligada de qualquer justificativa jurídico-trabalhista, isto é, como direito potestativo do empregador.

## **7 CONCLUSÃO**

O Direito do Trabalho tem como núcleo e objetivos fundamentais a proteção do ser humano trabalhador. Esse ramo do Direito nasceu para evitar abusos a serem perpetrados no curso das relações jurídicas nele inseridas e, seguindo esse norte, a Constituição de 1988 estabeleceu um conjunto de regras e princípios que buscam efetivar os direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

Com efeito, a proteção da relação de emprego é fixada de forma expressa no texto constitucional e merece uma interpretação de acordo com os valores de uma sociedade “justa e

fraterna”, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais. Tal interpretação, nos termos da nova hermenêutica constitucional, é plenamente factível, desde que o intérprete tenha plena consciência de seu papel de instrumento de efetividade da Carta Constitucional.

O art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 deve ser compreendido dentro de um sistema jurídico cujo núcleo é centrado nos princípios da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da igualdade material dos cidadãos pátrios. Destarte, extrair do dispositivo constitucional em epígrafe o entendimento segundo o qual o empregador pode, a todo tempo, pôr término à relação de emprego, sem qualquer prestação de contas na seara jurídico-trabalhista, sem ao menos esclarecer o empregado dos motivos de seu desligamento do trabalho, é algo flagrantemente insustentável nos termos da Constituição Federal de 1988.

Por todos elementos expostos, é preciso que os operadores do Direito na área constitucional e trabalhista repensem o significado jurídico-constitucional do inciso I do art. 7.º da Carta da República, por medida de respeito aos direitos fundamentais do trabalhador brasileiro, sob pena de contribuir para o aumento das já inúmeras formas de abusos, injustiças e arbitrariedades perpetradas em desfavor dos trabalhadores do país.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 4 ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6702 MC-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00333 RSJADV jun., 2009, p. 31-34 LEXSTF v.

31, n, 364, 2009, p. 139-150). **Tribunal Pleno do STF**. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

LOESER, Manuela. Convenção n. 158 da OIT e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado às relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 72, n. 11, p. 1348-1354, nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 116, p. 110-125, out./dez. 2004.

TERRA, Luciana Soares Vidal. A estabilidade no emprego como concretização da dignidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 23-46, jan./jun. 2010.

# REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADC 16 NA INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TST

**Lúcia Regina Melo de Andrade**

Advogada Trabalhista, graduada em direito pela UFPB e pós-graduada em direito e processo do trabalho pela UNIDERP-ANHANGUERA.  
e-mail: luciareginaa@bol.com.br

## RESUMO

Recentes alterações jurisprudenciais foram realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho com o objetivo de aprimorar o desempenho da prestação jurisdicional e de acompanhar a evolução dos direitos trabalhistas. Destaca-se, desse rol, o tema da responsabilidade subsidiária da administração pública direta e indireta na terceirização da prestação de serviços, sendo um dos temas mais palpitantes na seara trabalhista, visto ter sido, inclusive, objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, fruto de inúmeras reclamações trabalhistas, conforme veremos. Ademais, é consabido que a terceirização de serviços é uma das modalidades de gestão de trabalho que emergiu do contexto da globalização mundial e que avançou, de modo irrefreável, na realidade trabalhista pátria. O tema ganhou, contudo, maior relevo, quando se verificou que o tomador de tais serviços também passou a ser a Administração Pública, pois entram em choque alguns princípios, a exemplo da primazia do interesse público em contraponto com a valorização do trabalho humano, juntamente com o primado da dignidade da pessoa humana. Assim, o tema, objeto de dissidências, vem sendo amadurecido pela jurisprudência pátria. Destarte, nos propomos a analisar a evolução do tema, enfrentando a atual previsão delineada no inciso V da Súmula 331 do Colendo Tribunal do Trabalho, bem como seus reflexos na efetividade dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade subsidiária da Administração Pública; Terceirização; Julgamento da ADC 16, Efetividade dos direitos sociais.

## ABSTRACT

Recent jurisprudence changes were made by the Superior Labor Court in order to improve the performance of jurisdictional provision and to follow the evolution of labor rights. Stands out this catalog, the theme of subsidiary responsibility of public administration directly and indirectly in the provision of outsourcing services, one of the most exciting topics in the context labor, since it was even the subject of the Declaratory Action of Constitutionality n. 16, the result of numerous labor complaints, as we shall see. Moreover, it is well know that service outsourcing is a management arrangements of work that emerged from the context of globalization and world advanced so unstoppable in reality labor homeland. The theme earned, however, more emphasis when it was found that the maker of such services has also become a public administration, as some principles come into conflict, like the supremacy of public interest, against the value of human labor, together with the primacy of human dignity. So the issue, object of dissent, has been matured by the case law country. In this manner, we propose to analyze the evolution of the subject, facing the current forecast outlined in item V of Precedent 331 Superior Labor Court, as well as its impact on the effectiveness of social rights.

**Keywords:** Subsidiary responsibility of Public Administration; Outsourcing; Judgment of the ADC 16; Effectiveness of social rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais estão garantidos por uma gama de regras e princípios previstos na Constituição Federal de 1988, além das normas infraconstitucionais, colocando em relevo a efetividade de tais direitos. Contudo, os reflexos do processo de flexibilização dos direitos trabalhistas passaram a surtir efeitos em nosso país no início da década de 90. Assim, em um mesmo período, de um lado tivemos o avanço traçado na norma constitucional e de outro a tendência desarticuladora desses direitos, restando o desafio para os estudiosos e aplicadores do direito de tentar harmonizar os preceitos fundamentais e acompanhar uma tendência mundialmente vivenciada.

Fatores como inflação e a profunda renovação tecnológica, com conseqüente redução dos postos de trabalho, foram cruciais para iniciar uma nova mentalidade, caracterizada pela crescente precarização dos direitos trabalhistas arduamente conquistados. A terceirização, portanto, propagou-se nas relações trabalhistas como modelo inovador de gestão da relação de trabalho proposto pela nova ordem mundial (DELGADO, 2005).

Desse modo, verificou-se a consolidação de um processo de desestabilização dos direitos trabalhistas e uma grande dificuldade em controlar o avanço da terceirização, por tal razão buscou-se encontrar alternativas que permitissem a conciliação entre a tendência mundial e a prevalência dos direitos trabalhistas.

Diante de tal polêmica, a responsabilidade trabalhista surgiu como um dos pressupostos fundamentais para a adequação mínima imprescindível da terceirização às regras e princípios basilares do direito do trabalho, visto que a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço vem prestigiar a previsão constitucional da valorização do trabalho humano, bem como assegurar a dignidade da pessoa humana, pois não desampara o trabalhador que cumpriu seu labor diligentemente.

Entretanto, quando o tomador de serviço é a Administração Pública o tema ganha maior relevo. Inclusive, o mencionado objeto de análise é o dos mais palpitantes e atuais, em razão do recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16 e a conseqüente inovação redacional na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, conforme veremos adiante.

## 2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A EMERGÊNCIA DO MODELO TERCEIRIZANTE

O fenômeno denominado globalização, que iniciou seu desenvolvimento nas últimas décadas do século XX, englobou em seu processo os diversos segmentos, tais como economia, política e cultura. O escopo, neste ponto, é analisar a reestruturação empresarial daí decorrente, bem

como a desconstrução do primado do trabalho e emprego no que concerne à terceirização de serviços.

Os novos ideais articulados pela globalização econômica fizeram surgir nos variados setores da economia o desejo pela agilidade e eficiência nas relações econômicas, com o objetivo maior de alcançar produtividade e lucro em menor tempo, para tal feito foi indispensável reestruturar a empresa. Assim, emerge a terceirização como um novo método de gerenciamento da força de trabalho.

Inicialmente, cumpre destacar que se trata de uma relação trilateral, diferente da clássica relação bilateral presente na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, envolvendo as seguintes figuras: obreiro, empresa terceirizante e tomador de serviço. Ademais, “dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente” (DELGADO, 2009, p. 407), visto que a relação de emprego é formada entre o obreiro e a empresa terceirizante. Haverá entre o empregado e o tomador somente relação econômica.

Como esperado, a terceirização não tardou em alcançar o desempenho das atividades no âmbito da Administração Pública. Na presente situação há, igualmente, o vínculo de emprego entre o obreiro e o prestador de serviço, mas entre o prestador e o poder público tomador de serviço há um contrato administrativo, antecedido de licitação. É, então, com foco na provável responsabilidade do mencionado tomador de serviço em relação ao trabalhador terceirizado que balizaremos nossos estudos.

Impende destacar, de qualquer modo, que a terceirização como forma de gestão trabalhista não pode escapar da incidência dos preceitos legais e constitucionais assegurados em nosso ordenamento jurídico, tais como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia.

### **3 PREVISÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

A Norma Celetista passou a vigorar na década de 40, quando ainda não se imaginava a ocorrência do fenômeno globalizatório e da terceirização. Assim sendo, somente passamos a ter expressamente a previsão legal da forma terceirizante no campo privado por intermédio da Lei 6.019/74 e Lei 7.102/83, sendo a primeira apenas em caráter temporário e a segunda correspondia à vigilância bancária em caráter permanente. Curioso salientar que, mesmo antes da edição das referidas leis, passaram a vigorar Decreto-lei 200/67 e Lei 5.645/70, figurando ambas como indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública.

Ocorre que o fenômeno da terceirização foi consideravelmente ampliado, passando inclusive



a extrapolar as previsões legais. Assim sendo, diante da falta de norma legal que alcançasse seu avanço, a jurisprudência se incumbiu de tal mister. Logo, veio a Súmula 256 do TST, com a seguinte redação:

Salvo os casos previstos nas Leis nº. 6.019, de 03.01.1974 e a nº 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Contudo, citado enunciado era limitado e, portanto, não englobava a terceirização na Administração Pública. Por tal razão, essa súmula foi revisada e o TST editou a de número 331, que posteriormente recebeu nova redação no inciso IV, abrangendo órgãos da administração direta e indireta como responsáveis subsidiários. Passando a possuir o texto que se segue:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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. (BRASIL, 1993, s.d.)

Destarte, verifica-se que a Súmula 331 do TST ampliou as possibilidades de terceirização, elencando as hipóteses de terceirização lícita, e examinou a natureza e extensão da responsabilidade que decorre das relações jurídicas terceirizadas.

Por outro lado, referida súmula passou a ser alvo de questionamento face à redação do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93, pois a redação desta aparentemente visa afasta a responsabilidade da Administração Pública, seja direta ou indireta, na terceirização de seus serviços.

Entretanto, recentemente o STF realizou o julgamento da ADC 16, declarando a constitucionalidade do supracitado artigo da Lei de Licitações. Assim, o TST alterou o item IV e acrescentou os itens V e VI na súmula em estudo, passando a figurar com a seguinte redação:

S. 331 (...)

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do

título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, s.d.).

Portanto, percebe-se que a jurisprudência alcançou avanços e retrocessos em alguns pontos, porém ainda enseja dúvidas aos aplicadores do direito. Assim, restando-nos, nesse ponto, a sugestão pela elaboração de lei específica que regulamente a terceirização e suas peculiaridades, a fim de sanar a insegurança que rodeia as decisões judiciais. Ademais, mencionadas alterações serão estudadas em pontos seguintes de maneira mais acurada.

#### **4 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO.**

Ao longo dos últimos anos, tem-se vivenciado o aumento na contratação de serviço terceirizado pela Administração em relação a suas atividades meio. A referida prestação ocorre após realização de um processo licitatório, quando então será celebrado um contrato administrativo com o prestador de serviço.

Nesse contexto, parcela da doutrina defendia ser objetiva a responsabilidade do Estado, com fulcro no art. 37, § 6º da Constituição. Porém, outra parte da doutrina entendia que caberia falar em responsabilidade subjetiva, seja em razão da culpa *in eligendo*, diante da má escolha do contratante no processo de licitação, ou da culpa *in vigilando*, perante o descumprimento do dever de fiscalização das obrigações firmadas no contrato administrativo e seus respectivos efeitos.

Entendemos que amparado no princípio geral de que ninguém deve lesar outrem, nos termos do art. 186 do Código Civil, pode-se considerar que a teoria da responsabilidade civil é possivelmente aplicada ao contexto em estudo, diante da reparação devida aos trabalhadores que tiveram seus direitos relegados, caso se verifique o inadimplemento contratual das obrigações trabalhistas assumidas.

Ocorre que o art. 71, § 1ª da lei de licitações afasta qualquer responsabilidade trabalhista do ente público em tal situação, sob a alegação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em perspectiva diversa, o trabalhador não pode ser considerado de maneira isolada, pois a negativa da referida responsabilidade atinge uma considerável coletividade de trabalhadores, cada

vez mais crescente. Assim, diante do inadimplemento do prestador de serviço e da conseqüente negativa por parte da Administração Pública verifica-se a frustração dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores que empreenderam seus esforços em prol da produtividade do tomador.

A norma prevista da lei de licitações parece caminhar em sentido contrário a nova postura estatal diante do descumprimento dos direitos fundamentais e sociais. Inclusive, dentre os relevantes estudos acerca dos direitos fundamentais e sua concretização temos a proposta de Jellinek, que desenvolveu a teoria dos quatro status dos direito fundamentais, quais sejam, status passivo, negativo, positivo e ativo. Destaca-se daí o status positivo, quando é exigida uma prestação do Estado a fim de assegurar os direitos fundamentais ameaçados ou violados (NOVELINO, 2009).

Assim, surge a questão de como pode ser atribuída essa missão tão nobre ao poder público e ao mesmo tempo uma regra de lei infraconstitucional negar qualquer responsabilidade estatal diante da violação e descumprimento desses mesmos direitos. É difícil concordar que tal norma reflita os anseios sociais e esteja em consonância com o ordenamento pátrio.

O Enunciado 331, na anterior redação do item IV do TST refletia a maturidade da questão que já foi objeto de inúmeras reclamações trabalhistas. Parecia-nos razoável a previsão da responsabilidade da Administração Pública diante não só do adimplemento da obrigação assumida no contrato administrativo celebrado com o prestador de serviço, bem como do dever estatal de garantir a observância dos preceitos esculpidos da Carta Maior, com destaque para os direitos sociais e fundamentais.

Embora a doutrina reconheça a responsabilidade da Administração Pública na terceirização, independentemente de ser objetiva ou subjetiva, visto que é inerente a qualquer pessoa jurídica a obediência aos direitos trabalhistas, outro foi o posicionamento assumido pelo STF após o julgamento da ADC 16. Conforme veremos no próximo tópico, o posicionamento do STF diante da questão ensejou a alteração do previsto antigo item IV da Súmula em estudo.

Destarte, o que temos atualmente no item V é a restrição da responsabilidade subsidiária por parte do poder público, visto que cada caso será analisado de maneira individualizada a fim de se apurar acerca de eventual culpa *in vigiliando* do tomador Administração Pública. Logo, será apurada em cada reclamação a culpa do tomador.

Em acréscimo, outro importante efeito do contrato administrativo de terceirização refere-se à busca pela isonomia da remuneração dos terceirizados com a dos empregados. Nesse sentido, a jurisprudência pautando-se em princípios constitucionais, a exemplo do previsto no art. 7º XXXII, da Constituição Federal, tem procurado concretizar essa isonomia. Outrossim, temos a recente OJ 383, SDI-1, do TST, prevendo a isonomia de verbas trabalhistas legais e normativas entre empregados terceirizados e os contratados pelo tomador de serviço, quando este for a Administração Pública. Vejamos:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974. (BRASIL, 2010)

Inclusive, houve a proposta de adequar a citada orientação jurisprudencial à nova redação da súmula 331, porém não foram conjugadas tais redações. Registre-se, que tal adequação seria oportuna e consentânea com as normas constitucionais. Com a colação da referida orientação jurisprudencial se pretende refletir que é necessário um tratamento isonômico não apenas no que tange a remuneração, mas quanto à percepção e o reconhecimento de todos os demais direitos ente tais trabalhadores.

## **5 ENTENDIMENTO DO STF NO JULGAMENTO DA ADC 16 E A ALTERAÇÃO DA SÚMULA 331**

Em novembro de 2010, foi a julgamento a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que propunha o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 e do seu § 1º, Lei 8.666/93. Mencionada regra prevê a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato administrativo para a terceirização de serviços.

Após algumas divergências, a maioria dos ministros do STF declarou a constitucionalidade da citada regra, porém admitiu a responsabilidade subsidiária quando for verificada no caso concreto a culpa *in vigilando* da Administração Pública direta e indireta. Desse modo, passou a exigir a análise de cada caso concreto, e quando verificada a omissão na fiscalização pela Administração Pública direta ou indireta estará caracterizada a responsabilidade subjetiva.

Com o julgamento pela constitucionalidade do art. 71 e § 1º, da Lei 8.666/93, seguiu-se o julgamento das Reclamações nº 7517 e 8150, ajuizadas contra acórdãos de Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, por ofensa à Súmula Vinculante nº 10. Alegava-se que ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria sido afastada a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte, conforme prevê a Súmula Vinculante 10.

Em continuidade, após longo debate, as reclamações foram julgadas procedentes, assim o STF determinou no Informativo 610: “o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo

juízo, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, ora declarada. Concluiu-se que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a citada Súmula 331, negara implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que o seu Plenário houvesse declarado a inconstitucionalidade”.

Logo, o julgamento da ADC deve ser analisado com cautela, pois embora inúmeras vezes surjam proclamando a vitória do interesse público, por considerarem que a terceirização ocorrida no ente público era pano de fundo para atender aos apadrinhados na licitação, bem como diante das dívidas assumidas pela Administração quando inadimplentes estes, deve-se ter como norte a probidade e boa-fé daqueles que exerciam seu labor. Não se pode analisar somente um lado da moeda.

Assim, urge refletirmos se o posicionamento adotado pelo STF acabou por retroceder socialmente. Nesse sentido, compreendemos que a restrição emanada da nova redação da súmula em estudo, inevitavelmente, acarretará incontáveis prejuízos aos trabalhadores terceirizados que laboram para Administração Pública quando tiverem seus contratos de trabalho descumpridos pela prestadora de serviço.

Conforme o exposto, não podemos acreditar que se o caso não for enquadrado ao previsto no item V, o trabalhador não terá a quem se socorrer diante da declarada “irresponsabilidade” estatal, pois o ordenamento jurídico vigente assegura a observância, em grau máximo, do princípio da dignidade da pessoa humana não só entre os particulares, mas principalmente, entre Estado e particular. Visto que o julgador ao decidir deve ter como norte a força normativa que emana dos princípios constitucionais fundamentais e sociais.

## **6 SINTONIA ENTRE A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTA E A SÚMULA 331 DO TST**

Com o advento da Lei nº 12.440 de 07 de julho de 2011 foi apresentada a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, que trouxe alterações não somente na Consolidação das Leis Trabalhistas, mas também na Lei de Licitações. Desse modo, passou a figurar no processo licitatório um novo requisito para habilitação, qual seja a regularidade trabalhista dos interessados que se propõe a contratar com a Administração Pública.

Referida alteração veio ao encontro da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e da nova redação do inciso V da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pois conforme já estudado haverá responsabilidade subsidiária quando a Administração Pública não cumprir o seu dever de fiscalização. Logo, a citada Certidão Negativa apresenta-se como um importante aliado da Administração, pois delimita um requisito objetivo para que o interessado concorra no processo licitatório, permitido desde já a fiscalização do

provável prestador de serviço contratado.

Desse modo, a exigência da certidão em estudo possibilitará maior garantia de que serão concretizados os direitos sociais dos trabalhadores terceirizados, visto que estará o prestador quite com os débitos trabalhistas perante a Justiça do Trabalho, desobrigando, em tese, a Administração de responder subsidiariamente.

Enfim, essa nova previsão tem como objetivo maior a concretização dos preceitos sociais insculpidos em nossa Carta Maior de 1988, a fim de garantir a efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados que prestam serviços à Administração Pública.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto acerca do tema, podemos concluir que atualmente, devido ao julgamento da ADC nº 16, a responsabilidade da Administração Pública Direta e Indireta em decorrência da terceirização de serviços está limitada à verificação da culpa em razão da falta de fiscalização por parte da Administração. Assim, fora os casos em que se verifique referida culpa, em tese, não haverá a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Manteve-se, desse modo, a responsabilidade em primeiro plano pelo empregador formal e, subsidiariamente, da entidade estatal tomadora de serviços quando verificada a culpa subjetiva *in vigilando*.

Com o devido respeito ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, verificou-se um entrave ao cumprimento dos direitos sociais de trabalhadores que se encontrem na situação em comento. Assim sendo, em razão da árdua conquista e incessante luta pela manutenção dos direitos trabalhistas, principalmente diante do contexto econômico global, deve-se estudar qualquer alteração que atinja os direitos sociais com muita cautela, sob pena de ser descumprido o princípio do não retrocesso social.

Destarte, entendemos que tal decisão ensejará por outro lado maior esforço por parte da Administração Pública ao selecionar os prestadores de serviço durante o processo seletivo licitatório, principalmente, no critério referente à viabilidade econômica e financeira dos futuros serviços prestados, que serão firmados em contrato administrativo, bem como a responsabilidade trabalhista do contratado, pois assim sendo será garantido o adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados em primeiro plano.

Ademais, a terceirização acabou por pulverizar e enfraquecer a representatividade de tais trabalhadores pelos sindicatos. Sendo assim, percebe-se que referidos trabalhadores encontram-se muito mais fragilizados quanto à luta pela concretização de seus direitos.

Enfim, o escopo do nosso estudo está em zelar pela efetividade dos direitos sociais

constitucionalmente garantidos, para que as decisões de nossos tribunais não cedam à tentação pela tendência precarizante de ditos direitos, já que a luta pela manutenção e solidificação dos direitos trabalhistas deve ser o foco dos estudiosos e aplicadores do direito, especialmente considerando o atual contexto da globalização econômica.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho**: material, processual e legislação especial. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02 agosto 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22. jun. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 04 dez. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ 383, SDI-1**. Terceirização. Empregados da Empresa prestadora de Serviços e da Tomadora. Isonomia. Art. 12, “A”, da Lei nº 6.019, de 03. jan. 1974. Redação original 19, 20, 22. abr. 2010. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/22675/orientações-jurisprudenciais-sdi-i-do-tst>. Acesso em: 03 dez. 2011

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. Disponível em: [http://www.tst.gov.br/jurisprudência/Index\\_Enunciados.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudência/Index_Enunciados.html) . Acesso em: 03 dez. 2011

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**: legislação complementar/jurisprudência. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTR, 2005.

\_\_\_\_\_ **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTR, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos**. 12 ed. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



# DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS DE SEUS JUÍZES

**Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto**

Juíza Titular da 5ª Vara do Trabalho de Campina Grande

e-mail: [anapaulaasporto@hotmail.com](mailto:anapaulaasporto@hotmail.com)

**José Mário Porto Júnior**

Advogado Trabalhista, Professor do UNIPÊ, Ex-Presidente, Vice-Presidente,

Secretário Geral e Conselheiro da OAB/PB. Ex-Juiz do TRE

e-mail: [josemario@portoemaia.adv.br](mailto:josemario@portoemaia.adv.br)

**José Mário Porto Neto**

Pós-Graduando em Direito pela ESMAT

e-mail: [marionetop@gmail.com](mailto:marionetop@gmail.com)

## RESUMO

O artigo pretende instigar o debate acerca da responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus juízes, notadamente através de uma visão global e histórica acerca da responsabilidade no direito civil e suas teorias, desde a concepção romana até a formação da posição contemporânea, ventilando o papel da Constituição Federal brasileira de 1988 na edificação da doutrina moderna e consequências jurídicas, discutindo as nuances relacionadas aos atos judiciais próprios e à atividade jurídico-administrativa do juiz e ainda o novel posicionamento e construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade Civil. Juízes. Atos Judiciais.

## ABSTRACT

The article intends to instigate the discussion about the civil responsibility of the Estate from de acts of his judges, especially between a global and historic vision from the responsibility in the civil right and the theories since the roman conception until the formation of contemporary position, passing by the paper of Brazilian Federal Constitution of 1988 in modern doctrine edification's and juridical consequences, evaluating the peculiarities related to the juridical acts and juridical-administrative actives of the judge and, finally, the last jurisprudential position and strands construction of Federal Supreme Court of Justice.

**Key Words:** Civil Responsibility. Judges. Juridical Acts.

## 1 INTRODUÇÃO

Responsabilidade civil do Estado sempre será uma temática intrigante, cuja atenção sobleva ainda mais com o passar dos anos, especialmente com o ir e vir da doutrina liberal e intervencionista no campo econômico-social.

Lastreado nesta preocupação e aliando-se a inquietude do debate doutrinário, o presente artigo científico vislumbra oferecer conclusões fundamentadas acerca da incidência da

responsabilidade objetiva do Estado, quando da prática dos atos judiciais em seu sentido lato.

Tenciona, ainda, fomentar a discussão sobre a temática com vias a provocar, quiçá, um remodelamento no ideário tradicional, fermentando-o a controvérsia à luz das posições de vanguarda desse fantástico instituto civilista.

Sem delongas, para melhor compreensão do tema, abordaremos o vocábulo “responsabilidade”. Palavra que tem sua origem remota no verbete latino *respondere*. Mas ‘responder’ a que? Responder num sentido estrito, exprimindo ideia de imputar. É fazer incidir alguma consequência, um resultado, sobre quem praticou um ato. Temos, a partir daí, noções que se constituem elementos indissociáveis do instituto.

O estudo da Responsabilidade Civil tem, como ponto de partida, a existência de um dano, causado que foi pela ocorrência de um fato, seja ilícito, ou mesmo lícito, combinado com a necessidade de reparação a ser imputada a um sujeito de direitos.

Ora, percebe-se que o ideal de responsabilização perpassa o próprio senso de Justiça, visto que nada mais natural que a punição alcance àquele que praticou agruras aos semelhantes. Ademais, como muito bem pontuou LYRA (1977), na responsabilidade civil é um fenômeno social.

## **2 RESPONSABILIDADE: evolução e fundamentação**

A ideia de responsabilidade aparece, ainda nos primórdios, juntamente com a noção de vingança, reação imediata e selvagem e, até certo ponto, legítima do prejudicado. Era o tempo da barbárie e balbúrdia normativa, onde a Lei de Talião era o expoente da modernidade.

Mais tarde, com a ascensão da autoridade do rei e a imposição de um mínimo de regramento para nortear a vida em coletividade, a justiça de mão própria dá vazão à regulação estatal (sentido amplo) da punição: é o marco inicial do exercício da jurisdição.

Nesse contexto, ladeada pela imputação penal, abrolha a responsabilidade civil. É, no escólio dos irmãos Mazeaud, H; Mazeaud, L (1957) a época da *Lex Aquilia*, primeiro substrato para esculpir a reparação do dano causado. A Lei Aquília reuniu, naquele momento, se não todos, parte dos princípios gerais da responsabilidade e, talvez por isso, foi eternizada a célebre frase, atribuída a ULPIANO, grande jurisconsulto romano citado por Cretella Jr (2003), de que *In lege Aquilia et levissima culpa venit* [Na lei Aquília trata-se até da culpa levíssima].

A partir do Direito francês, foram trincadas as atuais balizas da responsabilização civil, criando seus tentáculos para regular a temática em quase todas as legislações modernas. O Código de Napoleão, obra-prima do civilismo tradicional, albergou, por seus art. 1.382 e 1.383, a teoria à época vindicada, da responsabilidade subjetiva.

Vale transcrever o texto legal do *Code Civil des Français* (França, 1804), semente que fez

brotar este intrigante ramo jurídico:

*Art. 1.382 Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel Il est arrivé, à Le réparer.<sup>1</sup>*

*Art. 1.383 Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.<sup>2</sup>*

Surgia, neste momento, a teoria de responsabilidade subjetiva, onde o dever de indenização vinculava-se ao elemento culpabilidade da conduta. Na pena de Dias (1977) o Código Francês inaugurou a noção de culpa *in abstracto* e da reparação por ato de imprudência.

Seguindo a matriz romano-germânica do Direito, o legislador brasileiro, no Código de 1916, perfilhou também o ideal da teoria de jaez subjetivo. Veja-se, por oportuno, o art. 159 do mencionado texto legal, que assim dispunha: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. (BRASIL, 1916)

Nesse ensejo, Diniz, (1999, p. 169-170) comentava sobre o diploma:

O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de repará-lo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei (...) A obrigação de indenizar é, pois, a consequência jurídica do ato.

Vamos encontrar conclusão semelhante no atual Código Civil Brasileiro, porquanto estabelece, em seu art. 186, o seguinte: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

Verifica-se que a culpa assume feições genéricas, razão pela qual é conveniente chamá-la de juízo de culpabilidade, aglutinando suas formas culposa e dolosa. A propósito preleciona Gonçalves (2009, p. 537)

Se a atuação do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*. O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável... Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.

<sup>1</sup>Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem, obriga àquele que deu causa ao que ocorreu a reparar o dano. [tradução livre]

<sup>2</sup>Cada um responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas também por negligência ou imprudência. [tradução livre]

Com o Novo Código, não foi diferente. Inclinou-se para manter predominantemente a mesma concepção que, no dizer do francês Besson (1927) seria *le classiques directeurs*, inserindo, pois, a culpabilidade como pressuposto da responsabilidade. Não obstante, o mesmo Diploma, desta feita, por seu art. 927 e seguintes, incorporou novos conceitos, atribuindo diferentes diretrizes jurídicas à atual realidade da sociedade contemporânea, cujos padrões de condutas exigem outro tipo de dever de reparar, prevendo, igualmente, a Responsabilidade Objetiva.

Registre-se que a teoria da Responsabilidade Objetiva propugna que o elemento culpa é prescindível. Consoante ensina Alvim (1948) a culpa não é suficiente para regular todos os casos de responsabilidade, notadamente, como antes afirmado, considerando as significativas e complexas relações jurídicas da atual sociedade.

Não se olvide que, em sentido contrário à subjetivação, em que imperativa é a existência de conduta culposa, na responsabilidade objetiva, o dever de reparação surge da prática de um ato, ocorrência do dano e nexo de causalidade. E só.

Como fundamento do dever objetivo de reparar, desenvolveu-se, na França, berço do estudo da Responsabilidade, a teoria do risco, doutrina essa baseada na dispensabilidade da culpa, bastando estar presente o liame de causa e efeito entre o ato praticado e o dano percebido. Nesse caso, a questão primordial deixa de ser a atitude do indivíduo, mas a atividade desenvolvida, mister elaborado em sua natureza impessoal.

Contudo, oportuno se faz realçar que a responsabilização objetivamente considerada é, ainda, no direito brasileiro, exceção à regra, porquanto, embora o legislador tenha dado louvável passo no avanço do instituto, cinge-se aos casos previstos em leis esparsas, ou mesmo quando a atividade empreendida pelo causador do dano importe em risco a terceiros, conforme regra o art. 927, parágrafo único, e seguintes, do Novo Código. Ademais, mostra-se bastante elucidativa a lição de Pereira (1986, p. 507)

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a idéia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entrar o progresso.

Sem embargos da verdade, chega-se à conclusão de que, apesar do avanço significativo, no sistema jurídico nacional, predomina a ideia da responsabilidade subjetiva, muito embora tenha se

passado a albergar, como antes dito, em casos pontuais, e nas hipóteses decorrentes do exercício de atividade de risco, a teoria do risco criado e, portanto, de objetivação do dever de indenização.

### **3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO:** breve visão em sentido amplo

Tal como sucedeu no campo da responsabilidade civil, o dever de reparação estatal também passou por intensa revolução. Da noção de irresponsabilidade da Administração até a ideia do risco administrativo, foram longos os passos por um caminho ainda não totalmente sedimentado.

A princípio, lastreado na opinião predominante do séc. XIX, em que o liberalismo propugnava pela não intervenção estatal no âmbito das relações privadas e, mais ainda, no ideal de que o Estado raramente causaria danos, prevaleceu a posição da intangibilidade do soberano. Era o período de pujança das expressões “*the King can do no wrong*” ou “*le roi ne peut mal faire*” [o Rei não pode errar] (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 955).

Nesse compasso, a responsabilidade cingia-se ao dever estritamente pessoal dos empregados públicos praticantes do evento danoso, ideia que perdurou por muito tempo.

Não obstante, essa concepção ensejava tenazes críticas já àquela época. Lessa (1915 *apud* DI PIETRO, 1994) afirmava que o fato do dispositivo referenciar responsabilidade do funcionário, não havia impedimento à coexistência de responsabilidade estatal, ainda que apenas subsidiária ou solidária.

Ora, aceitar tal preceito era a própria negação da existência do direito, já que, tal como sói acontecer com qualquer ente personalizado, o Estado também se submete aos desígnios da lei. Pensar diferente significava ir de encontro à própria lógica legislativa.

Aos poucos, foi-se concluindo que o Estado não age senão através de seus órgãos ou agentes, um vez que a vontade que os move é, *verbi grata*, a própria vontade estatal. Nesse contexto, paralelamente à Jurisprudência e ao direito comparado, atuavam para fazer incidir também responsabilidade do Estado por atitude de seus prepostos.

Pouco mais tarde, reconheceu-se a chamada culpa administrativa. Desta feita, o lesado não mais precisava, necessariamente, identificar o funcionário nominal operador do dano, mas apenas a culpa anônima do Estado.

Finalmente, alinhando-se à evolução civilista da responsabilidade, o Direito Administrativo passou a perfilhar, também, a tese da Responsabilização Objetiva, fundamentando-a na adaptada *teoria do risco administrativo* e nos juízos de repartição equânime do ônus e encargo social. Ora, como bem demonstra Cavalieri Filho (2007, p. 222-3) “responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano sofrido”. Além do mais, conclui, com propriedade, o doutrinador fluminense:

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

Nesse diapasão, e coadunando o entendimento da doutrina majoritária, o Pretório Excelso, por ocasião do julgamento do RE 109.615/RJ<sup>3</sup>, em acórdão da pena do Min. Celso de Mello, reconheceu o dever objetivo de indenizar a que o Estado estava submetido, lastreando sua posição na teoria do risco administrativo. (BRASIL, 1996).

Assim sendo, diante da posição partilhada pelo Egrégio STF, não há o que se discutir acerca da preponderância, na sistemática brasileira, da aplicação da *teoria do risco administrativo* e o consequente acolhimento da responsabilidade objetiva. Confirmando mais ainda tal matriz jurídica, a atual Constituição Federal, que, no §6º, do art. 37, assegura o direito de regresso contra os agentes responsáveis pela ocorrência do dano, imbuídos de dolo ou culpa. Ora, só faz sentido assegurar o direito da administração pública em se ressarcir do prejuízo junto ao autor do dano, em sendo ela objetivamente responsável. E assim o é, nos dias de hoje.

#### **4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS DE SEUS JUÍZES.**

Conforme antes demonstrado, a responsabilidade do Estado pelos atos da Administração e de seus representantes é objetiva, tendo, como fundamento axiológico, a *teoria do risco administrativo*, defendida, com fervor, pela doutrina mais autorizada, além da Jurisprudência, inclusive do STF.

Ocorre, todavia, no que pertine à responsabilidade estatal, que as opiniões são divergentes. Ainda há doutrinadores que, não obstante advoguem a tese objetiva nos diversos campos das

<sup>3</sup>INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - (...) CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

(RE 109615/RJ – Rel.Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, Julg. 28/05/1996, Data da Publicação: DJ 02-08-1996)

relações privadas, inclusive em decorrência da atuação da administração pública, ainda relutam em aceitá-la quando o dano é decorrente das atividades jurisdicionais.

#### 4.1 AINDA A TESE DA IRRESPONSABILIDADE

Em que pese a concepção da irresponsabilidade da administração pública ter sido completamente superada, quando se passa para a discussão da responsabilidade do Estado em face do exercício da jurisdição, percebe-se que ainda não se atingiu um grau de maturidade.

Os defensores da tese da irresponsabilidade estatal em face do desempenho das funções jurisdicionais, dentre eles o administrativista Gasparini (2005, p. 904-6) norteiam suas argumentações a partir de duas premissas: “a) O exercício da Jurisdição é privilégio da soberania nacional; b) A irresponsabilidade do Estado advém da garantia constitucional da independência da Magistratura”.

A primeira delas, *data venia*, inteiramente sem suporte. O monopólio concedido ao Estado para a prática dos atos que permeiem a soberania da pátria, não pode ser levado a cabo de modo destemperado e em absoluto, inclusive porque o próprio exercício da soberania encontra limites materiais na Constituição Federal. E mais. A atividade da Justiça é um serviço público a todos dirigido, em favor de todos. E, sendo a todos dirigido, deveria, por conseguinte, ser por todos suportados os ônus dele decorrentes. A propósito, preleciona, com ênfase, Gonçalves (2009, p. 229) que “soberania não quer dizer irresponsabilidade. A responsabilidade estatal decorre do princípio da igualdade dos encargos sociais, segundo o qual o lesado fará jus a uma indenização toda vez que sofrer um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”.

À segunda justificativa, razão melhor não lhe assiste. Isso porque a garantia constitucionalmente assegurada aos magistrados de independência e autonomia nas suas decisões em nada tem a ver com a irresponsabilidade estatal. Ao revés, se possível dar guarida a tal assertiva, a irresponsabilidade aplicada deveria ser ao juiz, e nunca ao Estado.

#### 4.2 A TÍMIDA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em que pese o vanguardismo do STF, quando o tema é responsabilidade estatal pelos atos de seus juízes, referida Corte Suprema assume uma postura claudicante e ultrapassada, negando por absoluto sua própria Jurisprudência iterativa, quando considerados os demais ramos da Administração.

*Permissa venia*, a Corte Constitucional prefere se ater aos antiquados precedentes, quando ainda imperavam ordenamentos constitucionais e infra totalmente caducos e distantes da tenaz

evolução do instituto da responsabilidade.

Como ilustrado, o Pretório Nacional firmou seu convencimento pugnano pela responsabilidade estatal tão somente nos casos previstos em lei. Defende seu ponto de vista na ideia que não há imputação de responsabilidade por ato de soberania. Baliza seu entendimento no sentido de que o Judiciário é um Poder Soberano, gozando de certa “imunidade”.

Adota, portanto, a mesma concepção vigente na década de 70, como se infere do julgado de nº RE 69568/SP, relatado pelo Min. Gallotti, que assim foi ementado (BRASIL, 1970):

RE 69568/SP - SÃO PAULO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. LUIS GALLOTTI  
Julgamento: 17/11/1970 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
Publicação:  
DJ 18-12-1970 PP-\*\*\*\*\*  
RTJ VOL-56273- PP-\*\*\*\*\*  
Ementa  
RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO A TEM O ESTADO PELOS PREJUÍZOS  
DECORRENTES DE ATOS JUDICIAIS.

Em que pese o ontológico debate entre os brilhantes Ministros Luís Gallotti e Aliomar Baleeiro, este último que fora relator originário do processo, mas voto vencido na composição plenária do Egrégio Supremo Tribunal, sendo designado como relator o Ministro Djaci Falcão, decidindo o órgão julgador pela irresponsabilidade do Estado em face dos atos jurisdicionais, *verbis*. (BRASIL, 1971):

RE 70121 / MG - MINAS GERAIS  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO  
Relator(a) p/ Acórdão: Min. DJACI FALCÃO  
Julgamento: 13/10/1971 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO  
Publicação:  
DJ 30-03-1973 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00904-01 PP-00165  
RTJ VOL-00064-03 PP-00689  
Ementa  
No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o Juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Cod. Proc. Civil) Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do Cod. de Processo Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exerce-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação e assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. "In casu" não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do Código Civil, nem tão pouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria



de prova (súmula 279). Recurso extraordinário não conhecido.

Nos anos seguintes, ainda persistiu a mesma ideia de irresponsabilidade estatal ante atos de jurisdição, consoante se apreende da ementa do julgado RE 111609/AM, acórdão cuja lavra coube ao saudoso Min. Moreira Alves (BRASIL, 1992):

RE 111609 / AM - AMAZONAS  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. MOREIRA ALVES  
Julgamento: 11/12/1992 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA  
Publicação  
DJ 19-03-1993 PP-04281 EMENT VOL-01696-02 PP-00346  
Parte(s)  
RECORRENTES : HASSAN AHMED HAUACHE E SUA MULHER  
RECORRIDO: ESTADO DO AMAZONAS  
Ementa  
EMENTA: - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIARIO. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido.

Depreendendo-se, por conseguinte, o refratário posicionamento da Colenda Corte Maior reafirmando sua postura pré-Constituição de 1988 mantendo incólume a imunidade plena e irrestrita ao Judiciário em que pese o avanço da responsabilização estatal nas demais áreas.

#### 4.3 A IDEIA DE IRRESPONSABILIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A minguada da posição externada pelo Egrégio STF de prosseguir abraçando a Jurisprudência sedimentada ainda à luz do regramento constitucional vigente nos anos de 1967 e 1969, a atual Constituição, *data venia*, traz em seu bojo regramento diverso do aplicado por aquela Alta Corte.

Respeitosamente, consoante demonstrado nos itens que antecederam, a Carta Política contém disposição expressa, recepcionando a tese da responsabilidade objetiva estatal, transcreva-se, por absolutamente oportuno, o §6º do art. 37: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (Brasil, 1988). Desse modo, resta patente que Constituição conferiu sentido totalmente amplo quando considerou “pessoas jurídicas de direito público” e, neste particular, inclui-se o Poder Judiciário, órgão estatal que é.

Aliás, é de bom alvitre destacar que o constituinte originário foi sábio, pois incluiu tal

parágrafo (§6º do art. 37) no Título III, justamente referente à Organização do Estado, e, mais precisamente, no Capítulo VII, responsável por regular a Administração Pública, ou seja, em exercício de interpretação lógico-sistemática, observar-se-á claro o intuito do constituinte originário em que tal responsabilidade venha a abranger todos os ramos da Administração Pública, mormente, pois se encontra inserida na Organização Estatal.

Vale a pena, assim, trazer à baila a lição de Cavalieri Filho (2007, p. 249) sobre os limites de incidência do art. 107 da Constituição de 1967, disciplinador da responsabilidade civil do Estado e que outrora se localizava no capítulo relativo ao Poder Executivo:

O argumento, todavia, além de não ter a força que na época lhe foi dada, está, hoje, inteiramente prejudicado, posto que a Constituição de 1988 colocou o dispositivo que agora disciplina a responsabilidade estatal no capítulo que trata genericamente da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No mesmo sentido, anota Dergint (1994) ao comentar a propagação do §6º do art. 37, que o juiz não atua senão em nome do Estado e, portanto, torna-se inequívoco que é um agente público, executor de um serviço estatal, o serviço judiciário, modalidade que é do serviço público estatal genericamente considerado.

Ademais, é digna de nota a evolução gramatical da conceituação, aliás, laudável é o aprimoramento do constituinte. Registre-se que não se utilizou mais a terminologia “funcionários públicos”, valendo-se, agora, da expressão “agentes”, o que, invariavelmente amplia o sentido na norma. Aliás, agentes públicos, na definição do professor Meireles (2004, p. 73) são “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício da alguma função estatal”. Sendo assim, não há como retirar dos magistrados a qualidade de agentes públicos.

Todavia, há que se separar a responsabilidade estatal pela atividade judiciária da jurisdicional, vez que esta se caracteriza como os atos judiciais propriamente ditos, enquanto aquela muito mais se relaciona com a atividade administrativa desempenhada no âmbito do Poder Judiciário, em que o magistrado ou o Tribunal atua, *prima facie*, como administrador, quer contratando servidores, realizando compras por meio de licitações, enfim movimentando a máquina funcional. Com efeito, salutar é a conclusão de Cahali (1996, p. 219-220)

Como Poder autônomo e independente, com estrutura administrativa própria e serviços definidos, o Judiciário, pelos seus representantes e funcionários, tem a seu cargo a prática de atos jurisdicionais e a prática de atos não-jurisdicionais, ou de caráter meramente administrativo; quanto a estes últimos, os danos causados a terceiros pelos servidores da máquina judiciária sujeitam o Estado à responsabilidade civil segundo a regra constitucional, no que se aproximam dos atos administrativos, em seu conteúdo e na forma [...]”.

Por óbvio, em que pese o balizamento emanado pela Corte Máxima consubstanciado na irresponsabilidade judiciária, vale ressaltar que é preciso fazer a distinção entre a atividade jurisdicional propriamente dita e os atos praticados pelo Judiciário mas sem caráter jurisdicional.

#### 4.4 DA RESPONSABILIDADE PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICIAL PROPRIAMENTE DITA

Apesar de alguns discordarem, os juízes são seres humanos como quaisquer outros e, portanto, passíveis de erro. E, quando assumem a posição de agentes políticos, seus provimentos não se tornam salvaguardados de eventuais prejuízos que deles possam resultar. Aliás, a falibilidade daqueles responsáveis pelos julgamentos é justamente a razão pela qual a própria lei mitiga o poder dessas decisões, quando assegura a utilização dos inúmeros recursos no afã de reformá-las. Ademais, querer conferir à prestação jurisdicional um caráter perfeccionista é fugir da realidade e viver em estado de devaneio. Em um mundo de dever-ser que nunca há de se concretizar.

Todavia, é pertinente realçar que a própria Constituição estabelece, como direito fundamental de todos os indivíduos, o mandamento de que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV). Desse modo, devemos analisar em quais casos verifica-se o *erro judiciário*, pois doutrina e jurisprudência não o definem como mera decisão injusta, ou que mal apreciou as provas, mas aquela calcada na aplicação fastidiosa da lei, com dolo, fraude ou má fé.

Além do mais, a dificuldade se incrementa quando observamos um fenômeno que a constituição confere às decisões jurisdicionais e que as tornam imutáveis. É a coisa julgada e sua imodificabilidade. *In casu*, oportunas são as indagações do mestre Cavaliere Filho (2007, p. 252) “Como reputar errada uma sentença transitada em julgado se ela é a lei do caso concreto, a vontade do Estado para determinada relação jurídica? Como provar que a decisão está errada sem o processo de rescisão? Como poderá a sentença remanescer entre as partes e ser considerada errada em face do Estado?”.

Entenda-se a *questio juris* colocada em tela, uma vez que é de difícil aceitação que uma decisão transitada em julgado e que, por conseguinte, torna-se lei entre as partes e lhe é conferido efeito constitucional de coisa julgada, imutável e indiscutível, senão pela via rescisória pode ser imodificável entre as partes, porém, mesmo assim, o Estado seja responsabilizado por tratar-se de erro.

Vale a pena, trazer à colação o sereno entendimento do jurista Alvim ( 1975, p. 308)

Vale dizer, se há coisa julgada, enquanto esta estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado; se passar o prazo dentro do qual poderia ter sido proposta ação rescisória e isto não ocorreu, não mais se

poderá – em processo civil – falar em responsabilidade do Estado, salvo, eventualmente, se o Poder Judiciário, através do juiz, atentar conscientemente contra a coisa julgada anterior, causando dano. Por outras palavras, estando de pé o ato jurisdicional e não havendo meios para que o mesmo seja derrubado, tal se constitui em fator inibitório da responsabilidade civil do Estado.

No mesmo sentido, encontra-se a opinião do renomado Stoco (1999, p. 543) segundo o qual a rescisão do julgado, pela revisão criminal ou ação rescisória cível, é pressuposto para ajuizamento de ação reparatória em face do Estado. Ademais, argumenta que se agindo de modo diverso, culminaria na “incerteza jurídica com a desestabilização dos julgados, tendo-se de fazer *tabula rasa* do instituto garantidor e estabilizador da coisa julgada”.

Contudo, a matéria nem de longe se encontra pacificada. Veja-se, por exemplo, que o administrativista Di Pietro (1994, p. 364) rechaça *in totum* a assertiva de que a responsabilização estatal permitiria desestabilização das decisões e transgressão à coisa julgada, argumentando que “o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece intangível. É o Estado que deverá responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário”. Também acompanha a digressão o Hentz (1995, p. 43) para quem a reparação é pleiteada em ação autônoma e, portanto, totalmente distinta daquela primeira ação, em que houve o erro e se deu o fenômeno da coisa julgada, que, no seu entender, não influenciam no eventual desacerto da sentença.

Ultrapassada essas fases, observa-se que, a despeito da clareza da Constituição Republicana, os tribunais pátrios têm resistido a dar aplicação ao art. 5º, inciso LXXV, o qual assevera enfaticamente que o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário”.

Analisando os julgados acerca do tema, percebe-se, de fato, uma interpretação assaz restrita acerca da conceituação de *erro judiciário*.

Veja-se, a propósito, acórdão da Jurisprudência atual do Guardião da Constituição, cuja Relatoria coube ao eminente Min. Carlos Velloso, na qual foi rechaçada a caracterização de erro judiciário em prisão preventiva de réu absolvido, *verbis*: (BRASIL, 2004):

RE 429518 AgR / SC - SANTA CATARINA  
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO  
Julgamento: 05/10/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma  
Publicação  
DJ 28-10-2004 PP-00049 EMENT VOL-02170-04 PP-00707  
RTJ VOL 00192-02 PP-00749  
RDDP n. 22, 2005, p. 142-145  
Parte(s)  
AGTE.(S): EDUARDO FRANCISCO DOS SANTOS

ADV.(A/S): NARDIM DARCY LEMKE  
AGDO.(A/S): ESTADO DE SANTA CATARINA  
ADV.(A/S): PGE-SC - ANA CLÁUDIA ALLET AGUIAR

Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL.  
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37,  
§ 6º.

I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário C.F., art. 5º, LXXV mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.

III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (grifo nosso)

Embasado neste precedente, alguns Tribunais, hierarquicamente inferiores, tem perfilhado a mesma posição (RIO DE JANEIRO, 2005):

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. PRISÃO PROVISÓRIA. REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Descabimento do pedido indenizatório, por se acharem presentes os requisitos legais autorizativos da prisão provisória, cuja licitude não é descaracterizada pela posterior absolvição do acusado por falta de provas, no juízo criminal, não se configurando na espécie, nenhuma das hipóteses previstas no art. 5º, LXXV, da CF. (TJRJ. Ap. 2004.001.07719, 16ª Câmara Cível, Rel. Dês. Mário Roberto Mannheimer. Data da Publicação DJ 17/05/2005).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. Réu preso preventivamente e absolvido por insuficiência de provas. Decreto segregatório dentro dos limites da ordem legal, sem que tenha havido qualquer ato de natureza culposa, erro judiciário, ilegalidade ou arbitrariedade. Verba indevida.

(RT, 752: 319)

INDENIZAÇÃO. ERRO JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. Réu absolvido em processo-crime por não terem sido bem evidenciadas as circunstâncias em que ocorreram os fatos. Inexistência de dolo ou fraude nos atos do Ministério Público ou do Judiciário quando no exercício de suas funções. Verba indevida. Inaplicabilidade do art. 37, §6º da CF.

(RT, 749: 285)

Mesmo diante da posição tomada pelos Tribunais Julgadores, inclusive pela Suprema Corte, o tema é inquietante, porquanto a evolução do instituto da responsabilidade civil leva invariavelmente à aceitação da tese responsabilidade objetiva, especialmente quando o causador do dano é a figura do Estado. Ademais, conforme já evidenciado, há fundamentação legítima na *teoria do risco administrativo*, aceita em todos os demais ramos da Administração.

Apenas na relação Judiciária é que ainda se mantém dúbia a orientação dos Tribunais. Nesse particular, contudo, é de se acrescentar o vanguardismo de algumas Cortes Judicantes que já tem dinamizado e atualizado suas posições, senão vejamos a jurisprudência selecionada por Gonçalves, (2009, p. 240-241):

INDENIZAÇÃO. ERRO JUDICIÁRIO. PRISÃO INJUSTA. AUTOR MANTIDO EM CADEIA PÚBLICA APESAR DE ABSOLVIDO E SUJEITO À MEDIDA DE SEGURANÇA DETENTIVA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. FALTA DE VAGAS, COMO MOTIVO ALEGADO. FALHA NO FUNCIONAMENTO DO APARELHO ESTATAL QUE NÃO É CAUSA ELIDENTE DA RESPONSABILIDADE. VERBA DEVIDA.

A Constituição da República, em vigor, além de conservar no art. 37, §6, a regra genérica da responsabilidade civil objetiva do Estado, cristalinizada em nosso Direito, o obriga expressamente a indenizar o particular, quer no caso de erro judiciário, quer de prisão por tempo superior ao determinado na sentença. (art. 5º, inc. LXXV).

(JTJ, *Lex*, 155:74)

INDENIZAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. MAGISTRADO. CONDENAÇÃO DO AUTOR EM LUGAR DE OUTREM. CONFUSÃO COM OUTRA PESSOA. FALHA DO SERVIÇO PÚBLICO QUANDO DO INDICIAMENTO DO VERDADEIRO AUTOR DO DELITO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO** E NÃO PESSOAL DO JUIZ. REPARAÇÃO INQUESTIONÁVEL.

(JTJ, *Lex*, 200: 91). Grifou-se.

É notável a irresignação de parte do mundo jurídico com a manutenção da idéia de irresponsabilidade estatal face danos causados por atos jurisdicionais, notadamente quando a Carta Magna elenca taxativamente casos de responsabilidade objetiva (art. 37, §6) em todo o âmbito da Administração Pública. E mais, porque o texto constitucional é contundente, ao consignar, em seu art. 5º, inciso LXXV, que o “Estado indenizará”. Assim, faz-se oportuno um debate intenso sobre a temática de modo a fixar balizas corretas e firmes no que pertine à responsabilização pelos atos dos juízes.

#### 4.5 DA RESPONSABILIDADE PELO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICIAL-ADMINISTRATIVA

Consoante dito e evidenciado alhures, as atividades Judiciárias, podem ser desmembradas em “atos jurisdicionais típicos”, ou seja, aqueles dotados de cunho jurídico em sua essência: decisões, sentenças, acórdãos. Por outro lado, tem-se a atividade judicial-administrativa, cujos atos são *prima facie* administrativos, vez que fazem funcionar o Poder Judiciário, enquanto órgão da Administração.

Inclui-se, nesse rol, aos atos dos serventuários, a negligência do serviço judicial, as mazelas da polícia judiciária, dentre tantos outros atos que decorrentes dos atos do Poder Judiciário.

Neste ponto, prevalece a responsabilização objetiva do Estado, incidindo diretamente o art. 37, §6 da Constituição Federal, até porque se trata de atividade administrativa *stricto sensu*.

Logo, por esses fundamentos, sequer há necessidade de se debater as dificuldades lembradas com muita propriedade por Marty; Raynaud (1965) para quem a necessidade de aferição de culpa leva a um dúvida generalizada, especialmente no direito francês, posto que o vocábulo *faute* ocasiona confusão entre responsabilidade jurídica e moral na avaliação.

Ademais, até em linhas gerais, pode-se perfilar a visão de Cretella Júnior (1967, p. 67) segundo o qual, “o ato judicial é, antes de tudo, um ato público, ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário”.

Vale a pena também, trazer à cotejo a lição do saudoso mestre Porto (1989, p. 155-6) para quem “não é indispensável a verificação da ocorrência de culpa dos juízes e dos funcionários para que se caracterize a responsabilidade do Estado. Basta que o serviço se revele falho, deficiente, inoperante, para que o Poder Público responda pelo mau funcionamento [...]”.

Portanto, no caso da prática dos atos administrativos exercidos pelo Judiciário, conforme abalizada lição doutrinária, deve incidir a responsabilidade objetiva, desde que aplicável o mandamento constitucional inserto no art. 37, §6 da Constituição Federal.

## 5 CONCLUSÃO

A conclusão inicial que se abstrai da leitura da presente pesquisa é que a responsabilidade civil é um instituto, originado no direito civil, em constante estado de evolução, até porque sua essência confunde-se com o ideal de justiça.

Reparar o dano causado, atenuar seus efeitos ou tentar atingir o *status quo* anterior são sentimentos lícitos e vinculados ao juízo de equidade, juízo este tão afeito ao Direito, enquanto ciência.

Outrossim, pode-se facilmente constatar que, no jaez estatal, a responsabilidade também se faz presente. Até porque trilha diversa não se poderia optar, uma vez que o Estado também se sujeita ao império da Constituição.

Há muito se deixou de lado a ideia de que o Estado tudo pode.

E, graças a isso, também se foi margeando a tese de irresponsabilidade do Poder Público. Paralelamente, vai brotando a concepção de responsabilidade subjetiva, girando em torno da culpa, para, finalmente, mais tarde, prescindir-se do elemento culpa/dolo.

Nesse ínterim, a Jurisprudência vai se inclinando para ampliar os horizontes da responsabilidade do Estado, granjeando a objetivação também no seio estatal. É a época do desenvolvimento da teoria do risco administrativo e da revolução dos precedentes no âmbito da Corte Suprema.

Contudo, o vanguardismo tem uma abrupta pausa quando o assunto é a responsabilidade estatal pelo exercício dos atos judiciais. Muito embora o constituinte originário tenha sido expresso, a doutrina e a Jurisprudência, capitaneada pelo STF, têm claudicado e resistido aos avanços da modernidade mantendo-se o ranço conservador. Ademais, tem dado interpretação casuística e, por vezes, entende pela irresponsabilidade estatal; por outras, pela responsabilidade subjetiva, negando,

pois, em absoluto, a aplicação do art. 37, §6º da Carta e a teoria da responsabilidade objetiva.

Isso posto, o presente artigo tem como escopo precípua aguçar o debate, trazendo argumentos consistentes e, no afã de relocar a temática no palco dos debates acerca da responsabilidade estatal, propiciando, quiçá, uma renovação da construção da Jurisprudência, possibilitando, em última análise, máxima efetividade a norma constitucional sedimentada no art. 37, §6º e ao art. 5º, inciso LXXV da Carta Fundamental.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1948.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BESSION, André. **La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses**. Paris: Dalloz, 1927.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 69568/SP. Rel. Min. Luis Gallotti. 1ª Turma. j. 17/11/1970. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=165530>>. Acesso em: out. 2011.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 70121/MG. Rel. p/ Acórdão Min. Djaci Falcão. Tribunal Pleno. j. 13/10/1971. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166040>>. Acesso em: out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 109615/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. j. 28/11/1996. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200815>>. Acesso em Outubro/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 111609/AM. Rel. Min. Moreira Alves. 1ª Turma. j. 11/12/1992. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=202459>>. Acesso em: out. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 429518 AgR/SC. Rel. Min. Carlos Velloso. 2ª Turma. j. 05/10/2004. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370988>>. Acesso em: out. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. IV.

\_\_\_\_\_. **Direito romano moderno**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, José de Aguiar . **Da responsabilidade civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FRANÇA. **Code Civil des Français**. Publ. em 21 de março de 1804. Disponível em: <[http://oll.libertyfund.org/?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2352](http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=2352)>. Acesso em: out./2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização por erro judiciário**. São Paulo: LEUD, 1995.

LYRA. Afrânio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. **Droit civil**. Paris: Sirey, 1965. v. I, tomo II.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de las responsabilité civile, délictuelle et contractelle**. 5 ed. Paris: Editions Montchrestien, 1957.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8º ed. São Paulo: Forense, 1986. v. 3.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. 2004.001.07719. Rel. Des. Mário Roberto Mannheimer. Disponível: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&PGM=WEBSAP01&LAB=SAPxWEB&PORTAL=1-Ap.2004.001.07719=ccivilTHGTF>>. Acesso em: out. 2011.

STOCO. Rui. **Responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

# ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS TRABALHISTAS À LUZ DO SÉCULO XXI

**Lucas Emmanuel Silveira Camelo**

Advogado, especialista em Direito Processual Civil e pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho  
e-mail: lucasesc20@hotmail.com

## RESUMO

O Estado Democrático de Direito brasileiro possui um sistema normativo organizado em regras positivadas e princípios normativos que servem de base e vigas mestras para a consecução de uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa linha, aflora o direito laboral ou trabalhista composto de regramentos e postulados próprios, sendo estes últimos essenciais para a elaboração, exegese e aplicação das normas operárias aos casos concretos postos. Diante de outra perspectiva, qual seja, a da avassaladora globalização e desenfreado capitalismo predominante no século XXI, vê-se que o estuário normativo laboral, bem como os seus preceitos basilares vêm sofrendo uma nova roupagem interpretativa, em decorrência da constante flexibilização dos direitos do trabalho, chegando até o ponto de consagrados doutrinadores advogarem a tese de que os cânones normativos trabalhistas também pertencem aos demais ramos da ciência do direito. Dessarte, não almejando esgotar a matéria, nos propomos a defender a tese de que a flexibilização dos direitos trabalhistas tem limite, sendo certo que o direito obreiro deve ser elaborado, interpretado e efetivado em inteira harmonia e respeito aos seus preceitos norteadores (proteção, irrenunciabilidade, continuidade da relação de trabalho, primazia da realidade, razoabilidade e boa-fé).

**Palavras-chave:** Princípios. Nova roupagem e interpretação dos postulados trabalhistas. Regras Positivadas e Preceitos Normativos.

## ABSTRACT

The Legal Democratic State of Brazil has a normative system organized rules positivist and normative principles that are the bases and girders to achieve a free society, justice and solidarity. In this way, arises the labor law or labor compound and rules own postules, the latter being essential for the development, interpretation and application of workers jobs to specific cases. In the face of another perspective that of the overwhelming globalization and unbridled capitalism prevalent in the twenty-first century, we see that the estuary normative work, as well as its basic principles have been under a new guise of interpretation, due to the steady easing of the rights of work, getting to the point of established scholars advocate the thesis that normative canons labor also belong to other branches of science of law. So, aiming not exhaust limits, given that the right worker should be developed, interpreted and effected in full harmony and respect to their guiding principles (protection, hopelessly, continuity of the employment relationship, the primacy of fact, reasonableness and good faith).

**Keywords:** Principles. New guise and interpretation of the postulates labor. Rules positivist and normative precepts.

## 1 INTRODUÇÃO

É indubitável que o direito como ciência do conhecimento humano é estatuído por um conjunto de institutos e normas (regras e princípios), que espelham os anseios e a realidade econômica, social e política de determinado Estado, almejando regular as relações jurídicas e sociais vivenciadas entre o Ente Estatal e os cidadãos e entre os próprios indivíduos com o objetivo final de se obter uma sociedade livre, justa e solidária.

Com efeito, inobstante o direito tratar-se de uma ciência una, pois os seus ramos jurídicos convivem entre si sem se extirpar ou aniquilar as demais disciplinas jurídicas do sistema normativo, sabe-se que o ordenamento jurídico tem as suas subdivisões jurídicas, sendo certo que estas possuem as suas próprias peculiaridades, preceitos, regras e instituições, que as tornam um ramo jurídico com independência e autonomia regulando as relações sociais no seu campo de atuação.

Nessa esteira, exsurge o direito do trabalho, também conhecido como direito laboral, operário, industrial, composto por seus próprios regramentos e postulados, que se tornam verdades base da sua própria existência perante o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, mesmo sabendo que não é tarefa fácil conceituar qualquer instituto jurídico, tentamos com o auxílio das lições de diversos autores conceituar e tecer algumas considerações quanto aos princípios, sua função e importância perante o estuário normativo pátrio, em especial na seara juslaboral, trazendo a título de curiosidade uma nova interpretação dos princípios clássicos trabalhistas a teor da hermenêutica introduzida por Arion Sayão, bem como uma nova análise e exegese dos postulados trabalhistas diante da realidade atual, onde o conflito capital x trabalho cada vez mais se endurece.

Dessarte, constata-se que desde o advento do Direito Laboral durante a Revolução Industrial no século XIX até os dias atuais, percebe-se que o sistema capitalista se aperfeiçoou de modo que os princípios clássicos do direito trabalhista estão recebendo uma nova roupagem interpretativa, haja vista os efeitos da flexibilização dos direitos do trabalho, chegando até o ponto de supostos descobrimentos de que os preceitos trabalhistas também pertencem a outros ramos do direito, conforme veremos adiante.

## 2 CONCEITO DE PRINCÍPIO

O art. 1º, *caput*, da Lei Maior de 1988 assevera que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, de sorte que se infere que a forma de governo adotada pelo constituinte pátrio é a República, a forma de Estado é a Federação e o Regime de governo escolhido

foi a Democracia alicerçada nas leis do nosso país, ou seja, juntamente com a Carta Cidadã de 1988, as espécies normativas inseridas no art. 59 da Constituição Federal de 1988 devem ser utilizadas como parâmetro na regulação e resolução de conflitos da sociedade.

Ocorre que, aliado ao aludido positivismo jurídico, que diga-se de passagem é essencial para a concretização da estabilização das relações sociais e da segurança jurídica (art. 5º, incs. II e XXXVI, CF/88), o legislador constituinte cravou na Norma Ápice vários *princípios explícitos*, a exemplo daqueles que regem a Administração Pública (art. 37, caput, CF/88), as cláusulas pétreas (art. 60, §4 da CF/88), os preceitos gerais da atividade econômica consignados no artigo 170, dentre outros. Doutra banda, de uma análise sistêmica do sistema normativo pátrio, constata-se a existência de vários *postulados implícitos*, que dão base e tratam-se da verdadeira essência e alma do direito positivo.

Nessa linha de idéias, não poderia ser diferente com o direito juslaboral, pois este ramo do direito também possui suas próprias peculiaridades e preceitos. Mas afinal o que é princípio? Qual a sua função? Quais e quantos são? Pois bem. Respondendo a primeira indagação, e deixando as demais para análise posterior, calha transcrever nessas linhas o escólio do saudoso Reale (1977, p. 299), onde preconizou que “princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”.

Não menos sábias são as palavras proferidas pelo jurista trabalhista Delgado (2009, p. 173), onde aduz que “para a ciência do direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.

Na mesma linha de sapiência é o ensinamento de Bandeira de Mello (1997), quando preceitua que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Outrossim, registre-se a conceituação formulada por Cretella Jr (1997, p. 7), onde afirma que “princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência” .

Nessa senda, podemos pontilhar que princípio é a base, alicerce e sustentáculo do ordenamento jurídico, pois irradia os seus efeitos na construção, interpretação e aplicação dos regramentos jurídicos.

### 3 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Nesse aspecto, constata-se que a doutrina trabalhista é praticamente uníssona, pois os princípios norteadores do sistema normativo pátrio têm como funções e desiderato servir de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas quando da sua elaboração, tendo também função normativa, pois atua supletivamente nas lacunas ou omissões da lei, bem assim, função interpretativa, posto que, auxilia os juristas e intérpretes da lei quando da sua aplicação ao caso concreto.

Em breves linhas, todavia de forma perspicaz preceitua Barros (2008, p. 179), na sua prestigiada obra curso de Direito do Trabalho, “esses princípios têm como funções informar o legislador, orientar o juiz na sua atividade interpretativa, e, por fim, integrar o direito, que é uma função normativa. Na mesma perspectiva, Nascimento (2009) que os princípios têm uma tríplice função. Primeira, a função interpretativa, da qual são um elemento de apoio. Segunda, a função de elaboração do direito do trabalho, já que auxiliam o legislador. Terceira, a função de aplicação do direito, na medida em que servem de base para o juiz sentenciar.

### 4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Bastos (1997, p. 144) enumera como princípios gerais de Direito os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, os quais são vistos por alguns autores como valores (justiça, liberdade, bem-estar geral e paz interior), porque atuam como metanormas. Conclui o citado autor dizendo que os princípios gerais de direito “são verdadeiros valores, sendo princípios, vale lembrar, porque se concebem como causa, gênese, origem”.

Já o ilustre doutrinador Martins (2005) preceitua que, existem princípios que são comuns ao Direito em geral, de modo que ninguém poderá alegar a ignorância do Direito. Deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana; é proibido o abuso de direito, o enriquecimento sem causa.

Outrossim, Nascimento (2009) preconiza que há princípios de inegável aplicação comum. É o caso do respeito à personalidade humana, a que se refere Del Vecchio (1925), em seu livro *Les principes généraux de droit*. De igual modo afirma que há princípios de direito civil aplicáveis ao direito do trabalho, sendo válidos para ambos os ramos do direito, embora em alguns casos possam ter um aspecto especial no direito do trabalho. Nessa esteira, posicionam-se os postulados da autonomia da vontade; *pacta sunt servanda*, ou seja, os acordos devem ser cumpridos; *rebus sic stantibus*, ou seja, para justificar as exceções que a equidade ordena, impostas como medidas indispensáveis para que a modificação dos contratos encontre respaldo jurídico quando a alteração do estado de fato existente no momento da formação dos contratos indique a inafastabilidade da sua

alteração; *exceptio non adimpleti contractus*, isto é, nenhuma das partes pode exigir o implemento de sua obrigação antes de cumprir sua parte no pactuado (art. 476 do CC) .

## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DO TRABALHO

Os princípios constitucionais, segundo parte da doutrina, têm deixado de ser princípios científicos ou dogmas, para se converterem em direito positivo e, pois, com plena eficácia normativa. Eles são súmulas que permitem melhor caracterizar a constituição e compreendê-la.

Há, entretanto, quem considere os princípios constitucionais como “síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica” e os classifique em princípios fundamentais, vistos como os que contêm decisões políticas estruturais do Estado (ex. princípios republicano, federativo, do Estado Democrático de Direito, etc.); princípios gerais, como desdobramento dos princípios fundamentais, incluindo-se entre eles o princípio da legalidade, isonomia, do juiz natural; por fim, os princípios constitucionais setoriais ou especiais, vinculados a determinado assunto, como, por exemplo, princípio da legalidade tributária, legalidade penal, entre outros. (BARROSO, 1998, p. 141)

Alguns autores, a exemplo de Nascimento (2009, p. 121), baseado em Canotilho (1992), admitem possam ser identificados princípios constitucionais do Direito do Trabalho com ilustrações importantes, a saber:

o trabalho escravo contraria o princípio fundamental da liberdade de trabalho, a dispensa de apenas alguns grevistas cuja participação na paralisação em nada difere dos demais que aderiram ao movimento contrapõe-se, salvo peculiaridades, ao princípio constitucional da isonomia; a cobrança de contribuições sindicais em valores mais elevados daqueles que não são sócios do sindicato, com o objeto de forçá-los a se associar, é contrário ao princípio constitucional da liberdade de sindicalização.

Nesse norte, impende anotar quais são os princípios constitucionais de Direito do Trabalho, na ótica de Nascimento (2009, p. 123), vejamos:

a liberdade sindical; a não interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I); o direito de greve (art. 9º); representação dos trabalhadores na empresa (art. 11); o reconhecimento das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVII); proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I); irredutibilidade de salários (art. 7º, VI); isonomia salarial, etc.

Com efeito, os princípios constitucionais do direito do trabalho são aqueles que balizam a existência e interpretação do Direito do Trabalho. Constituem-se como normas-base do ramo jurídico especializado, pautando a elaboração dos conceitos e a acepção das normas trabalhistas, de modo que não se admite a apreciação dos seus fenômenos em sentido contrário aos princípios



constitucionais do trabalho. Além disso, informam e vinculam tanto a ação estatal quanto a ação privada no âmbito das relações laborais. (MIRAGLIA, 2010)

Ato contínuo, a mestre docente acima enumera como exemplos dos princípios constitucionais do trabalho: o Princípio da valorização do trabalho (fundamento da República Brasileira); o princípio da justiça social (base da ordem econômica e da ordem social); princípio da função social da propriedade (concepção de empresa como propriedade); princípio da proporcionalidade; princípio da igualdade e não discriminação; princípio da dignidade da pessoa humana;

De outra banda, o jurista Cairo Júnior (2010) aduz que a Carta Política de 1988 enumera, sem seu art. 7º, os direitos fundamentais do trabalhador, donde pode-se extrair os princípios constitucionais do Direito do Trabalho, quais sejam, princípio da irredutibilidade salarial; princípio da igualdade salarial; princípio da proteção do mercado de trabalho da mulher; princípio da proteção do trabalho do menor; princípio da proteção à saúde do trabalhador; princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; princípio da não-discriminação.

## **6 PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO**

Consoante já explicitado em linhas pretéritas, o Estado Democrático de Direito Brasileiro é regido pela Carta da República de 1988 e pelas espécies normativas tombadas sob o art. 59 do aludido Diploma Legal. Aliado a tal regramento encontra-se os preceitos constitucionais e processuais que dão base, sustentação e servem como verdades reinantes na concretização das atividades Estatais.

Com o direito do trabalho, nem de longe poderia ser diferente, posto que, como ciência jurídica autônoma possui seus próprios preceitos, institutos e características peculiares que espelham a sua própria essência e finalidade perante o regramento jurídico Estatal.

Com efeito, como não poderia ser diferente, haja vista os avanços, retrocessos e dinâmica capitalista da sociedade, vivencia-se neste século XXI crises econômicas, bélicas e, por conseguinte, sociais, surtindo-se efeitos em todas as áreas do conhecimento e da ciência, a exemplo do Direito do Trabalho que vive atualmente lado a lado com o “fantasma da flexibilização dos direitos trabalhistas” (ROMITA, 2010).

Entretanto, em decorrência da força normativa dos seus postulados o direito do trabalho vem se sustentando perante o capitalismo e a globalização.

Entretanto, de antemão, vale destacar que não é uníssona na ciência do direito a enumeração dos princípios e, por este motivo, também discrepa a doutrina trabalhista em tal *mister*. Conquanto pululem divergências terminológicas e conceituais, ainda assim é realizável a ideiação de um

catálogo de princípios do direito do trabalho (SILVA NETO, 1998).

Assim, vejamos as verdades em que se sustentam o direito positivo obreiro. No que toca aos princípios do direito juslaboral, impende consignar de início os elencados pelo eminente doutrinador uruguaio Plá Rodriguez (1975), na sua renomada obra *Los principios Del Derecho Del Trabajo*, haja vista que a obra do renomado autor não obstante ter sido elaborada em 1975, continua a exercer entre nós profunda influência, pois não há manual ou compêndio de direito do trabalho que deixe de estudar os princípios segundo sua lição, embora introduzindo aqui e ali alguma alteração.

Nesse diapasão, estamos diante do Princípio Protetor; Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos; princípio da continuidade da relação de trabalho; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade e princípio da boa-fé;

O princípio protetor, portanto, tem por objetivo estabelecer um amparo preferencial para uma das partes: o trabalhador. Ou nos dizeres de Cassar (2009), em face deste desequilíbrio existente na relação travada entre empregado e empregador, por ser o trabalhador hipossuficiente (economicamente mais fraco) em relação ao empregador, consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador.

O princípio da irrenunciabilidade reflete a impossibilidade jurídica de o empregado privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo ordenamento trabalhista em seu benefício. Noutros termos, consoante Cairo Júnior (2010) pelo princípio da irrenunciabilidade fica tolhida a possibilidade do empregado despojar-se do direito subjetivo trabalhista de que é titular e que pode ser exercido em face do empregador. O princípio da irrenunciabilidade, também denominado de princípio da indisponibilidade ou princípio da inderrogabilidade, foi positivado pelo art. 9º da CLT, ao dispor que: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação” (CAIRO JÚNIOR, 2010, p. 98).

Já o da continuidade expressa a tendência atual do direito do trabalho a atribuir à relação de trabalho a mais longa duração, de todos os pontos de vista e em todos os aspectos. Noutras linhas, da lavra de Barros (2008), onde pontilha que o preceito da continuidade visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial.

No que toca ao princípio da primazia da realidade, significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos ou acordos, deve dar-se preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. Noutras palavras, vê-se que o princípio ora em estudo constitui-se em sólido instrumento de pesquisa e aferição da verdade real dos fatos, principalmente nas lides trabalhistas, onde freqüentemente ocorre fraudes contratuais, a teor do art.

9º Celetado.

No que pertine ao princípio da razoabilidade, este consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações de trabalho, procede e deve proceder conforme a razão.

Por fim, no que concerne ao preceito da boa-fé, este distingue-se segundo o doutrinador uruguaio em boa-fé crença e boa-fé lealdade. A primeira é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, então, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. Já a segunda, a boa-fé lealdade refere-se à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com seu dever.

## **7. PRINCÍPIOS DE DIREITO DE TRABALHO À LUZ DA TEORIA DE ARION SAYÃO ROMITA**

Não raro nos deparamos na atualidade com decisões judiciais e até mesmo jurisprudência pacífica dos Tribunais Trabalhistas do nosso país, nas quais homenageiam-se a autonomia privada através da negociação coletiva e os seus instrumentos normativos, em detrimento do direito trabalhista e os seus princípios, de sorte que no nosso entendimento não resta dúvida que o direito laboral vem perdendo força e credibilidade perante os jurisdicionados em virtude da sua flexibilização.

Em artigo publicado na revista LTr do mês de setembro de 2010, o jurista supracitado fez uma astuta análise e abordagem dos princípios clássicos trabalhistas à luz da realidade vivenciada atualmente, ou seja, com os olhos voltados para o desemprego, o capitalismo e as mudanças e instabilidades socioeconômicas.

Desta feita, aduz o supramencionado doutrinador que nenhum dos princípios clássicos de direito do trabalho constitui um verdadeiro princípio, porque nenhum deles é exclusivo da disciplina, vale dizer, nenhum deles preenche o requisito de ser desconhecido dos demais ramos do direito, senão vejamos:

Quanto ao princípio da proteção: vista pela ótica protecionista, não é difícil identificar esta suposta “proteção” em outras disciplinas jurídicas, a começar pelo Direito Penal: ele protege o autor do delito, porque veda a retroeficácia e, bem assim, a aplicação analógica da lei penal, além de observar as regras *non bis in idem*, *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. O direito das coisas protege o proprietário. O direito das obrigações protege o credor. O direito tributário protege o Fisco. O direito das relações de consumo protege o consumidor, e assim por diante.

Pois bem. Em que pese a perspicácia do entendimento e conclusão acima, ousamos respeitosamente divergir, pois entendemos que o preceito da proteção trata-se não só de um verdadeiro princípio do direito laboral, mas sim de um supraprincípio, servindo de base e

sustentáculo para se tentar obter uma igualdade material entre o trabalhador e o empregador. Ademais, o preceito protetivo quando utilizado de forma exegética em uma relação de trabalho, cujos sujeitos da relação jurídica, tratam-se de empregado e empregador, reveste-se de natureza predominantemente trabalhista, sendo certo que o aludido postulado trata-se até mesmo da essência e alma do direito obreiro.

No que tange ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos, o multicitado jurista sublinha com maestria que é encontradiço em outros ramos do direito, como, por exemplo, toda a gama de direitos indisponíveis próprios do direito público (direitos da cidadania) e também do direito privado, como é o caso dos direitos da personalidade, dos direitos dos cônjuges no direito de família, etc.

Por sua vez, no que concerne ao princípio da continuidade da relação de trabalho, este sim, poderia ser considerado típico do direito do trabalho, porque só esta disciplina regula tal relação jurídica. Entretanto, explicita Romita (2010) que esta característica não é exclusiva da relação de trabalho, bastando lembrar a relação estatutária, que vincula o servidor à administração pública.

Em seqüência sublinha também, que o preceito da primazia da realidade é comum a todos os ramos do direito, pois se este princípio fosse exclusivo do direito do trabalho, seria de rigor indicar qual dos ramos do direito preconiza o desprezo da realidade. Na realidade, estamos diante não de um princípio, mas de simples regra de interpretação dos negócios jurídicos. Lê-se no art. 85 do Código Civil de 1916: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”(ROMITA, 2010). Na interpretação dos negócios jurídicos em geral (e não apenas nos trabalhistas), a realidade dos fatos prima sobre a declaração de vontade das partes.

Na mesma senda, não menos brilhante é a visão e perspectiva adotada pelo aludido Autor no que atine ao princípio da razoabilidade, pois no seu sentir também não é privativo da sistemática trabalhista, mas, sim, critério geral de aferição dos fundamentos que justificam tratamento desigual, em determinadas circunstâncias. Proíbe-se a distinção que não assenta sobre um fundamento razoável. A distinção só é lícita quando razoável, não arbitrária. Esta regra vigora em todos os ramos do direito, não apenas no direito do trabalho. Trata-se, na realidade, de um postulado da própria teoria do direito. Se este fosse um princípio exclusivo do direito do trabalho, seria necessário apontar os ramos do direito segundo os quais o ser humano não deve proceder conforme a razão.

Por derradeiro, conforme o escólio do ilustre jurista supramencionado, vê-se que o princípio da boa-fé não é exclusivo do direito do trabalho. Trata-se, na realidade, de norma que preside a todo o direito contratual (contratos de direito civil, comercial, administrativo, etc.). Lê-se, no art. 422 do Código Civil de 2002 : “Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato,

como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (ROMITA, 2010). Caso se afirmasse a exclusividade desse preceito em relação ao direito do trabalho, seria o caso de se exigir a indicação do ramo do direito que preconizasse a execução da má-fé dos contratos.

Em síntese, após análise dos fundamentos que embasam o posicionamento do aludido Autor, insta consignar que, no nosso modesto sentir, os princípios trabalhistas supracitados encontram-se arraigados no âmago do direito trabalhista, sendo tarefa das mais árduas conceber a existência e real eficácia do direito obreiro, sem sua base principiológica acima. Ressalte-se, por oportuno, que não é o simples fato de os preceitos supramencionados também fazerem-se presentes em outros ramos do direito, que os fazem perder a identidade justrabalhista, pois como se sabe os direitos trabalhistas são garantias sociais, fundamentais e cláusulas pétreas, justamente em decorrência da sua posição e importância normativa constitucional que se amparam nos postulados constitucionais e trabalhistas clássicos.

## **8 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CONTEXTO DO DIREITO DO TRABALHO: ontem e hoje.**

Levando em consideração a inegável importância e predominância do princípio da proteção para o direito do trabalho, assim como, partindo da premissa de que uma maior ou menor eficácia e/ou interpretação do aludido preceito influenciará na tutela jurisdicional concedida ao trabalhador/jurisdicionado, nos debruçaremos sobre o seu conteúdo com o escopo de apreendermos a sua eficácia no contexto hodierno do direito laboral.

Conforme as linhas mestras da jurista Cassar (2009), o princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Desta forma, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de contrato de emprego. Ato contínuo, a autora supra arremata que, o fundamento deste princípio está relacionado com a própria razão de ser do Direito do trabalho: o equilíbrio entre os interesses do empregado e do patrão.

Para Rodriguez (1978) o princípio da proteção, que é o fundamento e a base do Direito do Trabalho, divide-se em: - Princípio da Prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador; princípio da interpretação: *in dubio pro misero*.

Com efeito, impende destacar que não há consenso na doutrina se este princípio é gênero de todos os outros princípios de Direito do Trabalho ou apenas dos três princípios acima destacados. A doutrina majoritária, seguindo a orientação de Rodriguez (1978), defende que o princípio da proteção é gênero que comporta as três espécies acima.

Nessa linha, insta consignar que, conforme percebemos das labutas forenses, mais especificamente da recente jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas de nosso país, vê-se que o princípio da proteção do trabalhador, em todas as suas esferas, está atravessando grave crise, de excessiva proteção para uma realidade de desproteção ou de menos proteção destinada ao empregado. Sendo certo que, conforme Cassar (2009, p. 143):

Há até os que defendem que o princípio da proteção ao trabalhador não existe (e nunca existiu) e aqueles que acreditam na necessidade da futura extinção, em face da dificuldade econômica que atravessa o país e, por isso, advogam pela ausência total do Estado nesta relação entre particulares.

Diante de tais conclusões, impende explicitar que aqueles que não acreditam na existência do preceito protetivo juslaboral ou na verdade almejam aniquilá-lo do mundo jurídico, guardam na verdade a inequívoca intenção de imprimir em nossa sociedade uma cultura da autonomia privada (acordos e convenções coletivas), com a diminuição do campo de atuação da legislação heterônoma obreira, acrescentando-se, que tal medida não tem resultado e eficácia digna, justa e equânime, pois infelizmente o nosso país não tem a maturidade econômica, política e social nas suas relações de trabalho, para se basear por tais instrumentos normativos.

No que diz respeito ao *princípio da norma mais favorável*, nos acostamos a objetividade e perspicácia do conceito elaborado pela jurista Cassar (2009), onde explicita que aquele postulado deriva também do princípio da proteção ao trabalhador e pressupõe a existência de conflito de normas aplicáveis a um mesmo trabalhador. Neste caso, deve-se optar pela norma que for mais favorável ao obreiro, pouco importando sua hierarquia formal. Ou seja, em havendo mais de uma norma aplicável ao mesmo trabalhador, deve-se escolher aquela mais benéfica ao obreiro, independente da hierarquia das normas.

Vale destacar que, conforme a teoria geral do direito, quando há conflito de normas aplicáveis ao mesmo caso concreto, deve-se aplicar a de grau superior e, dentre as de igual hierarquia, a promulgada mais recentemente. Todavia, tal regra não se aplica ao direito do trabalho, pois este é norteado pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Neste caso, não há um respeito à hierarquia formal da norma, mas sim a fonte que for mais benéfica ao empregado.

Faz-se necessário consignar que na seara juslaboral há três teorias de interpretação e integração de normas em casos de existirem conflitos quanto à sua aplicação ao mesmo trabalhador, quais sejam, atomista, conglobamento e intermediária.

À primeira é o critério que leva em consideração o benefício isolado contido em cada norma, aglutinando-os, acumulando-os numa só. A teoria do conglobamento, considera a norma como um todo, respeitando o seu conjunto, isto é, após o seu confronto, aplica-se exclusivamente a mais favorável ao trabalhador, em seu bloco, ignorando a outra. Já a teoria intermediária, por fim,

seleciona os institutos existentes entre as duas normas para compará-los e, a partir daí, escolher exclusivamente o mais benéfico de cada norma para aplicá-lo ao trabalhador.

Desta feita, é de se registrar que a jurisprudência do C. TST vem se manifestando, em algumas passagens, de modo contrário ao acima exposto, *in verbis*:

OJ-SDI1-123 BANCÁRIOS. AJUDA ALIMENTAÇÃO (inserida em 20.04.1998)  
A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário.  
ERR 118739/94, SDI-Plena  
Em 10.02.1998, a SDI-Plena, por maioria, decidiu que ajuda alimentação paga ao bancário, em decorrência de prestação de horas extras por prorrogação de jornada, tem natureza indenizatória e, portanto, não integrativa ao salário.  
OJ-SDI1-322 ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA (DJ 09.12.2003)  
Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.  
SUM- 423 TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/2006 – DJ 10, 11 e 13.10.2006. Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.

Ocorre que, não obstante o teor das teorias acima, constata-se na atualidade, assim como da doutrina de Silva (1999) que o princípio da norma mais favorável e, por conseguinte, o preceito da proteção sofre limitações de três tipos. A primeira, de cunho instrumental (entre que normas atua); a segunda, de caráter material, que se refere ao conteúdo das normas, e, por derradeiro, a última limitação aplicativa, em que se questiona qual o método de comparação entre as normas deve ser utilizado, em suma, qual a norma mais favorável deve ser aplicada no caso concreto.

No que atine ao princípio da Prevalência da Condição mais Benéfica ao Trabalhador, urge transcrever a sábia definição da doutrinadora Cassar (2009, p.143), *in verbis*:

Determina que toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, seja oriunda de lei, do contrato, regimento interno ou norma coletiva. Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula contratual tacitamente ajustada - art. 468 da CLT.

Também é de se registrar a perspicaz conclusão do Ministro Delgado (2009, p. 187), onde de forma sucinta e objetiva assevera que, na verdade, o princípio da “cláusula mais benéfica”

traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também característico do Direito do Trabalho.

Em síntese, podemos asseverar que o princípio ora em discepção tem como escopo a preservação do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88), homenageando por conseguinte, o preceito protetivo do direito do trabalho e da segurança jurídica (art. 5º, II, CF/88).

Desse modo, pedimos *vênia* para timbrar nesse estudo o entendimento do C. TST, quanto à matéria ora em análise, donde infere-se que o princípio protetivo vem passando por séria crise ante o conflito que se dá entre a flexibilização dos direitos trabalhistas e a rigidez dessas normas, vejamos (CASSAR, 2009, p. 148):

OJ-SDI1-159 DATA DE PAGAMENTO. SALÁRIOS. ALTERAÇÃO (inserida em 26.03.1999)

Diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único, do art. 459, ambos da CLT.

OJ-SDI1-275 TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. HORISTA. HORAS EXTRAS E ADICIONAL. DEVIDOS (inserida em 27.09.2002)

Inexistindo instrumento coletivo fixando jornada diversa, o empregado horista submetido a turno ininterrupto de revezamento faz jus ao pagamento das horas extraordinárias laboradas além da 6ª, bem como ao respectivo adicional.

OJ-SDI1-308 JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. RETORNO À JORNADA INICIALMENTE CONTRATADA. SERVIDOR PÚBLICO (DJ 11.08.2003)

O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.

OJ-SDI1-325 AUMENTO SALARIAL CONCEDIDO PELA EMPRESA. COMPENSAÇÃO NO ANO SEGUINTE EM ANTECIPAÇÃO SEM A PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE (DJ 09.12.2003)

O aumento real, concedido pela empresa a todos os seus empregados, somente pode ser reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional no ajuste, nos termos do art. 7º, VI, da CF/1988.

OJ-SDI1-339 TETO REMUNERATÓRIO. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 37, XI, DA CF/1988 (ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998) (nova redação) - DJ 20.04.2005

As empresas públicas e as sociedades de economia mista estão submetidas à observância do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da CF/1988, sendo aplicável, inclusive, ao período anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Já o princípio do *In Dubio Pro Misero ou Indubio Pro Operario* aduz que em dúvida quanto à interpretação razoável da norma, deve o jurista optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que esta geralmente é a parte hipossuficiente da relação jurídica.

Impende explicitar que há controvérsia a respeito da sua aplicação ao Processo do Trabalho, haja vista a nomenclatura similar ao princípio do processo penal denominado *in dubio pro reo*. A



título de exemplo, temos a corrente defendida por Plá Rodriguez (1975), dentre outros, os quais defendem amplamente a aplicação do princípio supra ao processo laboral. De outra banda, tem-se o jurista Teixeira Filho (1991), que advoga a tese da inaplicabilidade do aludido preceito ao direito processual do trabalho.

Em outra perspectiva, cumpre pontilhar que o princípio em tela só poderá ser aplicado quando preenchidos simultaneamente dois requisitos, quais sejam, exista dúvida razoável sobre o alcance da norma legal e sempre que não esteja em desacordo com a vontade expressa do legislador.

Com efeito, tendo em vista que as presentes linhas não almejam esmiuçar os institutos jurídicos sob análise, nem levantar teses inovadoras, insta consignar que a jurisprudência pátria obreira em algumas oportunidades vem “flexibilizando” a aplicação do princípio acima citado.

Nesse norte, sublinhe-se que a jurisprudência do C.TST vem em algumas passagens interpretando contra o trabalhador, como a seguir veremos (CASSAR, 2009, p. 155):

OJ-SDI1-272 SALÁRIO-MÍNIMO. SERVIDOR. SALÁRIO-BASE INFERIOR. DIFERENÇAS. INDEVIDAS (inserida em 27.09.2002)

A verificação do respeito ao direito ao salário-mínimo não se apura pelo confronto isolado do salário-base com o mínimo legal, mas deste com a soma de todas as parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado diretamente do empregador. SUM-351 PROFESSOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 605, DE 05.01.1949 E ART. 320 DA CLT (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia.

SUM-369 DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 34, 35, 86, 145 e 266 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, na forma do § 5º do art. 543 da CLT. (ex-OJ nº 34 da SBDI-1 - inserida em 29.04.1994)

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III- O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. (ex-OJ nº 145 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (ex-OJ nº 86 da SBDI-1 - inserida em 28.04.1997)

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. (ex-OJ nº 35 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994)

SUM-370 MÉDICO E ENGENHEIRO. JORNADA DE TRABALHO. LEIS NºS 3.999/1961 E 4.950-A/1966 (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 39 e 53 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Tendo em vista que as Leis nº 3.999/1961 e 4.950-A/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar

em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias. (ex-OJs nºs 39 e 53 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 07.11.1994 e 29.04.1994)

SUM-371 AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nºs 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28.11.1995 e 27.11.1998)

Em arremate, em que pese o c. TST diuturnamente contribuir para a consolidação e uniformização da jurisprudência pátria trabalhista, sempre imbuído dos melhores propósitos com o escopo de obter a tão almejada pacificação social, entendemos que os casos concretos e regramentos jurídicos postos a sua apreciação devem ser interpretados e analisados em consonância com os desígnios constitucionais e trabalhistas, sempre em observância do supra princípio da dignidade da pessoa humana.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, depreende-se das linhas acima que a República Federativa do Brasil é constituída sob a égide de um Estado Democrático de Direito norteado por princípios implícitos e explícitos, estando estes últimos cravados na sua Carta Política de 1988, sendo certo que os princípios constitucionais, processuais e trabalhistas são de grande importância para a elaboração, interpretação e aplicação das normas positivadas constantes do nosso sistema normativo, pois tratam-se de fonte, base e alicerce que irradiam a sua força normativa perante o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, apesar de nossa posição divergente foi possível diagnosticar à luz da teoria advogada por Romita (2010), que os preceitos clássicos do direito do trabalho (proteção; irrenunciabilidade; continuidade da relação de trabalho; primazia da realidade; razoabilidade; boa-fé), na verdade não são verdadeiros princípios do direito laboral, posto que, não são exclusivos da ciência jurídica trabalhista, pois se fazem presente em outras searas do direito, a exemplo da cível, penal, etc.

Com efeito, sob a perspectiva do século XXI e, via de consequência, do desenfreado capitalismo, é de se sublinhar que, inobstante a imprescindibilidade dos preceitos trabalhistas para sustentar e fortalecer o direito juslaboral, percebe-se que a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, em especial o C. TST - Tribunal Superior do Trabalho, vem paulatinamente mitigando a eficácia normativa dos aludidos postulados, em razão do elastecimento da flexibilização dos direitos trabalhistas, através das negociações coletivas.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, modestamente entendemos que na atualidade o ordenamento jurídico trabalhista deve ser editado, interpretado e aplicado em inteira harmonia entre as regras positivadas e os princípios trabalhistas que o norteiam, posto que, uma ciência sem princípios ou os quais estes são desobedecidos é como uma casa sem base e alicerce, onde na primeira chuva ou vento ela se deteriora. Desse modo, não podemos deixar o direito do trabalho como norma heterônoma Estatal ser dizimado, sob o vestuto argumento de que não possui preceitos exclusivos, nem muito menos através de avenças privadas autônomas, pois conforme se infere do catálogo de direitos trabalhistas insertos na Norma Constitucional de 1988, os direitos trabalhistas como direitos, garantias fundamentais e sociais devem ser aplicados de forma justa e equânime com o propósito de contribuir para uma melhor distribuição da renda e, por conseguinte, diminuir as desigualdades sociais e econômicas, principalmente nas relações de trabalho.

## **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 de ago. 2007.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

CAHALI, Yussef Said (Org.). Código Civil, código de processo civil, constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 148-153.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho: direito Individual e coletivo**. 5 ed. São

Paulo: Jus Podivm, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo.. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 97, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. Les principes généraux de droit. São Paulo: L.G.D.J., 1925.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo: LTr, v. 74, n. 5, maio 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Princípios Gerais de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 4 ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

ROMITA, Arion Sayão. Os princípios do direito do trabalho ante a realidade. São Paulo: **Revista LTr**, v. 74, n. 9, set. 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1998.

# ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO

PROC. Nº 0003000-68.2011.5.13.0023

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RECORRIDO: JOSELITO DA COSTA NUNES

E M E N T A:

ATIVIDADES DE SOLDAGEM. INSALUBRIDADE. CONFIGURAÇÃO. As operações de soldagem industrial envolvem, além dos riscos característicos da radiação não ionizante, que provêm do arco produzido pelo eletrodo da solda, o contato direto com substâncias nocivas à saúde, a exemplo dos componentes de carbono, manganês e hidrocarbonetos. No caso, o laudo pericial demonstra que o reclamante cumpria tais atividades com o uso de máscara de proteção visual, porém, sem equipamentos outros hábeis a neutralizar a insalubridade provinda dos agentes químicos produzidos pelo vapor da solda, restando configurada, portanto, a insalubridade no ambiente de trabalho, a assegurar o recebimento do adicional de insalubridade em grau médio, como bem decidiu o Juízo de origem. Forçoso reconhecer, contudo, a necessidade de pequeno ajuste nos cálculos que integram a sentença, especificamente no que tange aos reflexos do adicional de insalubridade sobre as parcelas de férias, que foram quantificados em duplicidade. Recurso parcialmente provido.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário, oriundo da 4ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, interposto nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por JOSELITO DA COSTA NUNES em face de ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

O Juízo de origem acolheu em parte o pedido, condenando a reclamada a pagar ao reclamante, no prazo de 48 horas, a contar do trânsito em julgado, sob pena de multa prevista no art. 475-J, do CPC, os valores discriminados na planilha que integra a sentença, relativos ao adicional de insalubridade em grau médio e reflexos sobre aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários e FGTS + 40%. Impôs à reclamada, ainda, a obrigação de pagar honorários periciais, fixados em R\$ 1.000,00 (Seq. 55).

A reclamada insurgiu-se contra a decisão, alegando que o laudo pericial em que se baseou o pronunciamento jurisdicional é inconsistente e contraditório. Alega que, ao contrário da conclusão do perito, o reclamante recebeu os equipamentos de proteção aptos à neutralização de eventual insalubridade. Acrescenta que o trabalho não era realizado com agentes nocivos e, além disso, não está enquadrado entre as atribuições que asseguram ao empregado o adicional de insalubridade. Pugna pelo afastamento dos honorários periciais ou, caso assim não se entenda, requer que seja reduzida a quantia estabelecida na sentença, sob a afirmativa de que o referido valor é desproporcional à complexidade da investigação. Sustenta que a multa do art. 475-J do CPC não se aplica ao caso, em face da existência de normas específicas, inerentes ao processo do trabalho, que tratam do procedimento de execução, sem que haja previsão de

incidência da penalidade abordada naquele dispositivo. Impugna as contas que integram a sentença, alegando que o adicional de insalubridade não pode ser quantificado nos meses de férias. Diz, ainda, que a incidência de multa de 20% nos cálculos das contribuições previdenciárias é equivocada, porque constitui matéria estranha ao comando que emana da sentença. Insurge-se contra a apuração das contribuições destinadas a terceiros no cálculo das verbas previdenciárias, sob o argumento de que a Justiça do Trabalho não tem competência para proceder à execução das referidas parcelas. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso (Seq. 57).

Anexados os comprovantes de recolhimento do depósito recursal e das custas processuais (Seq. 57 – p. 11/17).

O reclamante apresentou contrarrazões, defendendo a manutenção do julgado (Seq. 66).

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em conformidade com as disposições regimentais.

É o relatório.

## V O T O

### ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, porque atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

### MÉRITO

#### Adicional de Insalubridade

O litígio em exame orbita, basicamente, em torno do pedido de adicional de insalubridade formulado pelo reclamante, sob o argumento de que mantinha contato permanente com substâncias tóxicas, no exercício da função de soldador.

O Juízo de origem deferiu o pleito, por entender, com base no laudo pericial, que, efetivamente, as atividades se davam em condições insalubres, sem a necessária proteção.

A reclamada insurge-se contra o pronunciamento jurisdicional, asseverando que, ao contrário da conclusão do perito, o reclamante recebeu os equipamentos de proteção aptos à neutralização de eventual insalubridade. Acrescenta que o trabalho não era realizado com agentes nocivos e, além disso, não está enquadrado entre as atribuições que asseguram ao empregado o adicional de insalubridade.

Sem razão.

Não é necessário grande esforço para concluir-se que os trabalhos inerentes à função de soldador são realizados sob condições peculiares, diferenciadas, capazes de propiciar extremo desconforto física e gerar prejuízos à saúde.

A toda evidência, a proximidade com as luzes intensas, características

do processo de soldagem, pode causar sequelas à visão e até resultar em cegueira, sendo esta a razão pela qual se exige a utilização de máscaras de proteção visual, hábeis a minimizar os clarões nocivos que emanam do eletrodo do equipamento de solda.

Essa constatação, que pode ser obtida simplesmente a partir das peculiaridades do trabalho dos soldadores, torna absolutamente descabido o argumento da recorrente no sentido de que essa classe não está incursa na norma regulamentar que lhes assegura o adicional pela realização de labor sob condições insalubres.

A nomenclatura da profissão não constitui o vetor para o reconhecimento da presença de insalubridade, mas, sim, as atividades práticas que acontecem no mundo real e sujeitam o empregado a agentes nocivos à higidez física.

Os soldadores que trabalham em ambiente industrial ou na construção civil estão expostos a radiação não ionizante, emitida pelo arco elétrico gerado no eletrodo do aparelho de soldagem, sendo certo que este tipo de trabalho encontra proteção nos Anexos 7 da NR 15 e na NR 18 do MTE, a garantir-lhes o direito ao recebimento ao adicional de insalubridade.

Além disso, para eles, há evidente contato com as substâncias químicas derivadas do aquecimento ou fusão da solda, com o risco de sofrer contaminação.

É cediço que a realização de soldagem com eletrodos (processo mais largamente utilizado), assim como ocorre com as atividades de esmerilhamento, propicia a geração de gases, vapores e fumos metálicos com substâncias significativamente tóxicas, circunstância que exige cuidados especiais de exaustão, inclusive para a proteção dos trabalhadores que executam tarefas próximas ao local da operação.

No caso em exame, considerando a ilustração constante do laudo pericial (Seq. 23 – p. 1), na qual o paradigma maneja a máquina de solda com proteção visual, é possível concluir que o reclamante trabalhava com máscara especial, fornecida pela empregadora, sendo aceitável a argumentação da defesa de que não havia sujeição prejudicial a radiações não ionizantes.



Entretanto, como já ressaltado anteriormente, a proteção que se deve garantir a esses trabalhadores não se encerra apenas na entrega da máscara, haja vista que a soldagem, além da luminosidade excessiva, envolve a dispersão de substâncias químicas, que podem ser inaladas e absorvidas pela via cutânea.

Esse risco não é eventual, como defende a reclamada, mas, no mínimo, intermitente, porque é da própria essência do trabalho do soldador.

A esse respeito, o perito – em laudo técnico exaustivo – esclareceu que o reclamante, no desenvolvimento de suas atividades, inevitavelmente mantinha contato direto com substâncias tóxicas derivadas do carbono e contendo hidrocarbonetos, não tendo sido comprovada a adoção de medidas de controle adequadas para sanar os riscos e, portanto, configurando-se como uma exposição potencialmente nociva à saúde humana.

O relatório de entrega de equipamentos ao reclamante deixa entrever



que não houve a regular disponibilização de elementos aptos à neutralização da nocividade das substâncias químicas, tais como máscara respiratória (Seq. 8/9). Tampouco há comprovação de terem sido instalados exaustores específicos para a absorção eficaz das partículas produzidas pela solda.

Impõe-se ressaltar que, nos termos da NR-15, Anexo 13, do Ministério do Trabalho e Emprego, a caracterização de insalubridade nas atividades que envolvem hidrocarbonetos independe da análise quantitativa, sendo suficiente a constatação da presença da substância nociva, sem o equipamento de proteção ideal, a assegurar o direito ao respectivo adicional.

Portanto, diante da presença dessas substâncias nas atividades desenvolvidas pelo reclamante, sem a proteção adequada à neutralização, outra não pode ser a conclusão de que efetivamente existe, no caso, o direito ao adicional de insalubridade, no patamar deferido na sentença.

Em arremate, não se vislumbram defeitos no laudo pericial a justificar a irresignação manifestada pela recorrente, quando tacha o documento de inconsistente e contraditório.

#### Honorários Periciais

A reclamada pugna pela redução da quantia estabelecida na sentença, a título de honorários advocatícios, sob a afirmativa de que o referido valor é desproporcional à complexidade da investigação.

Continua sem razão.

O Juízo de origem trilhou por um caminho razoável ao fixar os honorários em R\$ 1.000,00, valor este que guarda sintonia com aqueles estipulados em causas similares, apreciadas cotidianamente por este Colegiado, afigurando-se justo e condizente com o trabalho realizado pelo perito, não havendo necessidade de redução.

#### Multa do Art. 475-J do CPC

A reclamada sustenta que a multa do art. 475-J do CPC não se aplica ao caso, em face da existência de normas específicas, inerentes ao processo do trabalho, que tratam do procedimento de execução, sem que haja previsão de incidência da penalidade abordada naquele dispositivo.

A *mens legis* do dispositivo em tela é voltada à efetividade do processo, princípio que norteia não só o Processo Civil, mas também o Trabalhista. Há, portanto, perfeita compatibilidade entre a regra do CPC e a execução que se perfaz nas reclamações ajuizadas perante a Justiça Especializada.

Além disto, impõe-se considerar que a CLT não trata especificamente do cumprimento espontâneo da sentença, momento precedente à execução propriamente dita, circunstância que justifica a aplicação subsidiária da multa do art. 475-J.

É conclusão assente na jurisprudência deste Regional que, a despeito do procedimento traçado no art. 880 da CLT, os novos caminhos desbravados pelo legislador, para o

cumprimento das obrigações de caráter pecuniário no processo comum, têm sua razão de ser ainda mais intensificada no Processo do Trabalho, porque é justamente nesta seara que a prestação jurisdicional, responsabilidade do Estado, mais carece de efetividade e rapidez.

Por fim, convém lembrar, a título ilustrativo, que a CLT também não fixa multa por litigância de má-fé ou por ato atentatório à dignidade da justiça. Em que pese tal circunstância, não há dúvidas de que todas essas penalidades são cabíveis no Processo do Trabalho, o que enfraquece a argumentação das reclamadas em torno da inexistência de norma expressa na CLT a respeito da multa a ser aplicada em virtude do não cumprimento espontâneo do título judicial.

Por tais reflexões, impõe-se manter a cominação estabelecida na sentença, sendo oportuno ressaltar que, caso pretendam liberar-se da multa, a reclamada terá como evitá-la, cumprindo a obrigação imposta pelo Juízo, no prazo que lhe foi assinado na sentença.

### Impugnação aos Cálculos

A reclamada impugna as contas que integram a sentença, alegando que o adicional de insalubridade não pode ser quantificado nos meses de férias.

Assiste-lhe razão, no particular.

Nos cálculos que integram a sentença, foram quantificados os adicionais de insalubridade em todos os meses contidos no período não prescrito, incluindo os meses de férias.

Além disso, em uma coluna específica, foram apurados reflexos sobre as férias + 1/3 (Seq. 55 – p. 7), o que implica manifesto *bis in idem*, haja vista que o adicional incide duplamente sobre os meses de descanso.

Conforme já pacificado na Súmula 139 do TST, o empregado faz jus ao recebimento do adicional mesmo no período de férias, haja vista que o referido *plus* integra a remuneração para todos os efeitos.

Contudo, se a quantificação é feito no período de descanso, a repercussão é incabível, porque isto representa duplicidade, a propiciar o enriquecimento sem causa do trabalhador.

Neste passo, convém retificar os cálculos de liquidação, a fim de se extirpar os reflexos sobre as férias, mantendo-os apenas em relação ao terço constitucional.

### Multa de 20% sobre os Créditos Previdenciários

Diz a recorrente que a incidência de multa de 20% nos cálculos das contribuições previdenciárias é equivocada, porque constitui matéria estranha ao comando que emana da sentença.

A impugnação é descabida, haja vista que a aplicação da penalidade decorre de lei, mais especificamente do disposto no art. 35 da Lei n. 8.212/93, de modo que sua inserção nos cálculos das verbas devidas à Previdência Social se perfaz independentemente de comando judicial, bastando a configuração do atraso no cumprimento da obrigação, como é a presente hipótese.

### Contribuições Destinadas a Terceiros

A recorrente insurge-se contra a inserção das contribuições destinadas a terceiros nos cálculos que integram a sentença, sustentando que a Justiça do Trabalho não tem competência para a execução de tais parcelas.

Sem razão.

O inciso VIII do artigo 114 da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça Especializada para a execução das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Tais disposições dão respaldo à exigência, no processo trabalhista, das contribuições denominadas Sistema “S”, que compreende, entre outros, os serviços da indústria (SESI e SENAI) e do comércio (SESC e SENAC).

Não é demais ressaltar que as parcelas destinadas a essas entidades constituem obrigação acessória à contribuição principal previdenciária, têm mesma base de cálculo dessas, ditadas pelo disposto no citado art. 195 da Lei Maior, e incidem sobre a folha de salários das empresas pertencentes à categoria correspondente.

Além disso, uma vez arrecadadas, são repassadas às entidades supracitadas, a fim de que sejam aplicadas conforme previsto na respectiva lei de instituição, tendo como escopo o financiamento de atividades que visem ao aperfeiçoamento profissional e à melhoria do bem-estar social dos trabalhadores.

As receitas são cobradas e arrecadadas pelo INSS, e, ainda que não se destinem à programação financeira da Seguridade Social, visam, em certo sentido, ao amparo ao trabalhador, já que têm como meta o fomento de entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

Oportuno destacar, ainda, que o § 2º do art. 274 do Decreto n. 3.048/1999 prevê que as contribuições de terceiros “ficam sujeitas aos mesmos prazos, condições, sanções e privilégios das contribuições da seguridade social, inclusive no que se refere à cobrança judicial”.

Tudo isso leva à conclusão de que, ao atribuir competência à Justiça do Trabalho para cobrar as contribuições sociais, a Constituição Federal autoriza, também, a cobrança das contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários.

Essa ilação também se justifica sob a ótica da política judiciária, pois, em se tratando do mesmo fato gerador e da mesma base de cálculo, não há razão para que sejam formalizados dois processos, sujeitos a mecanismos judiciários diversos, para a cobrança das contribuições previdenciárias principais e as devidas a terceiros.

### Conclusão

Isto posto, dou provimento parcial ao Recurso Ordinário para ajustar os cálculos que integram a sentença, deles removendo a duplicidade observada nos reflexos do adicional de insalubridade sobre as parcelas de férias, conforme o demonstrativo anexado. Custas reduzidas para o valor constante da nova planilha.

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Ordinário para ajustar os cálculos que integram a sentença, deles removendo a duplicidade observada nos reflexos do adicional de insalubridade sobre as parcelas de férias, conforme o demonstrativo anexado. Custas reduzidas para o valor constante da nova planilha.

*ASSINADO ELETRONICAMENTE*

**FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA**  
Desembargador Relator

DL

## RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES/RECORRIDOS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO  
FS VASCONCELOS LTDA.

## E M E N T A:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS EM PATAMAR SUPERIOR AO LIMITE LEGAL, ALÉM DE OUTRAS IRREGULARIDADES RELACIONADAS À JORNADA DE TRABALHO. DESCONTOS INDEVIDOS. PROCEDÊNCIA. A realização contínua de horas extras além do limite legal, mormente quando há irregular concessão de intervalo para descanso e alimentação, e não há pagamento ou compensação de feriados e domingos trabalhados, prejudica a saúde do trabalhador, levando-o à fadiga e ao estresse. A imposição, pela empresa, de descontos indevidos também viola a legislação trabalhista, na medida em que há transferência do risco do negócio ao trabalhador. Impõe-se, assim, confirmar a procedência da Ação Civil Pública, no tocante à imposição de obrigações de fazer e de não fazer, de modo a coibir a prática reiterada de ilícitos trabalhistas pela ré.

DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES INTEGRANTES DA CONDENAÇÃO. PROVA. A sentença que determina só poder ser constatado o descumprimento das obrigações integrantes da condenação mediante decisão trânsita em julgado, malferir o princípio da ampla defesa insculpido na Constituição Federal, pois a constatação do descumprimento destas obrigações pode ser feita mediante quaisquer meios válidos de prova admissíveis no ordenamento jurídico.

DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO .A quantificação do valor referente à indenização por dano moral, no caso dos autos, se deu em razão da ponderável culpa do agente, da extensão do dano causado às vítimas, do recalcitrante comportamento antijurídico da promovida, e de forma reflexa por possíveis lesões a sociedade como um todo.

“Vistos etc.

Recursos Ordinários provenientes da 9ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de FS VASCONCELOS LTDA.

O Juízo de origem rejeitou as preliminares de extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de comparecimento em Comissão de Conciliação Prévia e de ilegitimidade ativa, acolheu como correta a via processual eleita, e, no mérito, julgou procedente em parte a Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO para determinar que a requerida- FS VASCONCELOS LTDA., doravante, em relação a seus empregados, enquanto não vigentes normas mais benéficas em relação a estes: 1. respeite os limites legais (diário e semanal) em relação a carga horária de trabalho a eles cominada, inclusive na hipótese de

prorrogação da jornada normal e de sua compensação mediante ajuste escrito firmado coletivamente; 2. observe, nos casos de prorrogação da jornada normal, o limite estipulado no caput do art. 59, da CLT, considerada a possibilidade da circunstância prevista no § 2º do mesmo dispositivo legal e no art. 61 do mesmo diploma; 3. conceda intervalo intrajornada mínimo de uma hora em todos os dias de trabalho, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos §§ 1º e 3º, do art. 71, da CLT; 4. conceda repouso semanal remunerado de modo que o intervalo de tempo que dista do término da jornada de trabalho cumprida antes de tal folga e o início da jornada imediatamente posterior seja de, no mínimo, 35 horas consecutivas, coincidindo o dia destinado ao descanso semanal remunerado com um domingo em pelo menos uma semana a cada três; 5. abstenha-se de exigir a prestação de serviços em feriados sem que haja prévia autorização em convenção coletiva da categoria profissional em questão; 6. faça constar fielmente, por meio de registro manual, mecânico ou eletrônico, a jornada verdadeiramente cumprida, respeitadas as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego; 7. abstenha-se de efetuar descontos nos salários para ressarcimento de valores decorrentes de objetos ou mercadorias furtados, roubados ou desaparecidos de seus estabelecimentos, sem que tenha, antes, sido apurado o fato e provada a efetiva participação do empregado a ser atingido pelo desconto, devendo em tal hipótese ser o mesmo lançado no contracheque ou recibo de pagamento; 8. remunere de forma integral e tempestiva as horas extras realizadas, sempre que não vigente norma estabelecida nos termos do § 2º, do art. 59, da CLT; 9. proceda com o pagamento do reflexo das horas extras sobre o repouso semanal remunerado, 13º salário, férias, 1/3 sobre as férias, FGTS e multa de 40% sobre o FGTS; 10. remunere o labor em domingos destinados ao descanso semanal e a feriados, quando não compensado; 11. efetue, enquanto não adequar sua conduta integralmente ao comando do art. 71, da CLT, o pagamento do valor devido em razão da supressão, ainda que parcial, do intervalo previsto naquele dispositivo legal. O Juízo *a quo*, ainda, condenou a requerida ao pagamento de danos morais coletivos, arbitrados em R\$ 300.000,00, em favor do FAT, devendo a importância ser quitada em 15 dias, a partir da publicação da sentença, sob pena de cominação de multa de 10% sobre o valor da condenação. A sentença estipulou multa de R\$1.000,00, por trabalhador vitimado, em razão do descumprimento de cada uma das obrigações objeto do condeno, a cada vez que se constate o evento. Na hipótese de configuração da circunstância para aplicação de qualquer das multas acima estipuladas a mesma será revertida ao FAT. A indenização por danos morais coletivos deverá tomar como época própria, para efeito de atualização monetária, a data do ajuizamento da presente ação. Custas pela requerida no importe de R\$ 6.000,00, calculadas sobre o montante de R\$ 300.000,00, atribuído à condenação.

A promovida opôs embargos de declaração, que foram acolhidos para fazer constar que: o efeito *erga omnes* da sentença tem abrangência em todo o Estado da Paraíba; a indenização por danos morais coletivos, arbitrada em R\$ 300.000,00, e as multas correm em favor do FDD, como preceitua o art. 1º, § 2º, I, da Lei 9.000/95; a multa de 10% incidente sobre os R\$ 300.000,00, objeto da condenação, tem sustentação jurídica no art. 475-J do CPC.

O promovente também opôs embargos declaratórios, que foram acolhidos pelo Juízo monocrático, a fim de que conste na decisão originária que: as horas extras habitualmente prestadas pelos empregados da requerida, quando do desligamento, serão consideradas, pela média, para apuração do valor devido a título de aviso prévio, nas hipóteses

legais de pertinência de tal verba; o trabalho em domingos destinados ao descanso semanal remunerado e em feriados, quando não compensados, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal; a indenização por danos morais coletivos e as multas correm em favor do FDD, como preceitua o art. 1º, § 2º, I, da Lei 9.008/95; as obrigações de fazer e não fazer, objeto da condenação, devem ser atendidas de imediato, sujeitando-se a requerida, em caso de descumprimento, às correspondentes multas estabelecidas. Complementou, ainda, a decisão dos Embargos que no dispositivo da sentença, deveria constar a declaração de inépcia quanto ao pedido de reflexos de domingos e feriados trabalhados sem folga compensatória.

O Ministério Público opôs novos embargos, que foram acolhidos pelo órgão de primeira instância, para determinar que o índice de correção monetária aplicável às *astreintes* e valores decorrentes da indenização por dano moral coletivo imposto na decisão embargada sofram a incidência de juros monetários na forma prevista no art. 39, caput e §1º, da Lei nº 8.177/91.

Recorre a promovida a esta Superior Instância, aduzindo a nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa, bem como a extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. Suscita a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento de Ação Civil visando à tutela de interesses de natureza individual heterogênea, sendo inadequada a via eleita. No mérito, afirma a improcedência da demanda, visto que inexistente conflito de dimensão coletiva, tampouco dano moral coletivo, que carece de base legal. Aduz a necessidade, para a configuração de dano moral coletivo, de “uma ofensa coletiva, geral, deliberada, institucionalizada”, com prova “da repercussão geral, a ofender toda uma comunidade”. Aponta que os meros 22 casos citados pelo promovente sequer representam 0,85% do total de empregados da empresa, sendo ainda menor o número de demandas em que houve descontos indevidos. Registra a impossibilidade de a sentença fixar obrigações que já constam de texto legal expresso, bem como de impedir que novas condições coletivas de trabalho sejam estabelecidas por futuras fontes normativas, o que viola a Constituição Federal. Assevera a insubsistência de uma sentença que impõe o pagamento de horas extras “com base na expectativa ou intuição de que elas serão prestadas no futuro”. Garante que se configurou julgamento *extra et ultra petita*. Entende ser inviável a generalização de situações heterogêneas relacionadas à prestação de horas extras, haja vista a existência de situações excepcionais, como, por exemplo, o fato de que nem todo empregado que trabalha além das 44 horas faz jus a labor suplementar, a exemplo dos comissionistas e dos enquadrados no art. 62 da CLT. Invoca, ainda, a impossibilidade de ser imposta condenação vinculada a obrigações que dependem da ocorrência de condição futura incerta. Insurge-se contra a eficácia *erga omnes* da sentença, que deve ser restrita à circunscrição territorial da competência do órgão prolator, apontando ofensa à cláusula de reserva de plenário. Irresigna-se com a onerosidade excessiva das multas e da indenização por danos morais coletivos, acrescentando ser descabida a reversão de tais valores ao FDD. Questiona a incidência da multa do art. 475-J do CPC, bem como a concessão da tutela antecipada.

Depósito recursal efetuado e custas recolhidas.

Contrarrazões apresentadas pelo promovente.

Recorre também o promovente a esta Superior Instância, aduzindo a violação ao arts. 5º, LV, da Carta Magna e 332 do CPC, por ter o Juízo *a quo* considerado que o

descumprimento de cada uma das obrigações integrantes da condenação só pode ser constatado mediante decisão trânsita em julgado. Requer, em suas razões recursais, que seja admitida, na demonstração de futuro e eventual inadimplemento das citadas obrigações, a utilização de todos os meios legais e moralmente legítimos de prova. Pugna pela majoração do *quantum* indenizatório, em face da gravidade, multiplicidade e prolongamento temporal das práticas ilícitas denunciadas nesta ação civil pública, as quais afrontam diversos dispositivos legais e constitucionais. Consigna a necessidade de que se estabeleça gradação da multa (astreinte), bem como se estipule sua periodicidade, pois o Juízo a quo deixou de observar o disposto no art. 461, § 5º, do CPC, tendo, ainda, fixado importe único para o descumprimento de toda e qualquer obrigação (de fazer ou não fazer) imposta na sentença. Sustenta que, como as multas e indenizações reversíveis ao FDD possuem a natureza de dívida ativa, devem submeter-se, para efeito de atualização monetária, ao regime próprio dos créditos da Fazenda Pública, razão por que é imperiosa a aplicação da taxa SELIC.

Contrarrazões veiculadas pela promovida.

Em promoção, o Representante do Ministério Público do Trabalho manifesta-se pela dispensa de intervenção ministerial, haja vista que o posicionamento do órgão já foi explicitado em diversas peças presentes nos autos.

O Desembargador Carlos Coelho averbou-se suspeito para atuar no presente processo, por motivo de foro íntimo.

Redistribuídos os autos.”

Designado como Revisor, divergi parcialmente de Sua Excelência o Desembargador Francisco de Assis Carvalho e Silva, relator deste processo.

Em sessão realizada no dia 06 de Outubro de 2011, nosso voto divergente foi parcialmente acolhido pelo Tribunal Pleno, razão pela qual fui designado para redigir este acórdão.

É o relatório., aprovado em sessão.

## V O T O

Inicialmente peço vênia ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator, para adotar seu relatório e transcrever trechos do seu judicioso voto, sobretudo os fundamentos em que não divergimos.

## ADMISSIBILIDADE

Conheço de ambos os recursos, eis que atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

## RECURSO DA PROMOVIDA

## PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO



## PÚBLICO DO TRABALHO, ARGUIDA NAS RAZÕES RECURSAIS

Questiona a recorrente a legitimidade do *Parquet* para interpor a presente ação, por não vislumbrar, na presente hipótese, a tutela de interesses sociais, coletivos e/ou individuais homogêneos, o que importaria, em última análise, na violação aos arts. 129, III, da CF/88 e 83, III, da LC n. 75/1993.

Sem razão.

Segundo a teoria abstrata do direito de agir, a legitimidade, como uma das condições da ação, é fixada pela simples leitura da exordial, ou seja, dispensa a análise da matéria de fundo para que se saiba se há legitimidade ou não das partes.

No caso em tela, o Ministério Público do Trabalho ingressou com ação em face da empresa, sob a alegação de prática de atos ilegais e abusivos desta contra seus empregados, descrevendo a violação a direitos e garantias dos trabalhadores, em face da inobservância a diversos preceitos trabalhistas, bastando isso para que se reconheça a legitimidade *ad causam* do Ministério Público do Trabalho para propor a ação civil pública.

Frise-se, por oportuno, que na hipótese de inexistência de provas necessárias para a procedência do pedido, tal resultará na sua improcedência e não na extinção do processo, como pretende o recorrente.

Desse modo, é indiscutível a legitimidade do autor para propor a presente ação civil pública, legitimidade essa que lhe é conferida pela legislação constitucional (arts. 127 e 129 da CF/88) e infraconstitucional (Lei n. 7.347/1985, LC n. 75/1993 e Lei n. 8.078/1990).

Rejeito a preliminar.

### PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA PERANTE O NINTER

Suscita a promovida a preliminar em epígrafe, por entender que o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, eis que a reclamante não submeteu sua pretensão à Comissão de Conciliação Prévia.

Razão não lhe assiste.

Com efeito, o artigo 5º, *caput*, e inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece os princípios de livre acesso ao Judiciário e da igualdade entre as partes, motivo pelo qual impor a obrigatoriedade de submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia, criada pelos sindicatos das categorias profissional e econômica, como condição para o exercício do direito de ação, seria esvaziar o referido preceito constitucional.

Ademais, impõe-se ressaltar que o objetivo de tais comissões é facilitar a resolução autônoma dos conflitos individuais de trabalho, o que não se verifica na presente hipótese, uma vez que o Ministério Público do Trabalho atua como autor.

É imperioso observar, ainda, que, em nenhum momento, as disposições do art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho criam nova condição da ação ou novo pressuposto processual.

Rejeito, pois, a preliminar.

## PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Suscita a promovida a nulidade em epígrafe, sob o argumento de que o Juízo indeferiu perguntas de sua advogada às testemunhas, especificamente no tocante ao número de filiais das Lojas Maia na Paraíba e se cada uma tem autonomia administrativa, bem como a respeito da quantidade de empregados na empresa como um todo.

Não lhe assiste razão.

Não se vislumbra nenhum cerceamento do direito de defesa na hipótese, não se cogitando a ocorrência de erros ou abusividade no procedimento adotado pela juíza condutora do feito, pois, a teor do disposto no art. 130 do Código de Processo Civil, compete ao magistrado, quando da manifestação de seu poder-dever de direção do processo, velar pela rápida solução do litígio, determinando a produção de um conjunto probatório suficiente à formação de seu convencimento.

No exercício do poder diretivo do processo, o magistrado pode e deve indeferir diligências inúteis, apreciando livremente a prova, com a indicação dos motivos que erigiram seu convencimento (art. 131), o que foi fielmente observado no presente processo.

Assim, se os elementos constantes dos autos já se mostram satisfatórios para a solução da lide, a produção de outras provas pode ser indeferida, inclusive no que concerne às perguntas que entenda impertinentes.

No caso dos autos, convém ressaltar que o indeferimento das perguntas dirigidas às testemunhas se revelou acertado, haja vista ser evidente a inexistência de controvérsia atinente ao número de empregados da empresa, bem como ao total de filiais, sendo patente, também, que cada loja tem sua parcela de autonomia em relação à matriz. A empresa, já em contestação, apontou o número de filiais e de empregados, dados que jamais foram impugnados pelo Ministério Público, o que torna desnecessária a inquirição dirigida às testemunhas sobre a matéria.

Não faz diferença se, no entender da empresa, apenas um número reduzido de empregados, em comparação com o total, manejou ação trabalhista e obteve o reconhecimento de conduta abusiva por parte da promovida. O fato relevante é verificar a alegação de existência de tais condutas no âmbito da empresa, de forma reiterada, não sendo possível, muito menos crível que esta sustente que cada loja pode tratar os próprios empregados à sua maneira, sem nenhuma ingerência da matriz.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

## MÉRITO.

Na petição inicial, o Ministério Público do Trabalho faz referência a procedimento investigatório instaurado contra a reclamada, em que constatou que esta Justiça Especializada, em várias demandas individuais, “*tem reconhecido a prática de múltiplas violações*

*a direitos básicos e fundamentais de trabalhadores contratados pela Promovida”.*

Segundo as alegações do promovente, a empresa reiteradamente comete os seguintes ilícitos de natureza trabalhista: prorrogação irregular da jornada; não pagamento ou quitação incompleta de horas extras e de seus pertinentes reflexos; não concessão do intervalo intrajornada mínimo de uma hora; trabalho em domingos e feriados sem contraprestação ou folgas compensatórias; sonegação de horas extras nos controles de jornada; descontos salariais indevidos.

Em sede de contestação, a promovida assevera ter “*registros de frequência que espelham fielmente a jornada de trabalho de cada trabalhador*”, frisando que, raramente, em caráter excepcional, há excessos de jornada, “*nunca excedentes às duas horas diárias*”, com o devido pagamento ou compensação. Garante que concede o intervalo intrajornada previsto em lei, assim como o repouso semanal remunerado, acrescentando que, na eventual ocorrência de labor aos domingos e feriados, o empregado percebe a respectiva paga.

Sustenta a empresa, ainda, que “*sempre cumpriu o disposto no art. 74, § 2º, da CLT, adotando registros de ponto*”, ressaltando que, em alguns estabelecimentos isolados, eram os empregados que “*não cumpriam as regras da empresa em registrar sua jornada*”.

Afirma que “*jamais houve qualquer desconto nos salários dos empregados por prejuízos que a empresa pode ter com furtos de mercadorias (...) tampouco sem documentação em contracheque*”, esclarecendo que as sentenças que noticiam tal prática “*não são representativas de qualquer prática coletiva e institucionalizada da empresa*”. Consigna, também, que possui apólices de seguro, destinadas a cobrir eventos dessa natureza.

Salienta, ainda em contestação, que celebrou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria profissional, o qual prevê a possibilidade de prorrogação de jornada.

Quanto às decisões colacionadas pelo Ministério Público do Trabalho, aduz a empresa que algumas foram reformadas por Superior Instância ou ainda não transitaram em julgado, além de não representarem, sequer, 1% dos empregados, o que certamente não configura a lesão coletiva vislumbrada pelo promovente.

Nota-se que o Ministério Público anexou, com a exordial, 22 decisões que reconheceram práticas ilícitas trabalhistas cometidas pela empresa, colacionando, em seguida, mais sete decisões no mesmo sentido.

A empresa, no entanto, impugnou apenas sete, nem sempre respeitando a verdade dos fatos. Refiro-me especificamente ao Proc. nº 0051000-33.2009.5.13.0003, em que a promovida registra que a decisão ainda não foi confirmada pelo TRT, quando, de fato, já existe acórdão desta Corte, no qual se verifica que os registros de ponto não consignam a verdadeira jornada desempenhada pelo empregado, assim como era implementada a nefasta prática patronal de efetuar descontos indevidos, relativos a prejuízos advindos dos furtos realizados na firma, circunstância esta que culminou no deferimento de indenização por dano moral ao reclamante.

O que existe, em relação ao mencionado processo, é a pendência no julgamento de Recurso de Revista, no âmbito do TST. Ocorre que, mesmo na eventual

desconstituição do acórdão desta Corte, certamente não será por novo exame de fatos e provas, eis que tal procedimento é inadmissível no âmbito da referida Corte Superior. Remanesce, portanto, a conclusão de que a empresa praticava ilícitos trabalhistas concernentes à jornada de trabalho (horas extras não pagas, cartões de ponto irregulares, labor em domingos e feriados sem pagamento ou compensação e a descontos indevidos.

Cito, por exemplo, o Proc. nº 0038600-27.2008.5.13.0001, que foi extinto sem julgamento do mérito pelo TST, em face da não submissão da demanda à comissão de conciliação prévia. A extinção do processo se deu por aspecto puramente formal. As conclusões meritórias, entretanto, lastrearam-se na verdade e servem de subsídio à convicção de que a empresa praticou as condutas ilícitas descritas na sentença e no acórdão deste Regional.

Observo, pois, que a impugnação ofertada pela empresa às decisões citadas pelo Ministério Público não tem o condão de modificar o âmago da questão: havia, sim, a ocorrência, em vários estabelecimentos da promovida, de ilícitos trabalhistas, que importaram em desrespeito a direitos básicos dos empregados.

Os interrogatórios das testemunhas patronais não conseguem infundir, no espírito do julgador, a convicção de que os ilícitos não eram praticados no âmbito da empresa. A primeira testemunha, que trabalha na controladoria, além de não frequentar as lojas da empresa, sendo incapaz, portanto, de informar a respeito da jornada desempenhada pelos empregados, declarou que, em seu setor, não há mercadorias, razão por que, evidentemente, nunca se verificou qualquer desaparecimento.

É interessante evidenciar que a testemunha revelou *“que tem conhecimento da existência de roubos na empresa”*, enfatizando *“que sempre desaparece [sic] objetos das lojas”*. Ocorre que ela confessa não saber *“o que a empresa faz quando detecta o agente que furtou ou roubou”*.

A segunda testemunha, igualmente, revelou-se imprestável para contrariar a tese defendida pelo Ministério Público, pois labora na matriz, onde *“não há comércio de mercadorias com o consumidor final”*. Declara, também, que *“nunca se envolveu com as questões diretamente ligada ao quadro de empregados”*.

Como bem frisou o promovente em suas razões finais, ambas as testemunhas são *“pessoas lotadas no setor de auditoria da empresa, as quais não participam nem presenciam o dia-a-dia vivenciado pelos trabalhadores que desenvolvem atividades nas lojas da promovida”*.

No tocante aos descontos indevidos, melhor sorte não assiste à recorrente.

À luz da norma insculpida na CLT, art. 462, ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou convenção coletiva, valendo citar, também, a Lei n. 10.820/2003, art. 1º, que dispõe que os empregados regidos pela CLT poderão autorizar, de forma irrevogável e irretratável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

No caso dos autos, contudo, o acervo probatório demonstra que a

empresa reparava os prejuízos ocasionados pelo desaparecimento de mercadorias por meio de descontos ilegais na remuneração dos trabalhadores, o que constitui uma clara transferência dos riscos do negócio a quem não tem a obrigação de suportá-los.

É bem verdade que a empresa possui apólices de seguro destinadas a elidir o prejuízo por mercadorias desaparecidas, mas isso não significa, necessariamente, que ela não transferia tal prejuízo aos empregados, por meio da imposição dos citados descontos, quando diversas decisões desta Justiça Especializada já concluíram que a promovida efetuava tais condutas reprováveis.

As decisões proferidas por esta Justiça Especializada, em nenhum momento, constataram que as apólices atuaram como fator excludente da prática patronal ilícita de efetuar descontos na remuneração dos trabalhadores, tornando-se ainda mais grave a situação, na medida em que a promovida se ressarcia duplamente pelo prejuízo sofrido com as mercadorias, penalizando indevidamente seus empregados.

Destarte, irretocável a determinação para que a empresa se abstenha de proceder a descontos nos salários para ressarcimento de valores decorrentes de objetos ou mercadorias furtados, roubados ou desaparecidos de seus estabelecimentos, sem prévia apuração do fato e prova da efetiva participação do empregado a ser atingido pelo desconto, devendo este ser consignado em contracheque ou recibo de pagamento.

Nas diversas decisões colacionadas aos autos, foi reconhecida, com base em evidências concretas, o cometimento, pelo ente patronal, de prática abusiva, ao exigir reiteradamente que seus empregados laborassem em jornada superior à prorrogação prevista prevista na CLT, desrespeitando a necessidade básica do empregado, referente a repouso semanal remunerado.

Ora, a sobrecarga de trabalho, com irregular concessão de intervalo para descanso e alimentação, certamente traz prejuízo à saúde do trabalhador, facilitando até a ocorrência de acidentes de trabalho. Assim, os excessos praticados pelo requerido devem ser coibidos pelo Judiciário.

A análise dos autos revela, assim, que a ré violou direitos básicos de seus empregados, ao não remunerar integralmente o labor por eles executado, na medida em que não efetua o correto pagamento da jornada suplementar e reflexos sobre demais títulos trabalhistas, deixando, também, de remunerar corretamente os domingos e feriados trabalhados. Constatase, além disso, irregularidades na concessão do intervalo intrajornada.

É essencial lembrar, ainda, que a existência de norma coletiva prevendo a prorrogação de jornada não pode ser utilizada pela ré como defesa, considerando que ela sequer se preocupa em cumprir fielmente seus preceitos. Ademais, conforme acurada manifestação do Ministério Público do Trabalho em audiência (seq. 30), a ré trouxe aos autos norma coletiva desatualizada, vigente até 30.06.2008.

Impõe-se ressaltar, conforme consignado em sua peça de ingresso, que o promovente *“tentou, por duas vezes, resolver o caso na esfera extrajudicial”*, mas a promovida *“não se dispôs a subscrever termo de ajuste de conduta perante a Procuradoria do Trabalho”*, o que, conforme bem aludiu a sentença, sinaliza prática não condizente com as normas trabalhistas, *“visto que, do contrário, nenhum risco correria a empresa na medida em que sua dinâmica fosse, como alegou em sua peça de defesa, coerente com os parâmetros e limites legais”*.

A amparar tal constatação, cito o documento juntado com a inicial (seq. 2, p. 1 e 2), que consiste na Ata de Audiência do Procedimento Preparatório nº 272/2008, em que consta como investigada a empresa FS VASCONCELOS, sendo importante destacar o seguinte trecho: “*Ouvido mais uma vez sobre a possibilidade de celebração de termo de ajuste, o preposto da investigada informou que a empresa não pretende firmar compromisso perante o MPT*”.

Entendo, por conseguinte, que agiu bem o Juízo de primeira instância, ao analisar a matéria, impondo à promovida uma série de obrigações de fazer e de não fazer, de modo a coibir a ocorrência de atentados à legislação trabalhista.

É imperioso observar a insubsistência da argumentação da empresa, baseada na suposta impossibilidade de a sentença fixar obrigações que já constam de texto legal expresso, bem como de impedir que novas condições coletivas de trabalho sejam estabelecidas por futuras fontes normativas, o que violaria a Constituição Federal.

Ora, a adoção desse raciocínio importa em dizer, por exemplo, que o trabalhador jamais terá necessidade de recorrer ao Judiciário para garantir a tutela de seus direitos trabalhistas, em face da já existente garantia legal, como se a lei fosse cumprida sempre e indistintamente, o que sabemos ser um absurdo.

A atuação do Ministério Público visa a obter da empresa o cumprimento dos preceitos legais que ela evidentemente conhece, mas se recusa a cumprir, utilizando-se, em tal desiderato, de remédio jurídico hábil à consecução da providência requerida, assegurando à sociedade a efetividade da legislação.

Ademais, é descabida a preocupação patronal relativa ao suposto impedimento de que sejam estabelecidas novas condições de trabalho, visto que a sentença, ao impor as obrigações de fazer e de não fazer, foi clara e taxativa, ao frisar que elas serão aplicáveis “*enquanto não vigentes normas mais benéficas*”.

Assevera a ré, em suas razões recursais, a insubsistência de uma sentença que impõe o pagamento de horas extras “*com base na expectativa ou intuição de que elas serão prestadas no futuro*”, invocando a impossibilidade de ser imposta condenação vinculada a obrigações que dependem da ocorrência de condição futura incerta.

Ora, sabe-se que a ação civil pública tem natureza de ação cominatória, ou seja, a imposição de obrigação de fazer ou não fazer, sob pena de pagamento de multa. A natureza condenatória é genérica, uma vez que visa a indenização para um fundo genérico de reparação dos interesses lesados, como se vê, dos arts. 3º, 11 e 13 da Lei nº 7.347/85. Não tem feição reparatória, pois seria impossível a reparação individualizada de um conjunto indeterminado de lesados.

Seu objetivo, por conseguinte, é solucionar o problema da lesão em relação ao futuro, impedindo que se perpetue no tempo uma situação contrária ao ordenamento jurídico.

Insurge-se, também, contra a eficácia *erga omnes* da sentença, que, no seu entender, há de se restringir à circunscrição territorial da competência do órgão prolator, apontando ofensa à cláusula de reserva de plenário.

Não lhe assiste razão nesse aspecto.

Aguiu bem o Juízo de origem, na sentença proferida em sede de

embargos declaratórios opostos pela ré, ao declarar que a eficácia da sentença abrange todo o Estado da Paraíba. Invoco, para amparar tal posicionamento, o teor da Orientação Jurisprudencial nº 130 da SBDI-2/TST, abaixo transcrita:

OJ-SDI2-130 AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EXTENSÃO DO DANO CAUSADO OU A SER REPARADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 93 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DJ 04.05.2004. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.”

Lado outro, irresigna-se a ré com a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Aduz a necessidade, para a configuração do dano moral coletivo, de *“uma ofensa coletiva, geral, deliberada, institucionalizada”*, com prova *“da repercussão geral, a ofender toda uma comunidade”*, bem como aponta que os meros 22 casos citados pelo promovente sequer representam 0,85% do total de empregados da empresa, sendo ainda menor o número de demandas em que houve descontos indevidos. “

Como já evidenciado anteriormente, foi anexada a exordial 22 decisões que reconheceram práticas ilícitas trabalhistas cometidas pela empresa, tendo sido colacionado em seguida, mais sete decisões no mesmo sentido.

A empresa, no entanto, impugnou apenas sete, nem sempre respeitando a verdade dos fatos.

Deduz-se, assim, que a promovida é recalcitrante na prática de ilícitos trabalhistas, violando sistematicamente o patrimônio jurídico daqueles que lhe prestam serviços.

Todavia, impõe-se aferir se a violação continuada de direitos trabalhistas de certo grupo de trabalhadores reclama enérgica ação da jurisdição, determinando tutelas inibitórias que impeçam a continuidade de tais violações, mediante imposição de cominações que inibam os ilícitos.

A doutrina e os pretórios vêm dando a devida importância às tutelas jurisdicionais diferenciadas, que, segundo o conceito de Luiz Guilherme Marinoni, *“nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial.”* ( MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 304.)

Entendo, que a condenação à indenização por dano moral é forma de inibir a prática de violações ao direito material, assegurado abstratamente nas normas que fazem parte do ordenamento jurídico.

Neste contexto, é elucidativo trazer à colação algumas digressões sobre o dano moral coletivo.

O dano moral pode atingir a pessoa, na sua esfera individual, mas também pode atingir grupo determinável ou até quantidade indeterminada de pessoas que sofrem os efeitos de ato ilícito derivado da mesma origem.

Ensina Carlos Alberto Bittar Filho: *“Se o indivíduo pode ser vítima de*

*dano moral não há porque não o possa ser a coletividade. Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação anti-jurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável em termos de violação dos seus mais mezinhos direitos materiais. ( BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pode a Coletividade Sofrer Dano Moral? In Rep. IOB, Jurisprudência 3/12/2009)*

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (**considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas**), tais interesses possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade ou determinado grupo social.

O reconhecimento do dano moral coletivo (e a possibilidade de sua reparação) tem respaldo constitucional - art. 5º, X, da Constituição Federal - e é tutelado pelas seguintes normas jurídicas: Lei 6.938/1981, que diz respeito à Política Nacional do Meio Ambiente; pela Lei 8.07/1990 - Código de Defesa do Consumidor; pela Lei 7.347/1985, que trata da Ação Civil Pública.

No caso, a atitude da empresa promovida revela desrespeito constante e reiterado aos direitos fundamentais dos seus trabalhadores, e em razão disso, deve haver a reparação do dano causado, tanto na esfera individual quanto na coletiva, devendo o valor dessa reparação, ainda atender a um caráter ao mesmo tempo pedagógico e compensatório, e no caso, também inibitório.

O interesse coletivo, embora autônomo, cujo titular é uma coletividade, grupo ou categoria - em última análise - nada é mais do que o somatório dos interesses individuais, quer sejam determinados ou não, quer decorram de uma relação jurídica base ou de simples pressuposto fático.

O fundamento da reparação do dano moral coletivo está no artigo 5º, X, da CF assim redigido: **“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”** (o destaque é nosso).

Ora, a Constituição menciona pessoas no plural, denotando que o dano moral pode transcender o interesse individual e atingir a esfera coletiva.

Uma das mais citadas regras de hermenêutica afirma que **a lei não contém palavras inúteis e, em se tratando de direitos fundamentais, a Constituição deve ser entendida e interpretada à luz do princípio da máxima eficiência, segundo o escólio do renomado publicista português J.J. Gomes Canotilho.**

Além disso, a reparação coletiva do dano moral prestigia os princípios elencados no próprio artigo 1º da Constituição Federal, quais sejam: cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (inciso III); no artigo 3º: construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV); no artigo 4º: prevalência dos direitos humanos ( II).

Na seara infraconstitucional o artigo 81, da Lei 8.078/90, define, por meio de interpretação autêntica, os interesses transindividuais, do qual o interesse coletivo é uma das suas espécies.

Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:



*“A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo (caput)(...) Os direitos coletivos são, assim como os difusos, transindividuais e indivisíveis, mas seus titulares são grupo, classe ou categoria de pessoa ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base(...) (CDC 81 parágrafo único II).*

O dano coletivo pode ainda ocorrer por exercício abusivo do direito que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz indenização suplementar, como, aliás, já previa o artigo 652, "d", da CLT.

Extraí-se desse arcabouço legal, que os direitos coletivos são como os direitos difusos, direitos transindividuais e indivisíveis. Seus titulares são grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base - CDC 81 parágrafo único II -

A violação dos seus mais mezinhos direitos, merece vigorosa reação da jurisdição no sentido de fazer cessar o *dumping* social, que ocorre com agressões reiteradas e inescusáveis aos direitos trabalhistas, gerando dano à sociedade, pois com essa prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social de Direito, ante o desrespeito aos direitos fundamentais da classe dos trabalhadores.

É, o caso dos autos.

Cita-se neste norte majoritária jurisprudência que avulta dos anais do Colendo Tribunal Superior do Trabalho;

**“EMPRESA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E MEDICAMENTOS REVISTA DIÁRIA RISCO EMPRESARIAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL.** A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe, ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, correto o entendimento de que configura dano moral a revista que exige do Obreiro ficar de roupa íntima na frente de outras pessoas, sendo devida a indenização.” (TST-RR-2.652/2003-069-02-00.0 , 4ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 20/4/2007)

Ainda,

**“RECURSO DE REVISTA REALIZAÇÃO DE REVISTA ÍNTIMA LESÃO À INTIMIDADE - DANOS MORAIS** 1. O Eg. Tribunal Regional consignou que o Reclamante era submetido a **revistas** visuais cotidianas, na frente de terceiros. 2. O poder fiscalizatório do empregador de proceder às **revistas** encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. 3. A realização de **revistas** sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do Eg. TST.” (TST-RR-928/2004-006-06-00.1, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 7/3/2008).

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, transcrevo ementa que é síntese de judicioso voto da lavra de Sua Excelência o Desembargador Ubiratam

Moreira Delgado, nos autos do processo N.U.: 0044000-47.2008.5.13.0025 – Ação Civil Pública – em que figura como parte no polo passivo da relação processual o Banco Bradesco S/A, *in verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRÁTICA ANTISSINDICAL. PROVAS ORAIS CONVINCENTES. DANO MORAL COLETIVO. CONFIGURAÇÃO. EMPREGADOR. DEVER DE INDENIZAR. Uma vez que, por meio da prova emprestada colacionada aos autos, o autor logrou êxito em comprovar que a instituição financeira utiliza práticas discriminatórias relativamente aos empregados que são ocupantes de cargos no sindicato da categoria, restou configurado o dano moral coletivo, que, ao contrário do exigido no dano moral individual, o direito imaterial da vítima não precisa ter sido desrespeitado, bastando, para tanto, a existência de ameaça contra a coletividade atingida pelo ato ilícito praticado pelo empregador.

No tocante a prova dos ilícitos imputados à promovida, a prova material colacionada aos autos, farta e contundente, é o suficiente para alicerçar a condenação, pois a existência do dano moral decorre *in re ipsa*, (os fatos falam por si), o que vale dizer: restando provada a existência do fato presume-se a ocorrência do dano.

É oportuno, trazer à colação o novel texto do art. 149 do Código Penal, redação atual dada pela lei 10.803 de 11 de dezembro de 2003, *in verbis*:

“Art 149 (caput)- *Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:*

Como se vê, o citado artigo traz no seu texto, agora, de forma mais clara e precisa em que consiste o conceito de “condição análoga à de escravo”. Tal condição restará caracterizada quando a vítima for submetida a trabalhos forçados ou a **jornada exaustiva**, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Submeter trabalhador, sem necessidade urgente a justificar tal atitude, a alongadas jornadas de trabalho diárias, viola primeiramente a lei.

O art. 59 da CLT só admite o acréscimo de 02 horas por dia na jornada de trabalho. Viola também a dignidade do trabalhador obrigado a trabalhar em jornadas que extrapolam aquelas estatuídas na Carta da República.

Trabalho de longa duração diária era comum nos primórdios da Revolução Industrial e foi contra tal estado de coisas que se deram as primeiras grandes lutas operárias, em busca de melhores condições de trabalho, dentre elas., a limitação da jornada de trabalho, aliada a salários condizentes e ao direito ao lazer.

A limitação da jornada de trabalho a 08 horas diárias foi e continua sendo conquista da civilização. A demandada, porém, não compactua com tal princípio civilizatório e insiste em fazer tábula rasa de direitos mínimos dos seus trabalhadores, violando-os de forma contínua e sistemática.

E não se diga que a Ação Civil Pública não é meio processualmente idôneo para que a jurisdição iniba tais procedimentos patronais, nem que indenizações por danos morais só são devidas quando o ilícito extrapolar os quadrantes da empresa, atingindo de forma

oblíqua a sociedade como um todo.

O ultrapassado olhar em que se via a Ação Civil Pública como instrumento apenas voltado para a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou a ordem urbanística, deve ser sepultado, em razão do largo espectro que hodiernamente alcança esta modalidade de ação.

Transcrevo, luminosa jurisprudência neste norte:

**AÇÃO CIVIL COLETIVA. NATUREZA. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA AJUIZÁ-LA. NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE REGULAM A MATÉRIA.** Nos últimos quinze anos, o Brasil conheceu importantes inovações legislativas a respeito dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos e dos mecanismos de tutela coletiva desses direitos, destacando-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a conhecida ação civil pública, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Este, entre outras novidades, introduziu um importante mecanismo de defesa coletiva para direitos individuais homogêneos: a ação civil coletiva (arts. 91 a 100). São características dessa última categoria de direitos ou interesses a possibilidade de perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito, sendo que a ligação com os demais sujeitos decorre da circunstância de serem todos titulares individuais de direitos com "origem comum" e são divisíveis, pois podem ser lesados e satisfeitos de forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns titulares sem afetar os demais. Portanto, por serem individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular e, por isso, são passíveis de transmissão por ato "inter vivos ou mortis" causa e, regra geral, suscetíveis de renúncia e transação. Quanto a sua defesa em juízo, geralmente, são defendidos pelo próprio sujeito detentor do direito material, sendo que a defesa por terceiros será sob a forma de representação ou, quando houver previsão legal, sob a forma de substituição processual. Assim sendo, no que concerne à legitimidade do "parquet" laboral para a propositura da ação civil coletiva, mostra-se mais coerente com o direito hodierno o entendimento de que o artigo 83 inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, ao dispor, entre outras atribuições, que é incumbência do Ministério Público do Trabalho "propor ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos" (grifei), utilizou a expressão "interesses coletivos" na sua acepção "lato", abrangendo, outrossim, tanto os interesses coletivos "stricto sensu", quanto os difusos e os individuais homogêneos, uma vez não se poder restringir a legitimidade que foi amplamente concedida pelo art. 129, inciso II, do Texto Ápice, sem qualquer discriminação entre os diversos ramos do "Parquet". À mesma conclusão chega-se após o exame do art. 6º, inciso VII, alínea "d", da Lei Complementar nº 75/93, que, ao disciplinar os instrumentos de atuação do Ministério Público da União, em todos os seus ramos, aponta a ação civil pública para a defesa de "outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos". Ademais, não há olvidar que, após a promulgação da "Lex Fundamental" de 1988, o Ministério Público foi guindado à "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Vale dizer, portanto, que, ao tutelar os direitos elencados ao trabalhador no art. 7º da Constituição Federal vigente, ele atua, sem dúvida alguma, na defesa dos direitos sociais e, por conseguinte, também na defesa dos direitos e garantias fundamentais conferidos aos cidadãos, bem assim na concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º. (Acórdão 3121/1998 Imagem do Documento - Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo - Publicado no DJ/SC em 23-04-1998, página: 336)

Os procedimentos adotados pela promovida, como por exemplo, - imposição contínua de **realização de horas extras além do limite legal e descontos indevidos nos salários dos seus empregados** - que resultaram provados no curso da instrução - revelam-se anti-jurídicos e autorizam a reparação por danos morais coletivos.

#### OUTRAS QUESTÕES.

Ultrapassada a análise dos fundamentos fáticos e jurídicos, que indicam o acerto da sentença *a quo* no tocante à condenação da promovida na indenização por dano moral coletivo, resta trazer à colação duas outras irresignações deduzidas no seu apelo recursal.

A primeira delas volta-se no sentido de que a obrigação de fazer imposta pela sentença, com o objetivo de evitar o descumprimento dos limites legais no estabelecimento da jornada de trabalho, dirija-se apenas àqueles empregados que não estejam sob o pálio da dicção do artigo 62, I e II da CLT.

A segunda se volta contra a aplicação da multa do artigo 475-J na Justiça do Trabalho.

Ao seu enfrentamento, pois:

Diferente do que ocorria antes da Segunda Guerra mundial, o entendimento atual – ao menos nos países onde se adota o sistema romano-germânico de direito – é de que os princípios e direitos fundamentais inscritos nas constituições não têm objetivos meramente políticos, simples regras programáticas dirigidas ao futuro legislador. Ao contrário, constituem normas jurídicas positivas, dotadas de validade e legitimidade. Portanto de aplicação obrigatória pelo legislador, pelo administrador e pelo juiz nas tarefas que competem aos titulares de cada uma das três funções do Estado. Ademais, os direitos fundamentais positivados representam um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico.

O operador do direito, no seu trabalho de aplicação das normas aos casos concretos, deve buscar a finalidade da norma, o seu *telos*, e os valores que a ordem jurídica procura realizar. Aliás, entre nós, essa busca é exigência legal, pois o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, contém comando de natureza teleológica. Luís Roberto Barroso, ao tratar da interpretação legislativa, a respeito de interpretação teleológica, escreve: “*A Constituição e as leis visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada... Nem sempre é fácil, contudo, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social*”.<sup>1</sup>

Conforme assevera o Min. do STF Marco Aurélio, “*em relação aos direitos e às garantias individuais, a Carta de 1988 tornou-se, desde que promulgada, auto-aplicável, cabendo aos responsáveis pela supremacia do Diploma Máximo do País buscar meios de torná-lo efetivo*”.<sup>2</sup>

No caso do disposto no art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal, não há qualquer dúvida que tal dispositivo é regra de aplicação direta às relações de trabalho e não

<sup>1</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1998, p.131.

<sup>2</sup> Mello, Marco Aurélio de Faria. *Óptica constitucional: A igualdade e as ações afirmativas*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Brasília, ano I, N° I, p. 82-91. Abril de 2006, p. 86.

mero princípio programático dirigido a legislador futuro. Mencionado dispositivo estabelece duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais. Estes são limites máximos e não há, no texto constitucional brasileiro, exceção a esse regramento permitindo jornadas mais elásticas para determinadas categorias ou funções. E conforme a fórmula conhecida “*onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir*”.

Desse modo verifica-se existência de conflito entre o disposto no dispositivo constitucional referido e no estatuído no art. 62, II da CLT. Como resolver o conflito? Aplicando-se o critério hierárquico.

Na estrutura do nosso ordenamento jurídico as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. A regra do art. 62 da CLT deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 7º, inciso XIII da Constituição. Interpretação, conforme a constituição, do dispositivo consolidado citado não leva porém a conclusão pura e simples de que o mesmo esteja revogado. Interpretação sistemática e teleológica permite outra ilação, qual seja: o disposto no art. 62, inciso I continua aplicável a determinado tipo de trabalhador como, por exemplo, os vendedores viajantes, que embora subordinados – como todo empregado – e portanto não dispondo de seu tempo de serviço pode organizá-lo livremente sem qualquer controle ou interferência patronal. Eles podem escolher trabalhar apenas alguns dias por semana, trabalhar parte de um dia e no restante descansar ou aplicar o tempo em outra atividade não ligada ao emprego, trabalhar a noite, trabalhar em fins de semana, etc., sempre por livre deliberação. **A esses trabalhadores se aplica sim o disposto no inciso I do art. 62, não aos demais.**

A interpretação simplista, embora corriqueira, de que o disposto no art. 62 permanece íntegro em seus dois incisos, implica em negar vigência a norma de maior hierarquia, isto é ao disposto no art. 7º, inciso XIII da Constituição.

**Assim, considero desnecessária a ressalva pretendida pela demandada porque nas situações concretas a aplicação do dispositivo celetista em apreço se impõe.**

Já no que concerne a multa do artigo 475-J do CPC, seu objetivo é dotar as decisões judiciais de efetividade e plena eficácia, por isso, em homenagem aos princípios da razoável duração do processo e da máxima efetividade das decisões judiciais, mantenho a multa do artigo 475-J do CPC, caso os valores consignados na condenação não sejam adimplidos no prazo determinado na sentença de origem.

Isso posto, nego provimento ao Recurso.

RECURSO ORDINÁRIO DO PROMOVENTE – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Pugna o recorrente pela majoração do *quantum* da indenização por danos morais, em face da gravidade, multiplicidade e prolongamento temporal das práticas ilícitas denunciadas na presente ação, as quais afrontam diversos dispositivos legais e constitucionais.

Os fundamentos para o reconhecimento do dano moral coletivo já foram amplamente deduzidos quando da análise do apelo da promovida, restando aferir o valor da indenização fixada pelo juízo de primeiro grau.

A meu sentir, e considerando a extensão do dano, sobretudo a prática reiterada dos fatos que o ensejaram, as condições econômicas e financeiras do responsável pelo adimplemento da indenização, empresa de grande porte que foi recentemente adquirida por um dos maiores grupos varejistas do setor, atuando no mercado nacional através de centenas de lojas de de-

partamento em grande parte do território brasileiro, bem como atento aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, e sobretudo ao caráter inibitório da cominação, tenho que o valor da indenização não deve ser majorado, e que reverterá para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; fundo este cuja finalidade é a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, e por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Impende dar relevo a afirmação segundo a qual a majoração e a quantificação do valor referente à indenização por dano moral, no caso dos autos, se deu em razão da ponderável culpa do agente, da extensão do dano causado às vítimas, do recalcitrante comportamento antijurídico da promovida, e de forma reflexa por possíveis lesões a sociedade como um todo.

Por último, entendo que sentença que determina só poder ser constatado o descumprimento das obrigações integrantes da condenação mediante decisão trânsita em julgado, malfez o princípio da ampla defesa insculpido na Constituição Federal, pois a constatação do descumprimento destas obrigações deve ser feita mediante quaisquer meios válidos de prova admissíveis no ordenamento jurídico.

Isso posto, dou provimento parcial ao Recurso do promovente para determinar que a constatação do descumprimento das obrigações elencadas na sentença pode ser feita mediante qualquer meio de prova admissível no ordenamento jurídico e esclarecer que as astreintes têm periodicidade mensal, por trabalhador atingido, a cada violação efetuada pela empresa às obrigações impostas na sentença.

Em razão dos fundamentos deduzidos em ambos os recursos, REJEITO AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM, EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, arguidas pela Promovida; quanto ao MÉRITO, em relação ao RECURSO ORDINÁRIO DA PROMOVIDA FS VASCONCELOS LTDA, NEGOU PROVIMENTO ao apelo. Em relação ao RECURSO ORDINÁRIO DO PROMOVENTE - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso, para determinar que a constatação do descumprimento das obrigações elencadas na sentença pode ser feita mediante qualquer meio de prova admissível no ordenamento jurídico, bem como para esclarecer que as astreintes têm periodicidade mensal, por trabalhador atingido, a cada violação efetuada pela empresa em relação as obrigações impostas na decisão de origem. Custas inalteradas.

ACORDA O PLENO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Senhor . Procurador MARCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA, por unanimidade, REJEITAR AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM, EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, arguidas pela Promovida; quanto ao MÉRITO, em relação ao RECURSO ORDINÁRIO DA PROMOVIDA FS VASCONCELOS LTDA, por maioria, vencido Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Sua Excelência a Senhora Juíza Margarida Araújo, NEGAR PROVIMENTO; em relação ao RECURSO ORDINÁRIO DO PROMOVENTE - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso, para determinar que a

constatação do descumprimento das obrigações elencadas na sentença pode ser feita mediante qualquer meio de prova admissível no ordenamento jurídico, bem como para esclarecer que as astreintes têm periodicidade mensal, por trabalhador atingido, a cada violação efetuada pela empresa em relação as obrigações impostas na decisão de origem. Custas inalteradas.

EDUARDO SERGIO DE ALMEIDA  
Desembargador Revisor designado para redigir o acórdão

**GDES/IS**

ACÓRDÃO

PROC. NU.:0035300-52.2011.5.13.0001

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SINVAL FRANCISCO DE LIMA

RECORRIDO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

E M E N T A:

SERVIDOR ESTATUTÁRIO. OPÇÃO PELO FGTS. TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR. CÔMPUTO PARA GOZO DE TODOS OS DIREITOS TRABALHISTAS. DIREITO ASSEGURADO NA LEI Nº 6.184/74. ADESÃO AO PDV. EQUIPARAÇÃO À DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. DIREITO À INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. A Lei nº 6.184/74 assegurou aos servidores estatutários, que estivessem na situação nela prevista e optassem pelo FGTS, o direito de computar o tempo de serviço anterior à opção para fins de usufruto dos direitos trabalhistas e previdenciários. Encontrando-se o postulante amparado por essa lei e tendo a empresa estabelecido que a adesão ao PDV (Programa de Desligamento Voluntário) equipara-se à demissão sem justa causa, avulta indiscutível o direito do demandante à indenização relativa ao período anterior à opção, nos termos da legislação pertinente.

Vistos etc.

Recurso Ordinário interposto por SINVAL FRANCISCO DE LIMA, contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, que rejeitou a exceção de incompetência material da Justiça do Trabalho suscitada na defesa e julgou a reclamação improcedente, sob o fundamento de que o reclamante, ao fazer a opção pelo regime do FGTS, renunciou à indenização tratada nos artigos 477 e 478 da CLT. Além disso, os direitos acaso existentes estariam totalmente prescritos. (seq. 16).

Inconformado com o *decisum*, o reclamante interpõe Recurso Ordinário (seq. 022), requerendo a modificação do julgado. Em seu arrazoado, praticamente renova os fatos articulados na exordial, informando sobre sua admissão, opção pelo FGTS e rescisão contratual. Diz que migrou do regime estatutário para o celetista, mediante opção pelo FGTS, com efeitos a partir de julho de 1975, em observância ao previsto no art. 2º da Lei nº 6.184/74. Enfatiza que o tempo de trabalho prestado sob o regime estatutário deve ser computado para todos os efeitos legais, existentes à época. Invoca o art. 16 da Lei nº 5.107/66 e art. 14 da Lei nº 8.036/90. Sustenta que é patente seu direito à indenização pleiteada. Esclarece que a adesão ao PDV não implica em rescisão contratual por iniciativa do laborista, uma vez que a regulamentação do Plano de Desligamento Voluntário - PDV estabelece que a adesão dos



empregados enseja a rescisão contratual na modalidade SEM JUSTA CAUSA/ PDV, inclusive com previsão de pagamento de aviso prévio, multa rescisória de 40% sobre o FGTS, além do pagamento de outras parcelas devidas no ato da rescisão sem justa causa, Entende, por isso, fazer jus à indenização do período anterior à opção pelo FGTS.

Ao final, requer o provimento do Apelo e a reforma da decisão atacada.

Contrarrazões pela empresa reclamada (sequencial 030).

O presente feito não exige a intervenção obrigatória do Ministério Público do Trabalho (artigo 31, § 1º, do Regimento Interno).

É o relatório.

## V O T O

### ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário interposto às fls.60/71, eis que aviado a tempo e a modo.

### MÉRITO

O cerne da demanda gravita em torno do pagamento de indenização em dobro, decorrente da chamada estabilidade decenal, da CLT.

Narra a inicial que o reclamante laborou para a reclamada de 15.06.1960 ate 14.04.2009, quando fora dispensado sem justa causa, mediante adesão ao PDV - Plano de Desligamento Voluntário. Informa que, inicialmente, fora admitido sob o regime estatutário, previsto na Lei nº 1.711/52, no extinto Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, então uma Autarquia, depois transformada em empresa pública, a atual ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Em sua narrativa, informa o demandante que, com o advento da Lei nº 6.184/74, optara pelo regime do FGTS em 15 de julho de 1975, migrando então do regime estatutário para o celetista.

Sustenta que, quando do seu ingresso no quadro celetista da empresa, teve assegurado o cômputo do tempo de serviço anterior à opção pelo FGTS, isso é, o tempo de serviço prestado, anteriormente, à administração pública, na condição de estatutário, para o gozo dos direitos previstos na legislação trabalhista e previdenciária, conforme preceitua o artigo 2º da

citada Lei nº 6.184/74.

Entende, portanto fazer jus à indenização pelo período anterior à opção, com base no art. 16 da Lei nº 5.107/66 e art. 14 da Lei nº 8.036/90, - que regem o FGTS.

Requer o pagamento da indenização em dobro, pelo tempo de serviço anterior à opção pelo regime do FGTS, considerando-se o total da remuneração, acrescida de 1/12 da gratificação natalina, nos termos da Súmula nº 148 do TST, conforme apuração em liquidação de sentença, com base na maior remuneração percebida, nos termos dos artigos 477, *caput*, 478 e 497, da CLT.

Em sua defesa (seq. 07), a reclamada arguiu a incompetência desta Justiça Especializada para julgar a matéria atinente a direitos relativos a período em que a relação era regida pelo regime estatutário.

Arguiu, também, a prescrição bienal e quinquenal, sob o fundamento de que a mudança do regime estatutário para o regime celetista ocorrera em 1975.

No mérito propriamente dito, a reclamada sustenta que o obreiro não foi despedido sem justa causa, mas sim mediante adesão voluntária ao Plano de Desligamento Voluntário – PDV, em 2009 acrescentando que esta situação não se confunde com a dispensa por iniciativa do empregador.

Diz que a estabilidade no emprego somente é violada quando há rescisão por iniciativa do empregador, nos termos do art. 14 da lei 8036/90.

Argumenta que, de acordo com a OJ da SDI-1 270, não se há de falar noutra parcela a ser paga ao reclamante, uma vez que o PDV implicou na quitação das rubricas nele discriminadas.

Sustenta que o reclamante, ao migrar para o sistema celetista, perdeu a estabilidade estatutária e, conseqüentemente, a estabilidade decenal prevista na CLT, em face de sua opção pelo regime do FGTS. Acrescenta que não se pode pretender a aplicação do disposto no artigo 16 da Lei nº 5107/1966, artigos 477, 478 e 497 da CLT, com base em período em que a relação era regida pelo sistema estatutário.

Diz que ao optar pelo regime do FGTS, mediante opção escrita, estava o autor excluído, automaticamente, do sistema de indenizações previsto na CLT, não mais podendo, também, alcançar a clássica estabilidade no emprego.

Enfatiza que a pretensão autoral não se enquadra no art. 16 da Lei 5.107/66, eis que o laborista era regido pelo regime estatutário. Diz, ainda, que não cabe na hipótese a pretendida indenização em dobro, porque o laborista não trabalhou mais de dez anos para uma mesma empresa, e sim no DCT e na ECT e assim sendo, não possui a estabilidade do art. 492 da CLT.

Em suma, entende que o art. 2º da Lei nº 6184/74 bem como art. 14 da Lei nº 8036/90 não dão guarida ao pedido do autor.

Refuta o pleito de honorários advocatícios, requer a compensação de verbas eventualmente deferidas e que foram efetivamente pagas, bem como os recolhimentos previdenciários e fiscais e a aplicação de juros de mora no percentual de 0,5%, nos termos da Lei nº 9.494/97.

O Juízo de primeiro grau aplicou a prescrição total ao direito perseguido, sob o fundamento de que já havia transcorrido o lapso temporal de dois anos para o ajuizamento da ação, contados da data da opção pelo regime do FGTS pelo reclamante, firmada em 15.07.1975. Entendeu que o direito de ação se exauriu em 15.07.1977, fato que acarretaria a extinção do processo com julgamento do mérito e consequente na improcedência da demanda.

Também sob o enfoque da prescrição quinquenal, argumentou o sentenciado que, mesmo em se considerando a continuidade da prestação de serviços, ainda assim os efeitos da prescrição quinquenal alcançam as pretensões anteriores a 05.04.2006. Nesse contesto, julgou a ação improcedente, eis que fundada em direitos de origem pretérita.

Passo ao deslinde da controvérsia, que comporta análise sob diversos aspectos.

Inicialmente, há que se apreciar a prescrição, aplicada pelo Juízo primário, ao fundamento de que a data da opção do postulante pelo regime do FGTS seria o marco inicial do prazo prescricional.

Entendo, *data venia*, equivocada tal conclusão.

A Lei nº 5.107/66, que instituiu o FGTS, vigente à época da opção do autor pelo FGTS, assim dispõe:

*Art. 16 - Os empregados que, na forma do art. 1º optarem pelo regime desta Lei terão, na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contem 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no artigo 497 da mesma CLT. Pelo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta Lei.*

Como se vê, esse dispositivo legal assegura ao empregado optante, inclusive àqueles que contassem com mais de dez anos de serviço na data da opção (caso do postulante), o direito à indenização pelo período anterior. A empresa poderia até depositar o valor indenizatório na conta vinculada do empregado, entretanto, só na hipótese de rescisão receberia ele o valor correspondente à indenização a que faria jus, em conformidade com o tempo de serviço anterior à opção.

Assim, embora o reclamante tenha feito a opção pelo FGTS em 15.07.1975, seu direito à indenização pretendida somente se tornaria exigível com o desate contratual. Só a partir dali, portanto, passou a fluir o prazo prescricional de dois anos, estabelecido no art. 7º, inciso XXIX da Carta Constitucional Brasileira.

Por conseguinte, não há prescrição a ser declarada, quer bienal, quer quinquenal, uma vez que o contrato de trabalho somente foi extinto em 14.02.2009 e a presente ação foi ajuizada em 07.04.2011.

Afastada a prescrição, passa-se à análise dos demais aspectos da demanda.

Consoante se evidencia no texto legal anteriormente transcrito, a opção pelo FGTS assegura ao empregado o direito à indenização pelo período de trabalho prestado à mesma empresa, no período anterior à opção, quando não der causa à rescisão contratual.

Indiscutivelmente, todo o tempo de serviço do postulante foi prestado à ECT, desde a época em que era uma autarquia, ali permanecendo, independentemente da sua transformação em empresa pública. Por óbvio, a mudança de denominação da empresa, de DCT para ECT, bem como as transformações legais que lhe foram impostas, não desvirtuam a característica de prestação de serviço do reclamante para o mesmo empregador.

Na verdade, o reclamante sempre prestou o mesmo tipo de serviços, ao mesmo empregador, não obstante as mudanças em sua denominação e natureza jurídica. A ECT pode ser considerada como a mesma antiga DCT ou como sua sucessora, sem qualquer prejuízo aos direitos dos empregados. Também é verdade que, ao optar pelo FGTS, já tinha 15 anos de serviços prestados àquela empresa.

Por outro lado, também é verdade que a citada Lei nº 5.107/66, instituidora do FGTS, destinou-se aos empregados, mesmo àqueles vinculados à administração pública, desde que regidos pela CLT.

Assim, ante a opção de migrar para o regime celetista, por meio de opção pelo FGTS, é de se perquirir se o tempo anterior à opção, no caso dos servidores vinculados ao regime estatutário, poderia ser computado para pagamento daquela indenização, prevista nos arts. 477 e 497 da CLT, nos termos da Lei nº 5.107/66.

Poder-se-ia concluir pela negativa, uma vez que o regime estatutário não concedia, nem concede, ao servidor, o direito a uma indenização, em caso de rescisão contratual. Portanto, em princípio, suas disposições não alcançariam os servidores estatutários, ou o tempo de serviço estatutário, dos servidores que optassem pelo FGTS.

Entretanto, como bem argumenta o postulante, existe a Lei 6.184/74 que o favorece, consoante texto legal abaixo transcrito:

Art. 1º Os funcionários públicos de órgão da Administração Federal Direta e Autarquias que se transformaram ou venham a transformar-se em sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações poderão ser integrados, **mediante opção**, nos quadros de pessoal dessas entidades.

§ 1º A integração prevista neste artigo somente se aplica a ocupantes de cargos de provimento efetivo e aos agregados existentes nos quadros dos órgãos e autarquias à data da transformação, excluídos os que tenham sido redistribuídos ou transferidos para quadros de outros órgãos da Administração. **(grifei)**

§ 2º A integração se efetivará mediante contratação, por prazo indeterminado, no regime da legislação trabalhista, para emprego compatível com as atribuições do cargo ocupado pelo funcionário quando da opção.

.....  
Art. 2º **Será computado, para o gozo dos direitos assegurados na legislação trabalhista e de previdência social, inclusive para efeito de carência, o tempo de serviço anteriormente prestado à Administração Pública** pelo funcionário que, por motivo de que trata o artigo 1º, integre ou venha a integrar quadro de pessoal de sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação. **(grifei)**

Parágrafo único. A contagem de tempo de serviço de que trata este artigo far-se-á segundo as normas pertinentes ao regime estatutário, inclusive computando-se em dobro, para fins de aposentadoria, os períodos de licença especial não gozada, cujo direito tenha sido adquirido sob o mesmo regime.

Como se vê, essa lei garantiu integralmente o cômputo do tempo de serviço dos servidores estatutários (“ocupantes de cargos de provimento efetivo”), para “o gozo de todos os direitos assegurados na legislação trabalhista”, na hipótese de transformação de órgãos da administração direta ou de autarquias, em empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações.

O parágrafo primeiro do art. 2º, acima transcrito, foi ainda mais benéfico, ao assegurar não só o cômputo daquele tempo estatutário para “o gozo de todos os direitos assegurado na legislação trabalhista”, como também assegurou todas as vantagens estatutárias inerentes, a exemplo do cômputo em dobro das licenças especiais não gozadas, para fins de aposentadoria.

Infere-se que o único escopo do legislador, por meio da citada lei, foi evitar qualquer prejuízo aos servidores, envolvidos naquelas mudanças legais, assegurando-lhes a total garantia dos seus direitos, e estimulando-os a migrar para o regime da CLT/FGTS, por ser mais compatível com a nova estrutura da entidade empregadora.

Por conseguinte, não há dúvidas quanto ao cômputo desse tempo de serviço, para fins da indenização assegurada na CLT e na Lei nº 5.107.66.

Resta saber se o postulante faria jus a essa indenização. Isso porque o art. 477 da CLT assim dispõe:

**Art. 477** - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a

terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (Redação dada pela Lei n.º 5.584 , de 26-06-70, DOU 29-06-70) (grifei)

Alega a demandada que a rescisão contratual do postulante decorreu de sua adesão ao PDV - Plano de Desligamento Voluntário. Portanto, não estaria enquadrado nas hipóteses autorizadoras da indenização pretendida.

Ocorre que o regulamento do PDV, trazido aos autos pela própria reclamada (sequencial 08, fl.11), estabelece expressamente que “Os empregados desligados por intermédio do Plano de Desligamento Voluntário - PDV terão o contrato de trabalho rescindido na modalidade SEM JUSTA CAUSA.”

Tanto é assim que no TRCT do empregado (seq. 08) consta, no campo 25, que o seu afastamento decorreu em razão de dispensa sem justa causa. No campo 26 consta “01” como código de afastamento, que é exatamente o código de dispensa sem justa causa, a ser informado nas guias de liberação do FGTS. Assim, formalmente, em consonância com as regras do PDV, o TRCT evidencia que a despedida do reclamante foi sem justa causa.

Assim, quando a empresa instituiu o PDV, considerando-o como modalidade de dispensa sem justa causa, assumiu o compromisso de pagar todos os ônus de uma dispensa sem justa causa, a exemplo do aviso prévio e demais verbas rescisórias, inclusive a indenização pretendida.

Portanto, restando indiscutível o tempo de serviço do postulante anterior à opção (15 anos) e evidenciada a dispensa sem justa causa, encontram-se presentes os requisitos autorizadores da indenização decenal, em dobro.

Isso porque, a opção do empregado pelo FGTS lhe assegurou, como já demonstrado, o direito à indenização quanto ao período anterior, nos casos de dispensa sem justa causa. No caso, contando com mais de dez anos de serviço, essa indenização é devida em dobro.

Este é o entendimento consolidado na doutrina a exemplo do texto abaixo transcrito, trazido pelo postulante em sua exordial:

*Direito do Trabalho, Ed. LTr, 18ª Ed., São Paulo, 1999, capítulo XX, Estabilidade no Emprego, fls.735-736:*

*“A Lei 5.107, de 13/09/66, impôs, entretanto, a renúncia ao direito de estabilidade que à época existia, como decorrência da opção do emprego pelo regime jurídico do FGTS (arts. 1º e 16º). A renúncia concernia não só a direito de adquirir a estabilidade, como à estabilidade já adquirida. O tempo anterior à opção gerará apenas o direito à indenização de antiguidade disciplinada pela CLT, simples ou em*

*dobro, conforme tivesse o empregado, na data em que optou, menos ou mais de dez anos de serviço prestado à empresa.”*

Nesse sentido também a jurisprudência do Colendo TST, que segue transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO.OPÇÃO PELO REGIME DO FGTS. ESTABILIDADE DECENAL PREVISTA NO ART. 492 DA CLT. DIREITO ADQUIRIDO. RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. A teor do art. 16 da Lei n 5.107/66, vigente à época em que o reclamante optou pelo regime do FGTS, - os empregados, que na forma do art. 1º optaram pelo regime desta Lei, terão na ocorrência da rescisão do contrato de trabalho, regulados os direitos relativos ao tempo de serviço anterior à opção, de acordo com o sistema estabelecido no Capítulo V do Título IV da CLT, calculada, porém, a indenização, para os que contam 10 (dez) ou mais anos de serviço, na base prevista no art. 497 da CLT. Pelo mesmo tempo de serviço posterior à opção, terão assegurados os direitos decorrentes desta lei.- ante a expressa dicção da Lei regente da matéria, improsperável a tese patronal de que são absolutamente incompatíveis o regime do FGTS e o instituto da estabilidade decenal que o precedeu. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TST-AIRR-5440-41.2005.5.04.0000, 3ª Turma, ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTANA PEREIRA, publicado no DJT de 23.04.2010).

Registre-se que a OJ 270, invocada pela reclamada para repelir o direito aqui perseguido, vem, ao contrário, respaldar a pretensão do autor:

1. OJ-SDI1-270 PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002)

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

Portanto, como na rescisão contratual essa indenização não foi paga ao demandante, consoante revela o TRCT no sequencial 08, jamais poderia abranger a indenização pretendida. A quitação restringe-se, apenas, aos títulos e valores ali consignados, não atingindo, por óbvio, o direito a indenização em epigrafe, que remanesceu incólume.

A indenização abrangerá todo o período anterior à opção pelo FGTS, qual seja, de 15.06.1960 a 14.07.1975, e terá por base a maior remuneração percebida pelo demandante, nos termos do art. 477 da CLT.

Perfeitamente aplicável à hipótese a Súmula nº 148 do TST, de forma

que faz jus o empregado à integração da gratificação natalina no cômputo da indenização deferida.

Descabe o pleito de honorários advocatícios uma vez que na Justiça do Trabalho, a condenação na verba honorária não decorre simplesmente da sucumbência, sendo necessário também o preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 5.584/70.

Portanto, não estando o obreiro assistido pelo seu sindicato de classe, descabe o pagamento da verba honorária.

As publicações e atos oficiais deverão ser exarados em nome do advogado Daniel Castanheira do Amaral Gonçalves, inscrito na OAB/PB sob o nº. 14.836, conforme requerido na inicial.

Por fim, esclareço que houve análise explícita das questões trazidas a reexame. Desnecessário mencionar os dispositivos legais e constitucionais citados pelas partes. Matéria prequestionada de acordo com a Súmula 297/TST.

Por todo exposto, conheço do Recurso Ordinário do reclamante e dou-lhe provimento para afastar a prescrição declarada na decisão de primeiro grau e, no mérito, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante a indenização por tempo de serviço, em dobro. Apuração remetida à liquidação, consoante diretrizes fixadas na fundamentação, com a incidência de correção monetária e juros de mora, sendo estes no percentual de 0,5%, nos termos da Lei nº 9494/97, uma vez que a reclamada se equipara à Fazenda Pública. Observem-se as contribuições previdenciárias e fiscais, no que couber. Inversão do ônus das custas, pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre R\$ 50.000,00, valor atribuído à ação.

ACORDA A COLETA 1ª TURMA do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO ao Recurso Ordinário para afastar a prescrição declarada na decisão de primeiro grau e, no mérito, para condenar a reclamada a pagar ao reclamante a indenização por tempo de serviço, em dobro. Apuração remetida à liquidação, consoante diretrizes fixadas na fundamentação constante no voto de Sua Excelência a Senhora Desembargadora Relatora, com a incidência de correção monetária e juros de mora, sendo estes no percentual de 0,5%, nos termos da lei 9494/97, uma vez que a reclamada se equipara à Fazenda Pública. Observem-se as contribuições previdenciárias e fiscais, no que couber. Inversão do ônus das custas, pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), calculadas sobre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor atribuído à ação.

João Pessoa, 16 de agosto de 2011

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

Desembargadora Relatora

GDAM/ZB (csm)



ACÓRDÃO

PROC. Nº 0009700-78.2011.5.13.0017

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVALO INTRAJORNADA DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE. O objetivo de obstar a continuidade do desrespeito à regra legal, em benefício de todos os empregados presentes e futuros do réu, demonstra a natureza transindividual do direito em questão, legitimando a postura do autor, nos termos da Lei (CF, art. 127; Lei Complementar nº 75/93, art. 83, III; Lei nº 7.347/85, art. 1º, IV; CDC, art. 82, I), bem como seu interesse de agir, fulcrado na necessidade e na utilidade de acionar o Judiciário para alcançar as medidas não cumpridas espontaneamente pelo empregador. Logo, afigura-se flagrante a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública por meio da qual se busca resguardar direitos individuais homogêneos da coletividade de trabalhadores subordinados ao réu, relativos à observância das regras legais atinentes ao intervalo intrajornada, uma vez constatado o descumprimento voluntário pela instituição bancária. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO CONSTATADA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA MULTA DE 1%. DEFERIMENTO. Não sendo suficiente a prestação jurisdicional acerca de preliminar suscitada na defesa, procede a alegação de omissão do julgado deduzida nas razões de embargos declaratórios, não podendo ser estes considerados protelatórios. Por conseguinte, deve ser afastada a multa de 1% sobre o valor da causa. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.

Vistos etc.

Trata-se de recurso ordinário proveniente da Vara do Trabalho de Cajazeiras/PB, interposto nos autos da ação civil pública em que litigam o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, na condição de autor, e o BANCO DO BRASIL, como réu.

A Juíza *a quo* rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, de ilegitimidade ativa e de incompetência da Justiça do Trabalho e julgou procedente a ação civil pública movida pelo MPT, para determinar o cumprimento da obrigação de fazer,

com relação a todo e qualquer empregado lotado atualmente ou que venha a prestar serviço na agência de São João do Rio do Peixe/PB, consistente em conceder o intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 por cada empregado encontrado ou mantido sem intervalo intrajornada, reversível ao FAT, com cumprimento imediato, independentemente do trânsito em julgado da decisão (seq. 33).

O acionado opôs embargos de declaração (seq. 36), os quais foram rejeitados, com imposição do pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, pela caracterização do caráter protelatório da medida (seq. 35).

Não conformado, o reclamado interpõe recurso ordinário renovando, inicialmente, as preliminares de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa; de incompetência funcional da Justiça do Trabalho e incompetência em razão do lugar. No mérito, pleiteia que a ação seja julgada improcedente, sob alegação de que não existe a irregularidade apontada, por entender não haver afronta ao art. 71 da CLT. Invoca em seu favor as peculiaridades de sua atuação e a conjuntura de sua prestação de serviços, no momento da infração. Destaca que a hipótese envolve interesse individual, tendo havido um extrapolamento excepcional da jornada de seis horas, em poucos minutos, de um único funcionário. Esclarece que, quando há horas extras trabalhadas, elas são corretamente pagas. Lembra que a Resolução nº 88 do CNJ faculta a fixação de sete horas ininterruptas de trabalho para o serventuário da Justiça, de modo que, no seu entender, faz jus a um tratamento isonômico. Por fim, pede a exclusão da multa por litigância de má-fé, que lhe foi aplicada quando do julgamento dos embargos de declaração, em primeira instância (seq. 56).

Custas processuais e depósito recursal pagos (seq. 58).

Contrarrazões apresentadas (seq. 66).

O Ministério Público do Trabalho deixou de emitir parecer circunstanciado, ratificando os argumentos expostos nas contrarrazões (seq. 72).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, porque satisfeitos seus requisitos legais de admissibilidade.

**Preliminar de incompetência funcional da Justiça do Trabalho**

Em sendo a hipótese de conflito decorrente de relação de emprego

público, regida pela CLT, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar a presente ação.

De acordo com o que estabelece o art. 2º da Lei 7.347/85, as ações civis públicas serão propostas no foro onde ocorrer o dano, não havendo que se falar em ser competente o foro do Distrito Federal.

*In casu*, a abrangência do pedido foi limitada aos empregados que prestam serviços na agência de São João do Rio do Peixe, sendo este, também, o alcance dado aos efeitos da condenação. Não se trata, pois, de provimento jurisdicional de alcance inter-regional, apto a deslocar a jurisdição.

Fica também rechaçada a alegação recursal de invasão da competência do Ministério do Trabalho e Emprego, estando o autor no fiel cumprimento do seu mister. É certo que a CLT, em seu art. 75, confere às autoridades regionais do Ministério do Trabalho competência para impor penalidades quando verificado o descumprimento, por parte do empregador, dos parâmetros legais referentes ao intervalo intrajornada, como é o caso.

Mas aí se trata de penalidade de natureza administrativa, que não se confunde com a pretensão deduzida nesta ação, que tem o objetivo de compelir o réu a conceder aquele intervalo intrajornada. Cuida-se de ação de natureza coletiva que tem o objetivo de prevenir a repetição de ilícito trabalhista.

Desse modo modo, não existe óbice à atuação do Ministério Público do Trabalho na espécie *sub judice*, que se dá nos moldes da legislação específica da ação civil pública.

Por essas razões, rejeito a preliminar.

### **Preliminar de Carência de ação, de impossibilidade jurídica do pedido e de dupla punição pelo mesmo fato**

Renova o réu os seus argumentos de que o autor busca aplicar nova penalidade fundamentada na mesma causa, em razão da aplicação de multa pela SRT, devidamente paga, também motivada por irregularidade na concessão de intervalo intrajornada. Ressalta que a hipótese configura o *bis in idem* vedado por lei.

Seus argumentos, todavia, não procedem, uma vez que a pretensão do autor não é aplicar nova punição com base em um mesmo fato.

A multa administrativa aplicada ao réu tem seu fato gerador em infração legal pretérita, qual seja, “*Deixar de conceder intervalo para repouso ou alimentação de, no mínimo, 1 (uma) hora e, no máximo, 2 (duas) horas, em qualquer trabalho contínuo cuja duração exceda 6 (seis) horas/art. 71, caput, da CLT.*” (seq. 3). A postulação exordial, por sua vez,

é clara, no sentido de vindicar a imposição de uma obrigação de fazer ao réu, consistente na concessão de intervalo intrajornada, tendo, portanto, natureza jurídica distinta, com penalidade voltada para a hipótese de infração futura, qual seja, descumprimento da obrigação perseguida.

Ressalte-se, como já destacado na decisão revisanda, que a fiscalização da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, com aplicação de multa, não obsta o acesso à justiça, nem do Ministério Público do Trabalho, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, nem das iniciativas individuais por parte do trabalhador que teve seu direito desrespeitado.

Desse modo, o pedido de multa mencionada na inicial não constitui *bis in idem*, pois tem fulcro no eventual descumprimento (futuro) da ordem judicial postulada, não na infração passada detectada pela fiscalização da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego.

Por essas razões, rejeito a preliminar.

### **Preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho**

O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o intuito de resguardar o direito dos empregados ao intervalo intrajornada, por se tratar de um bem jurídico, objeto, simultaneamente, de interesses individuais homogêneos (porque decorrentes de uma origem comum) e interesses de relevância social, constitucionalmente garantidos, conforme exegese dos artigos 127 da Constituição; 82, inciso I, da Lei nº 8.078/90; Lei Complementar nº 75/93, art. 83, III; e Lei nº 7.347/85, art. 1º, IV.

Como se constata nos autos, a ação decorreu de procedimento fiscalizatório do Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito da agência bancária do Banco do Brasil, na cidade de São João do Rio do Peixe/PB, visando a averiguar irregularidades relativas à jornada dos trabalhadores. Note-se, não se está a defender o interesse de um único empregado, como insinuado pelo recorrente, com o objetivo de arguir a ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor a presente ação civil pública, mas de um grupo de pessoas, ou seja, de uma coletividade. O fato de, no auto de infração que deu origem à presente ACP (seq. 2), constar a descrição de apenas um empregado, não desvirtua o caráter coletivo da infração, porque tomado por amostragem. Observe-se, consta do referido auto que o banco promovido já fora autuado pela mesma infração.

Ademais, extrai-se dos pedidos formulados que, na verdade, busca-se a proteção de interesses de um grupo de trabalhadores prejudicados pela não concessão do intervalo intrajornada. Trata-se, portanto, de defesa de interesses ou direitos coletivos, transindividuais, de que são titulares os empregados da referida agência, tanto os atuais quanto os futuros, que vierem a

ocupar cargos ali, razão intrínseca da natureza difusa do direito postulado.

Outrossim, a teor dos artigos 81, 82, I, e 91 da Lei 8.078/90 e 3º e 21 da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, essa tutela só pode ser exercitada, no caso, mediante ajuizamento de ação coletiva ou civil pública, por entidades associativas ou sindicais de representação ou pelo próprio Ministério Público. Nesse sentido, tem sido o entendimento do STF, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. ... 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. (STF/RE 0163.231-3 - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJ 29.06.01).

Transcrevo, ainda, trecho de decisão proferida pelo C. TST, na qual, em hipótese similar, se entende legítimo o Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública, objetivando o cumprimento da Lei que assegura aos trabalhadores o direito de ter seus depósitos de FGTS devidamente recolhidos pelos empregadores, no tempo e modo certos, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. FGTS. A SBDI-1 do TST, por meio do processo E-RR-478290/1998.8 (pendente de publicação), emprestando ao parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 interpretação conforme a Constituição Federal, entendeu pela legitimidade do MPT para ajuizar ação civil pública, visando a obrigar a empresa a proceder ao recolhimento do FGTS de seus empregados, pelo que se aplica aqui o mesmo raciocínio, razão pela qual não há falar que a ação civil pública não é o meio processual adequado para postular pretensões inerentes ao FGTS. Recurso de revista conhecido e provido. (PROCESSO Nº TST-RR-77600-06.2003.5.07.0024 – Relatora: Ministra Dora Maria da Costa – DJ-e de 28.06.2010)

Portanto, rejeito a prefacial.

## MÉRITO

Pugna o recorrente pela reforma da sentença, alegando que não existe o aludido descumprimento ao intervalo intrajornada. Busca respaldo no art. 61 da CLT e seus parágrafos (excesso de jornada ocasionado por motivo de força maior e realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto). Faz uma exposição de suas peculiaridades, para justificar a incidência, no caso, da excepcionalidade da norma celetista. Ressalta que, somente, na agência de São João do Rio do Peixe/PB, houve um aumento real de quatro funcionários, quase 50% do quadro, ou seja, no momento da autuação o quadro era de seis funcionários, ao passo que hoje a mesma unidade conta com um quantitativo de dez funcionários. Com esses argumentos, justifica a infração cometida.

O recorrente parece sempre confundir a multa administrativa que lhe foi aplicada, quando da autuação da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, com a multa imposta neste processo, **se for descumprida a obrigação de fazer**.

Nesse caso, a argumentação recursal, na verdade, deve servir ao réu como alento a si próprio, uma vez que está declarando que a situação funcional atual da agência lhe proporciona todas as condições para não mais suprimir o intervalo intrajornada de seus empregados. Com efeito, está, assim, garantindo o cumprimento da obrigação que lhe foi determinada, não havendo razão para temer a multa cominada na condenação, repita-se, apenas no caso de tornar a não observar a norma protetora do artigo 71 da CLT, descumprindo a obrigação de fazer imposta na sentença revisanda.

Quanto à alegação de que houve apenas um extrapolamento excepcional, o que, segundo entende, atrai o disposto no art. 61 da CLT, carece de respaldo jurídico a sua argumentação. É que a referida norma resguarda apenas situações de excepcionalidades ocasionais e imprevisíveis, o que não abrange os dias de pico das agências bancárias, os quais, é sabido, ocorrem sistematicamente, em determinados períodos, a cada mês. Assim, a realização ou a conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, durante esses dias, é assunto totalmente previsível, tanto que o reclamado reconheceu a necessidade de aumentar o número de seus empregados, para não mais incorrer na infração cometida, o que é um excelente começo, para cumprir a obrigação de fazer imposta neste processo, satisfazendo, assim, o objeto desta ACP.

Ressalte-se que motivos de força maior podem ser considerados alguns daqueles citados pelo próprio recorrente, tais como arrombamento/explosão de agência em cidade vizinha e greve de correspondentes bancários, gerando a necessidade de extrapolação do limite legalmente previsto.

Nesse contexto, seus argumentos não encontram amparo na norma

citada, de modo que a supressão do intervalo intrajornada, ainda que restrita a tais dias de pico, constitui, sim, infração ao artigo 71 da CLT.

Impende destacar, ainda, que não são aceitáveis os argumentos do réu segundo os quais ele tem sempre a preocupação de conciliar seus interesses com o bem-estar e a conveniência de seus empregados, pelo fato de que, pela prestação de seus serviços, o trabalhador recebe sempre a sua contrapartida em salário e em outros benefícios, de modo que nunca saem prejudicados de suas relações laborais. Com esses argumentos, o recorrente apenas demonstra não entender, nem aceitar o intuito da norma protetiva (art. 71, da CLT), que é a proteção da saúde do trabalhador. O pagamento de horas extras, ainda que pudesse ser um “remédio” para a cura das doenças adquiridas com o excesso de trabalho bancário contínuo, a exemplo da LER/DOR que tem assolado milhares de bancários, não tem o condão de evitá-las, e esta é, precisamente, a intenção do legislador infraconstitucional, e também constitucional.

No que tange ao argumento recursal que alude à isonomia com os servidores do Poder Judiciário, para cumprimento de sete horas corridas, nos termos na Resolução nº 88/2009 do CNJ, reportamo-nos aos termos da decisão recorrida, com os quais concordamos, assim verbalizados: “(...) Ainda mais inaceitável é a comparação entre a situação dos trabalhadores bancários e a dos servidores do Poder Judiciário, cujas atribuições são bem diferentes do trabalho eminentemente contábil executado no banco, com dinâmica de atendimento ao público incomparável ao que acontece nos fóruns (...)”.

Com referência à aplicação da multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer, a penalidade tem respaldo na legislação pátria, nos termos do art. 11, da Lei 7.347/85 (reguladora da Ação Civil Pública), que dispõe:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Dessarte, a própria lei possibilita ao Juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, cominar multa para o caso de descumprimento da obrigação de fazer.

Nesse contexto, deve ser mantida a condenação na obrigação de fazer, com relação a todo e qualquer empregado lotado atualmente ou que venha a prestar serviço na agência de São João do Rio do Peixe, consistente em conceder o intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 por cada empregado encontrado ou mantido sem intervalo intrajornada, reversível ao FAT.

### **Da limitação quanto ao tempo de efeito da decisão**

Não procede o pedido alternativo do reclamado, a fim de que, caso mantida a condenação na obrigação de fazer, seja estabelecido um limite temporal razoável, para que a decisão em tela produza seus efeitos *ex nunc*.

Entendemos que o limite para se cumprir a legislação, ainda que por força judicial, sob pena de multa, não pode ser outro, senão o da vigência da lei infringida, mormente em se tratando de norma protetiva da saúde do trabalhador, em total sintonia com a correspondente garantia constitucional (art. 6º da CF).

### **Do pedido de exclusão da multa de 1% imposta pela decisão de embargos declaratórios**

A omissão suscitada nos embargos declaratórios do réu (seq. 36) diz respeito à falta de análise da arguição de incompetência desta Justiça Especializada, por ocasião da defesa.

A decisão de atacada (seq. 35) entendeu que houve pronunciamento expresso sobre a questão acima referida, quando da análise das outras preliminares (de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade ativa) destacando o seguinte trecho do julgado: “(...) Igualmente, não se percebe a invasão da competência arguida na defesa, estando o autor no cumprimento do seu mister [...]”.

Nesse norte, entendeu serem os embargos de intuito protelatório, aplicando ao embargante multa de 1% sobre o valor da causa.

Ao contrário do que pontificou a magistrada prolatora da decisão de embargos, entendo que a referência acima descrita não foi suficiente para a completa prestação jurisdicional respectiva, havendo, de fato, omissão da sentença quanto à questão específica da incompetência funcional deduzida em Juízo, que carecia de pronunciamento jurisdicional específico.

Por conseguinte, deve ser afastada a multa de 1% sobre o valor da causa.

Isso posto, dou provimento parcial ao recurso, para excluir da condenação imposta ao réu, pela decisão de embargos declaratórios, a multa de 1% sobre o valor da causa.

ACORDA o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do representante da Procuradoria Regional do Trabalho, por unanimidade, REJEITAR as preliminares de incompetência funcional da Justiça do Trabalho; de Carência de ação, de impossibilidade Jurídica do pedido, de dupla punição pelo mesmo fato; e de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho; quanto ao mérito, por unanimidade, DAR PROVIMENTO



PARCIAL ao recurso, para excluir da condenação a multa imposta ao réu, de multa de 1% sobre o valor da causa.

*(Assinado e datado eletronicamente.)*

**EDVALDO DE ANDRADE**

Desembargador Relator

GDEA/ME/MA

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL  
AGRAVADO: JUIZ-RELATOR (PROC. NU.: 230.2009.000.13.00-4)

**E M E N T A:** AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR QUE INTERDITOU PRÉDIO DE ENTE PÚBLICO SOB O ARGUMENTO DE FALTA DE SEGURANÇA PARA OS SERVIDORES. Não pode, o Poder Público, sob o argumento de ser concretizador de interesses públicos, deixar seus servidores em condições de trabalho que atentem contra sua segurança e dignidade. O princípio da continuidade do serviço público deve ser voltado ao bem dos administrados, e não servir de supedâneo para descaso dos Entes Públicos com seus servidores que são, antes de servidores, seres humanos. Agravo não provido.

Vistos etc.

Trata-se de Agravo Regimental interposto pela UNIÃO contra a decisão que indeferiu, monocraticamente, seu pedido de suspensão de decisão liminar prolatada nos autos da Ação Civil Pública 00664.2009.025.13.00-0.

A agravante pugna que se “conceda a Suspensão da Liminar negada por sua Presidência, conforme permissão do art. 4º, §3º, da Lei 8.437/92.”

Alega que o não deferimento da suspensão provocaria sérios danos à coletividade, pois inviabilizaria, em grande parte, os serviços prestados pelo Ministério da Saúde.

O Ministério Público pediu o adiamento da sessão de julgamento, pedido que foi deferido por este Juízo no sequencial 0030.

O *parquet* apresentou contra-minuta ao agravo regimental, pugnando, em suma, a manutenção da decisão a que se visa suspender.

A agravante juntou petição pedindo a reinclusão em pauta do julgamento da presente ação.

É o relatório.

## **V O T O**

### **ADMISSIBILIDADE**

Interposição regular.  
Conheço do Agravo Regimental.

### **MÉRITO**

A agravante alega que a decisão atacada é eivada de equívocos quanto à apreciação do feito, afirmando que sua manutenção provocaria “grave lesão à saúde pública, mas

também à Ordem (administrativa) e à Economia Públicas”

Sem razão.

A Constituição da República Federativa do Brasil eleva o princípio da dignidade da pessoa humana ao nível de Princípio Fundamental da República (Art. 1º., inciso III).

E não é à toa que o faz.

Que valores deve preservar o homem, senão sua dignidade. De que serviria uma sociedade organizada se não tivesse como fundamento aquilo que deve ser básico na humanidade: a dignidade.

Não se pode, sob o fundamento de que o Estado tem como função primordial concretizar o próprio interesse público, tomar atitudes que desrespeitem frontalmente princípios fundamentais ao homem.

Ademais, a CF, em seu artigo 170, VI, preceitua:

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:

(...)

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.

O princípio da continuidade do serviço público deve ser voltado ao bem dos administrados, e não servir de supedâneo para descaso dos Entes Públicos com seus servidores que são, antes de servidores, seres humanos.

A análise feita pelo Juiz de primeiro grau é digna de louvor, devendo servir de parâmetro para a atividade judicante, como um todo, pois o magistrado foi, *in loco*, comprovar as sérias afirmações feitas pelo Ministério Público. No local, o Juiz pode constatar o estado inaceitavelmente precário em que se encontra o prédio interditado, tendo feito registro, por meio de fotografias, de situações periclitantes: mofo por todo o prédio, caixas de luz totalmente abertas, pilares estruturais com rachaduras, partes do prédio isoladas por risco de tombamento, entre outros.

A própria agravante assume a situação precária de trabalho, ao afirmar que:

**É que, se não obstante haja tênues indícios** - eis que ainda não devidamente atestados por perícia técnica aprofundada onde asseguradas as partes, inclusive, o direito ao devido contraditório e ampla defesa – **acerca da existência de situação de eventual anormalidade sob o ponto de vista da salubridade e segurança do local onde funciona o referido Núcleo Estadual**

(...)

**Ressaltamos que já estávamos providenciando a mudança do arquivo, pois por recomendação de um engenheiro contratado, tomamos a decisão de interditar tanto aquela área quanto o auditório, que segundo o técnico oferecem risco de desabamento do forro de gesso. Naquela área também existe quadro de disjuntores que pode provocar curto circuito, em razão das infiltrações.**

Vemos que o fundamento da agravante nunca se volta à inexistência de graves problemas com o prédio em si, mas, simplesmente, com a afirmativa de que os serviços

públicos não podem parar, valendo-se, para tanto, de princípios como a proporcionalidade.

No entanto, entendo que não há proporcionalidade no ato de deixarmos os servidores correndo, todos os dias, riscos, inclusive quanto a suas vidas.

Frise-se: não estamos querendo estatuir que os prédios públicos devam ser recheados de luxo e pompa, como se vê em alguns casos. Mas devemos garantir, ao menos, condições de trabalho condizentes à vida humana com dignidade, o que não se mostrou presente no prédio da agravante, conforme relatos e fotos constantes do processo mencionado.

No caso em tela, entendo que, malgrado a necessidade de o Estado prestar seus serviços à comunidade, há outras soluções viáveis ao Estado para não cessar a continuidade do serviço público. Uma delas seria, por exemplo, a transferência provisória das atividades outrora exercidas no prédio interditado para outro local, por meio de locação de imóvel, enquanto se efetua reforma no prédio interditado.

O que não pode ocorrer é o Poder Judiciário referendar o descaso e a inércia demonstrados pelo Poder Público com seus servidores, deixando-os completamente à mercê da sorte.

Ainda, não podemos entender o Judiciário apenas como órgão reparador de danos, mas, sim, como concretizador da tão almejada Justiça, que envolve provimentos judiciais céleres e efetivos, pois Justiça tardia não é justiça.

Nesse sentido, não podemos, enquanto detentores do poder decisório, permanecer de braços cruzados ante à iminência de acidentes com os seres humanos que laboram naquele lugar.

Corretos, portanto, a decisão liminar que interditou o prédio e, também, a decisão do Desembargador-Presidente que indeferiu o pedido de suspensão da decisão liminar.

Isso posto, conheço do Agravo Regimental e nego-lhe provimento.

ACORDAM os Senhores Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE  
Desembargador-Relator

GJCC/ACVW

ACÓRDÃO  
RECURSO ORDINÁRIO  
RECORRENTES:

PROC. N.U.:0073700-51.2010.5.13.0008

IRB – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A  
NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S.A.  
INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S.A.  
JOSENILDO ALVES MOUSINHO

RECORRIDOS:

OS MESMOS  
ROBSON JOSE DE GOUVEIA (AGUIA TURISMO)

E M E N T A:

ACIDENTE DE TRAJETO. TRANSPORTE FORNECIDO PELO EMPREGADOR. DENUNCIÇÃO DA LIDE DA SEGURADORA E DA RESSEGURADORA. CONTRATOS DE ÍNDOLE CIVIL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Não tendo a seguradora assumido nenhuma obrigação perante os empregados da reclamada, de forma que o contrato de seguro não guarda qualquer relação com o contrato de trabalho, é incompetente a Justiça do Trabalho para apreciar as lides secundárias entre o empregador e a seguradora e entre esta e a resseguradora. Afigura-se, portanto, descabida a denúncia da lide nesta hipótese.

ACIDENTE DE TRABALHO. TRANSPORTE DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.

A responsabilidade do transportador é objetiva, em relação aos transportados, pois sua responsabilidade nasce da obrigação de assegurar a incolumidade do viajante confiado aos seus cuidados e diligência até seu destino. No caso em tela, a partir do momento em que a empregadora assumiu o transporte de seus empregados, por intermédio de terceira pessoa, atraiu para si a responsabilidade objetiva pelo resultado do contrato de transporte. Mesmo que se considerasse subjetiva a responsabilidade, tendo o acidente ocorrido por falha mecânica, estaria caracterizada a culpa, diante da falta de manutenção adequada do veículo.

Vistos, etc.

Trata-se de recursos ordinários, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Campina Grande/PB, interpostos nos autos da ação de indenização por danos morais e físicos, tendo como recorrentes JOSENILDO ALVES MOUSINHO, INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S.A, IRB- INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A e NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S.A, e, como recorridos, os mesmos e ROBSON JOSE DE GOUVEIA (AGUIA TURISMO).

O Juízo de origem julgou procedente em parte o pedido, para condenar solidariamente os réus a pagar indenização ao autor por danos morais no valor de R\$ 5.000,00. Honorários periciais médicos no importe de R\$ 1.000,00, a cargo dos réus, dos quais já fora antecipado o valor de R\$ 510,00, restando apenas o saldo de R\$ 490,00. Custas, pelos réus, no

valor de R\$ 100,00.

Embargos de declaração do IRB – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A (sequencial 80) rejeitados.

Recurso ordinário interposto pelo autor (sequencial 66), requerendo o acréscimo do *quantum* indenizatório, por entender que o valor arbitrado é irrisório e não contempla o caráter punitivo e preventivo da reparação moral. Colaciona arestos em abono à sua tese. Pugna, também, pela condenação dos réus em honorários advocatícios.

A ré, METALÚRGICA SILVANA S/A, interpôs recurso ordinário (sequencial 67), alegando não ser responsável pelo acidente, visto que não substituiu o transporte público coletivo pelo transporte contratado, bem como que a utilização do transporte foi opção do empregado. Ante a existência de transporte público de passageiros disponível, alega que não pode ser responsabilizada pelo acidente, mormente quando entende não ser aplicável a responsabilidade objetiva ao caso. Requer a reforma integral do julgado. Depósito recursal e custas recolhidos (sequencial 68).

*Recorre, também, a NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A (sequencial 73), aduzindo ser ilegal a sua condenação solidária, pois afronta a previsão legal contida no artigo 757 do CPC. Argumenta que os riscos predeterminados na apólice de seguro (nº 27676) são apenas referentes aos danos corporais e materiais, inexistindo qualquer previsão de indenização por danos morais. Cita precedente representando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.*

*O IRB – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL recorre ordinariamente (sequencial 95), alegando ser mero assistente litisconsorcial, não lhe cabendo responder pela condenação, mormente quando não deveria ser parte no processo. Aduz que os riscos previstos no contrato de seguro são apenas referentes aos danos físicos e materiais, não vendo qualquer menção ao pagamento por danos morais. Sustenta ser incabível a condenação que lhe foi imposta, pois afronta o art. 757 do CPC. Ressalta a necessidade de aplicação do art. 14, inciso II, da Lei Complementar nº. 126/2007, que dispõe sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, pois não responderão diretamente ao segurado, as resseguradores e seus retrocessionários, tampouco, efetuarão diretamente aos mesmos os pagamentos. Pugna pelo provimento do recurso e conseqüente improcedência da demanda. Caso não seja este o entendimento, pleiteia a redução do quantum indenizatório (sequencial 95). Custas e depósito recursal efetivados (sequencial 96).*

*Contrarrazões, conforme sequenciais 81, 86, 87 e 88.*

O presente feito não exige a intervenção obrigatória do Ministério Público do Trabalho (art. 31, § 1º, do Regimento Interno).

*É o relatório.*

## VOTO

### ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos ordinários, uma vez que presentes os requisitos legais.

### PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, ARGUIDA DE OFÍCIO PELO RELATOR

Suscito a preliminar epigrafada, tendo em vista que a competência da Justiça do Trabalho está vinculada às lides oriundas da relação de emprego, como também da relação de trabalho existente entre o trabalhador e o tomador de serviços, nos termos do art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004.

Inexiste previsão constitucional ou em lei específica, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações cujo objeto é a indenização decorrente de contrato de seguro firmado entre uma seguradora e um terceiro totalmente estranho à relação empregatícia havida entre as partes.

A denúncia da lide visa à resolução da lide secundária entre denunciante e denunciado. Sendo a matéria versada naquela de natureza civil, a exemplo do contrato de seguro pactuado entre as empresas, a Justiça do Trabalho não tem competência para dirimir o feito.

No presente caso, restou incontroverso que o autor foi vítima de acidente do trabalho, ocorrido no dia 30.03.2010, quando era transportado em veículo (ônibus) de propriedade da empresa ROBSON JOSE DE GOUVEIA (ÁGUIA TURISMO), contratada pela empregadora, INDUSTRIA METALURGICA SILVANA S/A, para o transporte dos empregados de suas residências até o local de trabalho e vice-versa.

Na inicial, houve pedido de denúncia à lide da empresa ROBSON JOSÉ DE GOUVEIA (ÁGUIA TURISMO), que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau. Já a referida empresa de transporte, contratada pela empregadora, tinha contrato de seguro com a companhia NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A, que previa a cobertura de eventuais indenizações por responsabilidade civil, conforme consta na apólice juntada aos autos, o que ensejou o acolhimento do pedido em audiência (sequencial 04).

Por sua vez, após o deferimento da primeira e da segunda denúncia, a companhia de seguros também requereu a denúncia do INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A - IRB, a fim de que este efetivamente cumprisse o contrato de resseguro quanto ao valor de eventual condenação (sequencial 11).

Assim, observa-se a existência de várias lides. A principal envolve a questão do acidente de trabalho, cuja relação jurídica base é o contrato de trabalho. As lides secundárias se formaram nos seguintes termos: a primeira, cuja relação tem como base o contrato civil firmado entre a empregadora e a empresa responsável pelo transporte dos empregados; a segunda, um contrato de seguro entre esta última e a companhia seguradora; a terceira, um contrato

de resseguro da seguradora com o IRB - INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A.

Na hipótese, as lides secundárias discutem se há direito de regresso ou pagamento do prêmio, no caso de prejuízo das rés no eventual sucesso da demanda. A análise das cláusulas desses contratos é matéria estranha à relação de trabalho. A solução da controvérsia travada em torno da relação de direito material foge à competência da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido a seguinte decisão do TRT da 17ª Região:

DENUNCIÇÃO À LIDE – SEGURADORA – JUSTIÇA DO TRABALHO – IMPOSSIBILIDADE – 1- Por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 a competência para apreciar a presente lide passou a ser da Justiça do Trabalho, razão pela qual o cabimento da denúncia da lide na hipótese vertente deve ser analisada à luz das regras que regem o processo laboral. 2- Em princípio é incabível a denúncia da lide na Justiça do Trabalho, pois esta Especializada é incompetente para processar e julgar a lide que se instauraria entre a recorrente e a seguradora. Afinal, a ação que surgirá entre a reclamada e a seguradora não é oriunda da relação de trabalho, mas uma relação civil em que se apreciará o pleito de indenização decorrente de responsabilidade civil entre o empregador e a empresa seguradora. (TRT 17ª R. – RO 75700-52.2005.5.17.0181 – Rel. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite – DJe 03.09.2010 – p. 25)

Convém registrar que, após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 227 pelo TST, pode até caber a denúncia da companhia seguradora quando ela se obriga, mediante seguro em grupo vinculado ao contrato de trabalho, a indenizar diretamente os empregados acidentados, hipótese em que se configuraria a competência da Justiça do Trabalho. No entanto, esta não é a hipótese dos autos.

Dessa forma, constata-se que a decisão revisanda foi além dos limites da própria denúncia, porquanto condenou os réus solidariamente ao pagamento dos danos morais sofridos pelo autor – o que, efetivamente, não foi requerido na inicial. Caso fosse possível a denúncia à lide, a decisão final deveria conter dois títulos, um referente à ação principal e outro referente à denúncia.

Assim sendo, suscito a incompetência material da Justiça do Trabalho para conhecimento e julgamento das lides secundárias envolvendo as empresas ROBSON JOSÉ DE GOUVEIA (ÁGUIA TURISMO), NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A E IRB – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A, a fim de excluí-las da relação processual e extinguir o processo sem resolução do mérito, restando prejudicada a análise dos recursos interpostos pela NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A e pelo IRB – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A.

RECURSO DA INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S/A

Da Responsabilidade



O cerne da questão gira em torno da possibilidade de responsabilização da empregadora pelos danos físicos e morais sofridos pelo autor, decorrentes de acidente de trânsito em veículo contratado pela empresa para o transporte de seus empregados.

Restou incontroverso que o autor foi admitido pela INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S/A, para exercer a função de operador de máquinas, e que no dia 30.03.2010 sofreu escoriações e ferimentos por abrasão e contusão na coxa, em decorrência de acidente de trânsito quando estava sendo transportado em ônibus fornecido pela empresa para a locomoção de seus empregados no trajeto trabalho/residência e vice e versa.

A empresa recorrente alega que não tem qualquer responsabilidade pelo acidente que vitimou o empregado, vez que firmou contrato de prestação de serviços para transporte coletivo de empregados com a empresa ROBSON JOSÉ DE GOUVEIA (ÁGUIA TURISMO), de modo que não há falar em uso de transporte próprio para deslocamento de seus empregados. Alega, ainda, que restou comprovado que o acidente decorreu de falha mecânica. Argumenta que o uso do transporte contratado era opcional pelo empregado que, querendo, poderia ter-se utilizado de regular transporte público.

Ocorre que a responsabilidade do transportador é objetiva, em relação aos transportados, pois sua responsabilidade nasce da obrigação de assegurar a incolumidade do viajante confiado aos seus cuidados e diligência até seu destino. No caso em tela, a partir do momento em que a empregadora assumiu o transporte de seus empregados, por intermédio de terceira pessoa, atraiu para si a responsabilidade objetiva pelo resultado do contrato de transporte. Mesmo que se considerasse subjetiva a responsabilidade, tendo o acidente ocorrido por falha mecânica, estaria caracterizada a culpa, diante da falta de manutenção adequada do veículo.

O fato de haver transporte público regular não exime a empregadora de sua responsabilidade, já que há nítido interesse, ainda que indireto, por parte da empresa, no que tange à prestação do serviço.

Dessa forma, aplicam-se as regras do contrato de transporte, previstas no Código Civil, segundo as quais a responsabilidade do transportador só é elidida se verificado motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade (art. 734 do CPC).

A jurisprudência pátria tem se posicionado nesse sentido, conforme arestos a seguir transcritos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. DANO MATERIAL. TRANSPORTE DE EMPREGADO. CONTRATO ONEROSO. EQUIPARAÇÃO. EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Se o empregador assume a responsabilidade de transportar seu empregado, esse transporte se equipara a contrato oneroso e, como tal, em caso de descumprimento, gera para o transportador responsabilidade contratual, pois o transporte do empregado atende aos interesses do patrão, que tem o dever de levá-lo incólume ao destino previamente combinado. Em sendo assim, descumprido o contrato, o empregador apenas se liberta de suas conseqüências se comprovar culpa do trabalhador, ou ocorrência de força maior ou caso fortuito. (TAMG – AC 323.743-4

ACIDENTE DE TRAJETO – CULPA IN ELIGENDO DO EMPREGADOR – CONTRATO DE TRANSPORTE – Restando provado que o trabalhador sofreu dano decorrente de acidente no trajeto entre o local de trabalho e sua residência, em veículo de propriedade de empresa de transporte contratada pela empregadora, emerge a responsabilidade civil desta, pela culpa in eligendo, pois a transportadora escolhida pela empregadora não foi capaz de impedir a produção de dano a um de seus passageiros. Recurso a que se nega provimento. (...) Recurso a que se dá parcial provimento. (TRT 11ª R. – RO 01318/2008-007-11-008 – Relª Solange Maria Santiago Morais – DJe 15.04.2010– p. 5)

Assim sendo, não merece reforma a sentença que reconheceu a responsabilidade objetiva da recorrente.

#### Do Dano Moral

Configurada a responsabilidade objetiva da recorrente, passa-se ao exame da existência de dano moral passível de indenização.

Conforme declinado anteriormente, restou incontroverso que o autor foi vítima de acidente de trabalho de trajeto, vindo a sofrer escoriações, ferimentos por abrasão e contusão na coxa. De acordo com o laudo pericial, “do acidente de trabalho resultou em traumas leves de caráter temporário sem dano físico ou estético” (sequencial 51).

O dano moral constitui lesão de caráter não material, ao denominado patrimônio moral do indivíduo. No caso em tela, a situação constrangedora vivenciada pelo autor restou devidamente comprovada. O dano moral decorreu da lesão à sua integridade física, de modo que o prejuízo moral é presumível, dispensando a prova dos sentimentos de angústia decorrentes do infortúnio.

Logo, faz jus o autor ao recebimento de indenização por danos morais.

A delimitação do valor da indenização por dano moral, advindo do acidente de trabalho, é bastante complexa, uma vez que vigora no Brasil o sistema aberto, ou seja, cabe ao magistrado fixar subjetivamente o valor devido pelo prejuízo sofrido pelo acidentado, louvando-se na equidade.

Nessa linha de raciocínio, o valor fixado pelo Juízo deve situar-se dentro do razoável, observadas a natureza da lesão e a extensão do dano, sendo ainda consideradas as condições pessoais da vítima e do agente, a gravidade da culpa deste e o caráter pedagógico da indenização.

Na espécie, tenho que a indenização arbitrada pelo Juízo *a quo*, no valor de R\$ 5.000,00, situa-se dentro dos limites do razoável, considerando o porte da ré e a extensão do dano.

### Conclusão

Isso posto, nego provimento ao recurso ordinário da INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S/A.

### DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR

Alega o autor que a quantia atribuída à condenação é insuficiente para cumprir as funções jurídicas e sociais da indenização, motivo pelo qual pugna pelo acréscimo do valor, bem como pela condenação dos réus em honorários advocatícios.

Razão não lhe assiste.

Pelos motivos expostos por ocasião da análise do recurso da empresa reclamada, concluo pela razoabilidade do valor arbitrado na sentença, que levou em consideração, entre outros critérios, a extensão do dano e a capacidade econômica das partes.

Muito embora sejam subjetivos os critérios de arbitramento da reparação de ordem moral, entendo que o montante deferido é suficiente em todos os seus aspectos.

Convém ressaltar que houve apenas perda temporária da capacidade laborativa do autor, cuja situação já se encontra normalizada, inclusive com o seu retorno ao trabalho, sem redução de sua capacidade laboral, sem sequelas, dano físico ou estético.

Quanto aos honorários advocatícios, também não procede o inconformismo.

Com efeito, a matéria encontra-se pacificada no âmbito do c. TST, por meio da Súmula nº 219, I, ratificada pela Súmula nº 329, de acordo com as quais os honorários advocatícios são devidos tão somente nas hipóteses de assistência sindical.

A Instrução Normativa nº 27/2005, editada após a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ratificou esse entendimento, pois previu a aplicação do princípio da sucumbência recíproca (art. 3º, § 3º) e o pagamento de honorários advocatícios em face da mera sucumbência (art. 5º) apenas para as lides que não decorram da relação de emprego.

Logo, no caso em apreço não se verificam os requisitos necessários ao pagamento de honorários advocatícios, razão pela qual a sentença que os indeferiu deve ser mantida.

Isso posto, nego provimento ao recurso do autor.

ACORDA a Colenda 1ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a)s Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o(a) Sr(a). Procurador(a) MARIA EDLENE LINS FELIZARDO, por unanimidade, ACOLHER A PRELIMINAR de incompetência material da Justiça do Trabalho para conhecimento e julgamento das lides secundárias envolvendo as empresas ROBSON JOSÉ DE GOUVEIA (ÁGUIA TURISMO), NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A E IRB - INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL S/A, suscitada de ofício, para excluí-las da relação processual, e extinguir o processo sem resolução do mérito, restando prejudicada a análise dos recursos interpostos pela NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A e pelo IRB - INSTITUTO DE

RESSEGUROS DO BRASIL S/A; MÉRITO: RECURSO DA INDÚSTRIA METALÚRGICA SILVANA S/A: por maioria, vencida Sua Excelência a Senhora Desembargadora Revisora, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Ordinário; RECURSO DO AUTOR: por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Ordinário.

João Pessoa, 28 de abril de 2011.

UBIRATAN MOREIRA DELGADO  
Desembargador Relator

GDUD/TCN

## ACÓRDÃO

AÇÃO RESCISÓRIA

NU.: 0014800-65.2011.5.13.0000

AUTOR:

MINISTERIO PUBLICO DO TRABALHO

RÉUS:

WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO E RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA

EMENTA:

AÇÃO RESCISÓRIA. CONLUÍO. CONFIGURAÇÃO. Comprovada a existência de colusão entre as partes, mediante utilização do processo com o intuito de fraudar a lei e de prejudicar créditos legítimos de terceiros, impõe-se a desconstituição da sentença prolatada nos autos de ação trabalhista.

Ação Rescisória ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, com pedido liminar, em face de WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO E RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA, buscando rescindir decisão proferida pelo Juízo da Vara do Trabalho de ITABAIANA/PB, nos autos do Processo NU: 0048700-47.2009.5.13.0020, com fundamento nos incisos III do art. 485 do CPC.

Argumenta que os réus teriam se utilizado de ação trabalhista com o fito de, em vista do privilégio especial do crédito trabalhista, “impedirem a satisfação de credor hipotecário (no caso, o Banco do Nordeste do Brasil) e para tumultuar o andamento de ação de desapropriação envolvendo o aludido imóvel rural.”

Aduz que “o **primeiro Réu** – Sr. WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO – **ajuizou**, em 18.06.2009, reclamação trabalhista (**autos** nº 0037200-81.2009.5.13.0020) contra o **segundo Réu** (Sr. RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA – Fazenda Esperança), na qual pleiteou títulos alusivos à **suposta** relação de emprego mantida entre eles no período de 1º de março de 1999 a 30 de abril de 2009”.

“O referido processo foi extinto **sem** julgamento do mérito em razão do **não comparecimento** das partes à audiência do dia **16.07.2009** (v. ata anexa)”.

“Pouco tempo depois, isto é, em **09.09.2009**, o Sr. Waldemilson F. Brandão **repropôs** a demanda em face do Sr. Rômulo José P. de Oliveira, que tomou o nº 0048700-47.2009.5.13.0020”.

Pugna pelo deferimento liminar “para que seja **imediatamente suspensa** a execução processada nos autos da reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020, entre partes: WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO, reclamante, e RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA (Fazenda Esperança), reclamado”.

No mérito, pretende “a confirmação da tutela de urgência e o acolhimento da pretensão, a fim de que, no *iudicium rescindens*, se desconstitua a sentença de mérito proferida na fase de conhecimento da reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, no *iudicium rescissorium*, se proclame, em novo julgamento, a extinção, sem apreciação do mérito, do processo originário (**OJ 94 da SBDI-2 do TST**)”.

Atribuiu à causa o valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) e juntou os documentos.

A liminar foi deferida às fls. 313-315, razão pela qual foram provisoriamente suspensos quaisquer atos executórios na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020.

Os réus foram devidamente citados para responder à presente ação, porém apenas WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO apresentou contestação.

Intimadas as partes para produzirem provas, nos termos do art. 492 da CLT, os réus deixaram fluir o prazo processual sem manifestação.

O Ministério Público do Trabalho, por outro lado, considerando a robusta prova documental anexada à peça vestibular, reveladora de **sérios e fortes indícios** da colusão perpetrada, postulou pela declaração da revelia dos réus, razão pela qual os autos me vêm concluso.

É o relatório

#### V O T O

O autor argumenta terem os réus praticado simulação na lide trabalhista havida entre eles, a com o fito de, em vista do privilégio especial do crédito trabalhista, “impedirem a satisfação de credor hipotecário (no caso, o Banco do Nordeste do Brasil).

Assevera que, na condição de credor hipotecário, o **Banco do Nordeste** chegou a opor **embargos de terceiro** (autos nº 0028700- 89.2010.5.13.0020) contra os réus da presente ação rescisória, embargos esses que foram prontamente **acolhidos** pelo Juízo da Vara de Itabaiana para determinar o levantamento da penhora efetuada na mencionada causa trabalhista.

Pois bem.

Verifico na hipótese narrada na petição inicial da ação rescisória todos os contornos de lide simulada, sendo que a alegada conduta ilícita que teria sido adotada pelos litigantes no processo nº 0048700-47.2009.5.13.0020 teria dado ensejo à prestação jurisdicional, ou seja, sentença prolatada pelo Juiz em que reconheceu a existência de vínculo de emprego entre

RÔMULO JOSÉ PINA DE OLIVEIRA (empregador) e WALDEMILSON FERREIRA BRANDÃO (empregado), e condenou o primeiro ao pagamento dos consectários legais daí decorrentes.

Os fatos relatados na peça inaugural, aliados à farta documentação colacionada aos autos pela autora, revelam vários indícios da existência de conluio com o fim de fraudar a lei, senão vejamos.

Conforme se extrai dos documentos apresentados, naquela ação trabalhista, o autor alegou ter trabalhado para Rômulo José Pina de Oliveira, sem registro em CTPS, como encarregado geral da Fazenda Esperança, no período de 1º/03/1999 a 30/04/2009, quase o mesmo período em que ostentava a condição de arrendatário da citada propriedade rural, consoante os termos do Contrato de Arrendamento Rural de fls. 76/79 (PDF unificado).

Consoante exposto na sentença dos embargos de terceiros ajuizados pelo Banco do Nordeste que “muito embora só mediante ação rescisória seja possível desconstituir reclamação trabalhista transitada em julgado, acata-se o pedido formulado na presente ação de embargos de terceiro para desconstituir a penhora do bem objeto de constrição judicial, **não só porque houve confissão ficta dos demandados, senão porque há fortes indícios de tentativa de fraude grosseira contra direitos de terceiro regularmente constituídos.** Há ainda penhora muito anterior do referido bem, procedida a mando do juiz de direito da Comarca de Itabaiana, em autos de execução ajuizada pelo autor da presente ação, devidamente comprovada nos autos”. (fls. 56/58 PDF unificado).

Assim, dos fatos descritos a conclusão que se extrai é de que houve a intenção fraudulenta das partes na ação trabalhista com o intuito de resguardar o patrimônio da empresa-ré da execução de créditos de terceiros (no caso o Banco do Nordeste).O art. 129 do CPC estabelece que:

Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, **o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.** (grifei)

A presente ação rescisória foi proposta em 27/07/2007, enquanto que o trânsito em julgado da decisão ocorreu em 29/03/2006 – certidão acostada à fl. 31 dos autos.

Comprovados os fatos que levaram à sentença rescindenda, por conluio entre as partes, visando a proteger os bens da empresa, em detrimento de outros credores, impõem-se, em sede rescisória, julgar procedente esta ação para rescindir sentença de mérito prolatada em primeiro grau, e, ao mesmo tempo, extinguir a demanda principal, à luz do disposto na

Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST, ante a colusão constatada.

### CONCLUSÃO

Do exposto, julgo procedente o pedido rescisório para desconstituir a sentença prolatada na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, proferindo nova decisão, extingui-la sem julgamento à luz do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST.

É o voto.

ACORDA o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do(a) Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, por unanimidade, JULGAR PROCEDENTE o pedido rescisório para desconstituir a sentença prolatada na reclamação trabalhista nº 0048700-47.2009.5.13.0020 e, proferindo nova decisão, extingui-la sem julgamento à luz do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da SDI-2 do TST.

VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO

Desembargador Relator



RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES:

RECORRIDOS:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. EXPLORAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL DE ADOLESCENTES. ILÍCITO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em se tratando de Ação Civil Pública que persegue a responsabilização por dano moral coletivo, em decorrência da exploração do trabalho sexual de adolescentes, a competência é da Justiça do Trabalho. Inteligência do Decreto 3.596/2000, ratificador da Convenção 182 da OIT.

DANO MORAL COLETIVO. LESÃO À SOCIEDADE. PROSTITUIÇÃO INFANTIL. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE. Constatada a participação de alguns dos réus no esquema de prostituição infantil, é de ser imposta a condenação correspondente.

INQUÉRITO POLICIAL. PROVA DESCOMPROMETIDA COM O CONTRADITÓRIO. DEPOIMENTO NÃO- CONFIRMADO NA ESFERA JUDICIAL. No contexto da prova, o processo coletivo, que tem conteúdo objetivo, aproxima-se do penal. A teor do art. 155 do CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, seja aquela advinda do inquérito policial, seja a produzida no inquérito civil público, ainda mais quando, por ocasião dos depoimentos na esfera judicial as testemunhas deixam de confirmar as alegações outrora firmadas por ocasião da oitiva policial.

“Vistos etc.

Trata-se de Recursos Ordinários oriundos da 1ª Vara do Trabalho de Santa Rita/PB, interpostos nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO em face de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Esta Corte, em Acórdão prolatado às fls. 2417/2423 (Vol. 13), anulou a sentença, às fls. 2148/2166 (Vol. 11), determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para reabertura da instrução processual, permitindo-se ao autor e aos réus a produção de prova testemunhal, com prolação de nova sentença.

Em cumprimento ao referido acórdão, o Juízo de primeira instância designou audiência de instrução, na qual foram colhidos os depoimentos de testemunhas do autor e de um dos réus (fls. 2489/2496 e 2534/2536), tendo, as partes, apresentado suas razões finais sob a forma de memorial (fls. 2537/2635).

Em novo julgado, às fls. 2642/2656, o Juízo *a quo* acolheu a preliminar de incompetência material da Justiça do Trabalho, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Sapé/PB.

Irresignado, o *Parquet* apresenta recurso às fls. 2662/2685. Aduz, inicialmente, que as questões concernentes à competência da Justiça Especializada já tinham sido superadas pela preclusão *pro judicato*, uma vez que, embora tenha, a anterior sentença, sido anulada, este Regional, na oportunidade, teria lançado luzes para a existência de possível relação de trabalho, o que, *per se*, seria o *quanto satis* para a fixação de sua competência *in statu assertionis*. Acrescenta que, por se tratar de primeiro pressuposto de validade do processo a ser avaliado pelo juiz, o TRT, ainda que não expressamente, vinculou a competência à Justiça do Trabalho, posto que admitiu a potencialidade da relação de trabalho oriunda da apreciação *in statu assertionis* do pedido e da causa de pedir. Afirma que, mesmo sendo, a competência, pressuposto intrínseco de validade do processo, podendo ser avaliada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, a dilação probatória imposta pelo TRT torna superada tal discussão, que somente pode ser retomada em recurso dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho ou ao Supremo Tribunal Federal, já que a primeira instância não poderia contrariar comando jurisdicional emanado de Órgão que lhe é hierarquicamente superior. Reitera, ainda, que todas as qualificações fáticas e jurídicas do pedido vinculam-se à responsabilidade decorrente de relação laboral ilícita mantida entre os tomadores de serviços (clientes) e as crianças vitimadas (prestadoras de trabalho sexual). Faz menção aos fundamentos já expostos na exordial. Sustenta que não deve prevalecer o entendimento do Juízo *a quo*, no sentido de que a relação denunciada nos autos é de consumo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do valor soci-

al do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Discorre, com menção à doutrina, sobre a dificuldade de se reconhecer algumas relações de trabalho surgidas no mundo moderno, enfatizando que, no caso concreto, se mostra indubitável a caracterização do aspecto trabalhista do liame entre as partes, porquanto presentes a habitualidade, a onerosidade e a subordinação, distinguindo-se da classificação de consumo descrita no art. 3º da Lei 8.078/90. Assevera que o próprio Código de Defesa do Consumidor deixa claro o caráter residual de suas regras, para que não se transforme, a força de trabalho, em mero produto de consumo. Realça que o próprio juízo *a quo* reconheceu a relação de trabalho mantida entre a “cafetina” e as meninas prestadoras de serviços, assemelhando-se, a hipótese dos autos, à estrutura da terceirização de mão-de-obra, devendo, pois, ser declarada a responsabilidade solidária daqueles que, de fato, protagonizaram tamanha atrocidade. Aponta a inversão de princípios, ocorrida na decisão de primeiro grau, o que, numa visão teratológica, poderia redundar na possibilidade de os clientes virem a reclamar ao PROCON, alegando vícios e defeitos na prestação de “serviço sexual”. Reafirma a aplicação da Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho, que preconiza o caráter trabalhista na exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais. Aduz que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, não há outro entendimento compatível com a Constituição Federal, senão o reconhecimento da relação jurídica havida entre os réus e suas vítimas como sendo trabalhista, sendo todos os demandados responsáveis solidariamente pelo atos ilícitos praticados, quer seja na condição de clientes contumazes, quer seja como donos de motéis e bares que patrocinavam ou favoreciam diretamente a abominável prática narrada na inicial, impondo-se, pois, sua condenação ao pagamento de dano moral coletivo nos termos propostos na inicial. Requer o provimento do apelo.

Também recorre o réu, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (fls. 2733/2743), renovando a prefacial de ilegitimidade de parte. Aduz que jamais manteve “relação de trabalho” de exploração sexual ou qualquer outra similar na cidade de Sapé. Afirma que não conhece a maior parte das menores envolvidas na dita “exploração sexual”, além de não possuir residência ou estabelecimento em Sapé. Assevera que nunca teve contato com as menores em dias, horas ou locais certos, que não as mantêm sob sua subordinação, gerenciamento, imposição de ordens ou horários, e que não recrutou ou ofertou crianças para a prostituição. Realça o fato de que reside em outra cidade, distante 350 quilômetros de Sapé e que, por ser representante comercial, apenas duas vezes ao mês, passa pela dita localidade. Sustenta que se alguém tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, esses são XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, apontados pelas menores como recrutadores ou aliciadores. Reitera, em suma, a inexistência de relação de trabalho e a impossibilidade de pagamento de indenização. Requer “seja o presente recurso ordinário julgado totalmente procedente, confirmando-se todos os termos da sentença quanto ao reconhecimento da não-existência de relação de trabalho, no presente

caso, bem como, reformando a mesma sentença quanto à suposta relação de consumo e envio dos autos ao Juízo comum, considerando que, se for o caso, se houver direito, os seus legitimados deverão perseguir pela ação que entenderem e no tempo que concluírem adequado, por seus próprios fundamentos, para todos os termos da Lei”.

O apelo do *Parquet* foi contrarrazoado pelos seguintes recorridos:XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, às fls. 2700/2725 (vol. 14); XXXXXXXXXXXXXXX (fls. 2726/2728); XXXXXXXXXXXXXXX(fl. 2747/2751) e XXXXXXXXXXXXXXX (fls. 2752/2758).

Apenas o Ministério Público do Trabalho apresentou contrarrazões ao recurso do réu, pugnando pelo não-conhecimento do apelo, por ausência de interesse recursal (fls. 2765/2768).

Na condição de *custos legis*, o Ministério Público do Trabalho, em pronunciamento à fl. 2799, salienta que a matéria debatida nos autos já se encontra plena e suficientemente explicitada no Recurso Ordinário, às fls. 2662/2685, e nas contrarrazões às fls. 2765/2768.

Despacho da Desembargadora Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega, averbando-se suspeita, por motivo de foro íntimo, para atuar no presente feito, nos termos do art. 135, parágrafo único, do CPC.”

Nova distribuição do processo.

É o relatório, aprovado em sessão.

## V O T O

### RECURSO DO AUTOR

#### ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, eis que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

#### MÉRITO

Insurge-se o *Parquet* contra o acolhimento da prefacial de incompetência material da Justiça Especializada, argumentando, inicialmente, a incoerência e a inconveniência do julgamento recorrido, em virtude da ocorrência de preclusão *pro judicato*. Em seu entender, o Juízo *a quo* não poderia se declarar incompetente, porque a matéria já se encontra ultrapassada nos autos.

Com razão.

Este Egrégio Regional, por maioria, proferiu decisão, anulando sentença de 1º grau anteriormente prolatada. Entretanto, apesar de não haver consignado no Acórdão de

fls. 2417-2423 a incompetência, ou não, desta Justiça Especializada, houve, na sessão de julgamento, claro pronunciamento sobre a questão, no sentido da necessidade de uma melhor instrução, partindo do pressuposto de que, *in casu*, o que se discutia, de forma processualmente coletiva, eram “relações de trabalho”, o que atraía a competência da Justiça do Trabalho *ex vi* art. 114, I, da CF. Isso é claríssimo na minha declaração de voto oral, cuja transcrição faço constar. No julgamento, assim declarei:

eu entendo que é de relação de trabalho, até o secretário me mostrou, está até catalogado como relação de trabalho no rol das atividades do Ministério do Trabalho, e, aí, eu me pergunto qual é a diferença entre uma, quer dizer, a diferença é enorme, mas do ponto de vista da relação de trabalho, qual é a diferença entre alguém que paga para uma manicure fazer as unhas e alguém que pega/paga uma outra pessoa para fazer sexo com ela. ? Quer dizer que o fato do tomador de serviços incorrer uma ação ilícita, eu acho que não descaracteriza a relação de trabalho, é o caso do jogo do bicho, na minha visão, e outras atividades; (...) Por conta disso, o indeferimento da prova foi equivocado na minha visão, na visão do juiz não, mas na minha visão foi equivocado porque se for provado o que o Ministério Público coloca na petição inicial tem-se relação de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho.

O pressuposto para a decretação da nulidade do processo por cerceamento de defesa, portanto, foi o de que a Justiça do Trabalho é, *in statu assertionis*, competente, pois, do contrário, estar-se-ia inutilmente atuando, e processando um feito coletivo complexo, inclusive determinando-se a coleta de prova, para, no final, se repriminar o julgamento de decretação da incompetência material laboral, antes proferido, e que foi, repita-se, reformado.

Então, ao menos *in statu assertionis*, a incompetência da Justiça do Trabalho foi efetivamente afastada no julgamento que resultou no Acórdão antes proferido.

No plano “concreto”, também reafirmo a competência da Justiça do Trabalho, após a instrução do feito.

O que se verificou, *data venia*, não foram relações sexuais de consumo, mas típicas e ilícitas formas de exploração do trabalho sexual infantil da mulher, em condições análogas as de escravas.

O Ministério do Trabalho e Emprego incluiu a atividade de prestação de serviços sexuais no Catálogo Brasileiro das Ocupações, definindo-a, conseqüentemente, como ocupação, sob o código 5198-05, reconhecendo, o Poder Público, a prostituição como trabalho.

Os litígios dela decorrentes, notadamente aqueles que envolvem a exploração do trabalho sexual infantil, por óbvio, atraem a competência da Justiça do Trabalho.

A Convenção da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, nº

182, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 3.597/2000, em seu artigo 3º, alínea “b”, é taxativa a respeito:

Art. 3º - Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

A - *omissis*

B – utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos;

Portanto, a legislação brasileira, ao incorporar a Resolução da OIT, indica como de “trabalho”, e não como de “consumo”, a exploração da prostituição infantil, o que já atrai a competência da Justiça do Trabalho, senão pelo inc. I, mas também pelo inc. IX do art. 114 da CF.

Passada a discussão sobre a competência desta Justiça para apreciar o processo, e, estando, os autos, suficientemente instruídos para julgamento, passo a analisar o mérito propriamente dito, com lastro no que determina o § 3º do art. 515 do CPC.

O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública, pleiteando a condenação dos réus em danos morais coletivos, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, alegando que estes faziam parte de uma rede de exploração sexual de crianças e adolescentes, tipificado pela Convenção da OIT nº 182, ratificada pelo Brasil, como forma de trabalho desumano e cruel.

Compulsando os autos, verifica-se que existe prova suficiente, atestando a participação dos réus em programas sexuais previamente acertados com as menores. Tais provas são oriundas de depoimentos prestados em ação penal promovida contra os réus, na Justiça Comum da Comarca de Sapé/PB, constante nestes autos, às fls. 717-748; 753-809 e 1130-1153.

O depoimento de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX foi esclarecedor, até porque, na época, era ela quem agenciava ou intermediava o encontro dos réus com as menores. Em seu depoimento, ela alega que, quando os réus queriam fazer programa com alguma menor, a ela procuravam.

A testemunha XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX confirmou ter participado de programas com os réus XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX (fls. 1130-1133).

A testemunha XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX confirmou ter participado de programas com XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX, além de ter garantido a participação de outra menor em programas sexuais com o réu XXXXXXXXXXXXXXXX (fls. 1138-1141).

A testemunha XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX mencionou a participação do réu XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no esquema de exploração das menores, e este atestou que o réu XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX pagava à XXXXXXXXXXXXX, agenciadora dos encontros (fls. 1143-1145; 731).

A menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quando de seu depoimento no inquérito policial, declarou ter mantido relações sexuais com XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (fl. 93).

Quanto à participação de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX nos encontros com as menores, a testemunha xxxxxxxxxxxxxx, em seu depoimento perante o Juízo Estadual da Comarca de Sapé/PB, às fls. 1130/1131, disse:

[...] que participou e programas sexuais organizados pela ré xxxxxxxx com o réu conhecido por SAPINHO, além do réu XXXXXXXXXXXX; [...]. QUE no entanto, a própria KEKEL falava que participava de encontros sexuais com um tal XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXX. [...] Que reconhece o réu XXXXXXXXXXXX como sendo o XXXXXXXXXXXX que ela depoente se relacionava sexualmente. [...].

Já a testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, em seu depoimento às fls. 1138-1141, assim declarou:

[...]. QUE manteve relações sexuais com os réus XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX E XXXXXXXXXXXX. [...] QUE se recorda de ter mantido relações sexuais com o réu XXXXXXXXXXXX, mas não se recorda o valor que ele pagou ao término da relação. [...] QUE o XXXXXXXXXXXX que ela depoente se relacionou sexualmente é o acusado XXXXXXXXXXXX que se encontra presente no corredor do Fórum. [...] QUE tem conhecimento que a ré XXXXXXXXXXXX também se relacionou com o réu XXXXXXXXXXXX.

A testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, em seu depoimento às fls. 1143-1145, disse:

[...] QUE manteve relações sexuais com XXXXXXXXXXXX no Motel Happy Day. QUE ao término da relação sexual, XXXXXXXXXXXX pagou a ela depoente a quantia de R\$ 30,00. QUE ela depoente procurou saber pelos R\$ 20,00 restantes. QUE XXXXXXXXXXXX falou para que ela depoente recebesse o restante da ré XXXXXXXXXXXX, [...].

Portanto, pelos depoimentos colhidos na instrução da Justiça Comum, onde tramita o processo, na Vara de Sapé/PB, ao contrário do que afirma o réu, a maioria das teste-

munhas conhece o mesmo, tendo, inclusive, mantido relações sexuais com ele.

Cabe ainda ressaltar que o XXXXXXXXXXXX tinha um grau de amizade com a acusada de agenciar as menores, XXXXXXXXXXXX, que, num dos programas, chegou a pagar menos do que o acertado a uma das menores, afirmando que a menor deveria pegar o restante do valor com a cafetina.

Portanto, não há dúvidas da sua participação no esquema de prostituição infantil na cidade de Sapé, não sendo obstáculo a ausência de moradia ou estabelecimento comercial na cidade.

Com essas explanações, tenho que o réu participou e deve ser condenado solidariamente com os demais réus na presente demanda.

Quanto aos réus XXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXX” e XXXXXXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX”, tenho que a prova não é suficiente para se lhes impor condenação.

É que as menores que alegavam ter sido exploradas sexualmente pelos citados réus, quando de seus depoimentos na esfera policial, não confirmaram tal fato na esfera judicial. Pelo contrário, sem exceção, todas aquelas que fizeram as incriminações na esfera policial, retiraram as acusações quando depuseram em juízo, senão vejamos.

A menor XXXXXXXXXXXXXXXX, em seu depoimento de fls. 1130/1133, assim depôs:

[...] QUE acusou na delegacia de ter feito programa sexual com o réu XXXXXXXX, conhecido por XXXXXXXX. QUE na verdade, tem dúvidas se na verdade saiu mesmo com XXXXXXXX, ou XXXXXXXXXXXXXXXX, irmão de XXXXXXXXXXXXXXXX. [...].

Já a menor XXXXXXXXXXXXXXXX, em seu depoimento de fls. 1134/1137, assim depôs:

[...] QUE afirmou perante o delegado de polícia ter saído para manter relações sexuais com XXXXXXXXXXXX por R\$ 60,00. QUE na verdade, não saiu com XXXXXXXXXXXXXXXX. QUE somente disse isso ao delegado porque estava nervosa demais. [...].

Já a menor XXXXXXXXXXXXXXXX, em seu depoimento de fls. 1138/1142, disse:



[...] QUE de igual forma, nunca saiu na companhia de XXXXXXXXXXXX. [...] QUE nunca saiu com XXXXXXXXXXXX, conhecido por “XXXXXXXXXXXX”. [...].

Pelo que se vê, além de não terem confirmado as acusações, atribuindo-as ao nervosismo ou engano, uma delas chegou a confundir “XXXXXXXXXXXX” com seu irmão. Já quanto ao réu “XXXXXXXXXXXX”, a única testemunha que a ele fez referência, fê-lo para alegar que, com ele, nunca tinha saído.

Logo, é consabido que a prova do inquérito policial ou do inquérito civil é descomprometida com o contraditório e, como tal, não-subsistente para uma condenação, seja criminal, seja civil.

Portanto, a unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária, na fase preliminar da persecução penal, ou aquelas desenvolvidas perante o Ministério Público em sede de inquérito civil público, e em virtude do caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial ou do Ministério Público, não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória.

Desta forma, não vejo como condenar os réus XXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXXXX” e XXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXXXX”.

Por fim, na audiência de instrução (fls. 2489-2496), a primeira testemunha do autor foi o delegado responsável pela investigação, e do seu depoimento, pode-se extrair o seguinte:

que durante a investigação verificou que havia uma pessoa encarregada de encaminhar as meninas, definindo preço e fazendo os contatos, de modo constante; que as pessoas que buscavam os serviços oferecidos pela xxxxxxxxxxxx, responsável pelo contato com as meninas, tinham conhecimento do tipo de serviço ofertado; [...] que os clientes mantinham encontros sexuais frequentes com as meninas, não eram casuais; [...] que em algumas ocasiões o cliente dava “um agrado” diretamente à menina que prestou o serviço; [...] que a sua conclusão é que as pessoas envolvidas no inquérito praticaram de exploração sexual com as meninas vítimas; [...] que os réus na presente demanda foram identificados como aqueles que procuravam a xxxxxxxxxxxx e solicitavam os serviços das meninas; [...].

Quando do depoimento da testemunha

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, esta negou qualquer envolvimento em agenciamento de menores, informando que eram as meninas quem a chamavam para beber e depois saíam com homens, mas que ela não sabia o que as meninas iam fazer com os homens. Logo, o depoimento da testemunha é completamente contraditório em relação aos seus depoimentos no inquérito policial e na ação penal. Aliás, ressalte-se que os depoimentos dessa testemunha foram diferentes na polícia e na Justiça, demonstrando que a mesma não tem qualquer compromisso com a verdade, tampouco interesse em elucidar os fatos como realmente aconteceram, já que, nas três oportunidades que teve de depor, o fez com versões diferentes.

A única testemunha apresentada por um dos réus nada acrescentou, já que conhece o réu XXXXXXXXXXXX em virtude da amizade existente entre os pais de ambos, além de ter afirmado que o réu é uma pessoa de bem e exemplar pai de família.

Às fls. 2534-2536, consta depoimento de outra testemunha arrolada pelo MPT, a Promotora de Justiça, Fabiana Lobo da Silva, que assim depôs:

que mesmo considerando o inquérito policial, para reforçar as provas, a depoente ouviu novamente todas as meninas e testemunhas, antes de apresentar a denúncia; que todas confirmaram que foram vítimas de exploração sexual; [...] que os acusados eram vistos com menores de idade bebendo em bares, não especificamente, as menores que foram ouvidas pela depoente; [...] que as meninas diziam que os clientes pagavam e elas repassavam uma parte do valor para a xxxxxxxx; que a outra parte ficava com a menina; [...].

Extrai-se dos depoimentos citados que, além de existir uma pessoa responsável por assediar garotas, menores, para os réus, estes poderiam procurar diretamente as garotas, podendo, inclusive, pagar-lhes diretamente o preço acertado pelo serviço sexual prestado.

Pelo ato praticado, que causou lesões à sociedade Sapeense/PB, devem, os réus, responder pelos danos morais coletivos que causaram à sociedade.

O dano moral é tradução da iniciativa da proteção dos direitos da personalidade, sendo que, o de característica individual, é para a reposição da dor psíquica, ao passo que, o de característica coletiva é essencial e de dimensão transindividual, tendo como foco a restauração da crença na ordem jurídica e da segurança para a sociedade, em um papel muito mais que meramente compensatório, como é o individual, mas crucialmente preventivo-pedagógico, com finalidade educadora. Diz o autor João Carlos Teixeira:

Nota-se, pois, que a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo na aplicação da teoria da responsabilidade civil em matéria de dano moral, especialmente em ações coletivas, em que a reparação, com caráter preventivo-pedagógico e punitivo, é devida

pelo simples fato da efetiva violação de interesses metaindividuais socialmente relevantes e juridicamente protegidos, como é o caso de serviço de transporte coletivo, de grande relevância pública, eis que explorado por empresa privada, mediante contrato de concessão, pelo qual está obrigada a prestar um serviço satisfatório e com segurança, o que não foi cumprido pela empresa. Tal atitude negligente causou transtorno e tumulto para o público usuário, configurando o dano moral coletivo puro, perceptível pelo senso comum, porque diz respeito à natureza humana, dispensando-se a prova (*damnum in re ipsa*). Repara-se o dano moral coletivo puro, independentemente de caracterização efetiva, em nível individual, de dano material ou moral. O conceito de valor, da moral coletiva é independente, autônomo, e, portanto, se desatrela da moral individual. TEIXEIRA, João Carlos (2000) apud GÓES, Gisele Santos Fernandes. Processo civil coletivo: o pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 476.

Correlata a idéia do autor Yussef Said Cahali que demonstra:

Que o dano moral vai paulatinamente se afastando de seus, contingente exclusivamente subjetivos de ‘dor’, ‘sofrimento’, ‘angústia’, para projetar objetivamente os seus efeitos de modo a compreender também as lesões à honorabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano, de modo a afirmar-se a indenizabilidade dos danos morais infligidos às pessoas jurídicas ou coletivas, já se encaminha com fácil trânsito para o reconhecimento da existência de danos morais reparáveis. CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

Assim, a partir de todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo, na brilhante definição de Carlos Alberto Bittar Filho (1996), consiste na:

Injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção de fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor) idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. BITTAR FILHO, Carlos Alberto (1996) apud CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

*In casu*, cabe aqui ressaltar obra de Xisto Tiago de Medeiros sobre o tema, onde este exemplifica as hipóteses de incidência do dano moral coletivo, dentre as quais, sele-

cionamos, na esfera trabalhista, as que se seguem:

[...] exploração de crianças e adolescentes no trabalho; submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívidas; descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde e prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores. MEDEIROS, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo, São Paulo, LTR, 2004, pág. 155.

Logo, conforme acima demonstrado, sem dúvidas, existiu o dano de dimensão coletiva, que afeta valores gerais e morais da coletividade local, já que causa dano moral coletivo o ato antijurídico contra determinado segmento da coletividade, ofendendo seus valores extrapatrimoniais, gerando repulsa na comunidade.

Nesse diapasão, o arcabouço legal para o cabimento do dano moral transindividual está assentado no art. 5º, X, da CF/1988, que prediz a inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas (físicas, jurídicas, coletivas), assegurando direito à indenização por danos moral e material decorrentes da sua violação; no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, quando se reporta a “ações de responsabilidade por dano morais”; e arts. 2º, parágrafo único, ao “equiparar a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, e 6º, VI, ao estabelecer direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Nesse passo, peço *venia* para trazer aos autos o seguinte precedente:

DANO MORAL COLETIVO – POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direitos transindividuais de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade (Acórdão 1ª T., RO 5309/2002, origem 2ª VT de Marbá, julgado em 17.12.2002, DOEPA 19.12.2002, Relato Juiz Convocado Luís José de Jesus Ribeiro).

No mesmo sentido, recente precedente do TST:

D) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO MORAL COLETIVO - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Estando os interesses em debate perfeitamente enquadrados dentro dos coletivos, goza o Ministério Público do Trabalho de

legitimidade ativa para propor, perante o Judiciário Trabalhista, a presente ação coletiva, inexistindo as afrontas legais e constitucionais invocadas. II) DANO MORAL COLETIVO - CARACTERIZAÇÃO E QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. A reparabilidade do dano moral coletivo não pode ter as mesmas premissas do dano moral tradicional, já que este, baseado no Código Civil, é dotado de cunho meramente patrimonialista e individualista, não enxergando, assim, os valores transindividuais de um sentimento coletivo. 2. De fato, a honra coletiva tem princípios próprios que não se confundem com os interesses pessoais, na medida em que leva em conta a carga de valores de uma comunidade como um todo, corporificando-se no momento em que se atestam os objetivos, as finalidades e a identidade de uma comunidade política. 3. Nessa senda e considerando que o Texto Constitucional afirma a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, como sendo fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem-se que a Empresa Ré, por intermédio de um de seus prepostos, ao desrespeitar e submeter seus trabalhadores a condições humilhantes de trabalho, circunstância, aliás, agravada pelo fato de a diretoria, quando informada, mais do que manifestar descaso, demonstrar concordância e aprovação em relação à conduta do autor do gravame, produziu uma lesão significativa a interesses extrapatrimoniais da coletividade e, como tal, merece ser condenada na reparação do mal, em valor adequado e justo. 4. De fato, o ato da reclamada não só lesionou os princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, comprometendo a qualidade de vida dos trabalhadores, como também violou diversos valores sociais, na medida em que a prática atingiu também, como é curial, a vida familiar, a vida comunitária e a sociedade como um todo. 5. Assim, considerando a gravidade do ato, o alto grau de culpabilidade da ré, o grande número de empregados vitimados pelo assédio moral, a resistência da ré às negociações e o descaso da direção da empresa, de se concluir que o valor indenizatório fixado, R\$ 300.000,00, mostra-se razoável à situação. 6. Logo, o recurso da parte não merece trânsito pela via da alegada violação constitucional, visto que ileso o incisos V do art. 5º da Carta Republicana. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 90040-64.2006.5.04.0007 , Relatora Ministra: Maria Doralice Novaes, Data de Julgamento: 17/03/2010, 7ª Turma, Data de Publicação: 30/03/2010)

Quanto à quantificação do dano moral coletivo, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, diz:

*Havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo. Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. [...] A sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses ca-*

*... deve ser feita por arbitramento judicial, a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional.* CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *In: Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, 2000. p. 21-42.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 263), embora tenha assumido uma posição restritiva no que diz respeito à natureza punitiva da reparação do dano moral individual, admite a função sancionatória em sua vertente pedagógica quando a ação versar sobre casos em que se faça imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social. Por exemplo, quando se tratar de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. A autora, enfaticamente, reconhece:

*Um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesse casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização a ser pago "punitivamente", não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema [...], servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito em fundos [...].* MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Nesse passo, levando-se em consideração a gravidade dos fatos praticados pelos réus, a idade dos explorados, a modalidade da exploração, e o indubitável abalo moral e à honra das menores exploradas, fixo a indenização no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em desfavor dos réus, de forma solidária, a ser paga em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para, reconhecendo como relação de trabalho a relação jurídica invocada como causa de pedir da presente ação, afastar a incompetência da Justiça do Trabalho decretada no primeiro grau e, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente em parte a ação, condenando os réus: XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXX, de forma solidária, ao pagamento de danos morais

coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, julgando IMPROCEDENTE a ação em face dos réus XXXXXXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXX” e XXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXXXXXX”.

Custas pelos réus sucumbentes, no valor de R\$ 10.000,00.

#### RECURSO DO RÉU XXXXXXXXXXXXXXXX

Recorre o réu, XXXXXXXXXXXXXXXX, alegando ilegitimidade passiva, já que nunca teve relação de trabalho com as menores, afirmando, inclusive, que não conhece a maior parte das menores, que não tinha contato em dias, horas ou local certo, não mantendo qualquer subordinação, gerenciamento, imposição de ordens ou horários, não recrutando ou oferecendo crianças para prostituição. Destaca que sequer tem residência ou estabelecimento na cidade de Sapé/PB. Alega que deveriam constar no pólo passivo da demanda XXXXXXXXXXXXXXXX e CXXXXXXXXXXXXXXXXX, apontados pelos menores como aliciadores. No mérito, reitera a inexistência da relação de trabalho e a impossibilidade do pagamento de indenização.

Pelos fundamentos já expostos no recurso do Ministério Público do Trabalho, onde restou clara a participação do recorrente no esquema de prostituição infantil, ocasião em que foi condenado solidariamente com os demais réus na presente demanda, resta prejudicado seu recurso.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, com a presença do Representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Sua Excelência o Sr. Procurador EDUARDO VARANDAS ARARUNA, em relação ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho, por maioria, declarar a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito, vencidos, no particular, Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Suas Excelências os Senhores Desembargadores Ana Maria Madruga e Carlos Coelho, e, no mais, por maioria, vencido Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Sua Excelência o Senhor Desembargador Carlos Coelho, dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para condenar os réus XXXXXXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXXXXXX; XXXXXXXXXXXX E XXXXXXXXXXXXXXXX, de forma solidária, ao pagamento de danos morais coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor do Fundo Municipal da Infância e da Juventude de Sapé/PB, julgando IMPROCEDENTE a ação em face dos réus XXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXX” e XXXXXXXXXXXXXXXX, conhecido como “XXXXXXXXXX”; quanto ao recurso do réu

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por unanimidade, com ressalva de Sua Excelência o Senhor Desembargador Relator, acompanhado de Sua Excelência o Senhor Desembargador Carlos Coelho, REPUTÁ-LO PREJUDICADO. Custas pelos réus sucumbentes, no valor de R\$ 10.000,00.

João Pessoa, 10 de junho de 2010.

ASSINADO ELETRONICAMENTE  
PAULO MAIA FILHO  
Desembargador Federal do Trabalho  
Revisor Designado para Redigir o Acórdão

GJPM/gsc



# SENTENÇA

EMENTA: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SERVIÇO DE RESPONSABILIDADE EQUIVALENTE. APLICAÇÃO DO ART.460 DA CLT. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SUBMISSÃO AOS PRINCÍPIOS RELATIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.Exercendo o empregado função não prevista em quadro de carreira da empresa, contudo com igual responsabilidade do paradigma, faz jus a percepção da mesma remuneração deste, mesmo não sendo idênticas as funções. Aplicação do art.460 da CLT, assim como dos princípios constitucionais relativos à Administração Pública, pois no polo empregador figura uma Sociedade de Economia Mista.

## SENTENÇA

### I – RELATÓRIO

Vistos, etc.

Tratam os presentes de Ação Trabalhista ajuizada por JOÃO LUZENI AZEVEDO DE FARIAS em face da BANCO DO BRASIL S.A., ambos qualificados na petição inicial, na qual aquela, em suma, alega descumprimento patronal com relação a obrigações trabalhistas. Requer reclassificação de cargos, diferenças remuneratórias, diferenças de participação em lucros, recolhimento da verba devida junto à Previ. Outrossim, requereu juntada de documentos e pediu os benefícios da gratuidade judicial, assim como condenação em honorário sucumbenciais.

Juntou documentos.

Devidamente notificada, compareceu o reclamado em audiência. Malogrou a primeira tentativa de conciliação e foi apresentada defesa, onde, em suma, foi levantada a inépcia da inicial, prescrição e pedida a improcedência dos pleitos autorais.

Foram juntados documentos.

Na audiência em prosseguimento, foram ouvidos o autor, o preposto do réu e uma testemunha.

Feito convertido em diligência para apresentação de documentação por parte do reclamado.

Documentação apresentada.

Não havendo mais provas a produzir, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pelas partes

Foi impossível conciliar.

Feito relatado. DECIDO.

## **II - FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA INÉPCIA DA INICIAL**

O processo do trabalho possui regulação própria quanto aos requisitos da petição inicial (art.840, §1º da CLT), sendo-lhe inaplicável, por conseguinte, o art.282 do CPC, pois não preenchido o requisito da omissão indicado no art.769 consolidado.

Nesta linha, para ser considerado escorreito, basta no pedido haver “... uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio,...”. Esta simplicidade condiz plenamente com o princípio da instrumentalidade das formas reinante no processo laboral.

Observando o pedido de equiparação existente nos autos, constato estarem inteiramente preenchidos os requisitos legais para seu deslinde, pois, no particular, não há necessidade de se indicar uma pessoa especificamente como paradigma, mas, sim, o cargo no qual quer ser o reclamante enquadrado. Tal foi feito nos autos, sendo este o de Gerente Geral de Agência Nível I.

Ressalto que os elementos apresentados pelo reclamante na peça vestibular são suficientes para a completa compreensão do pleito em epígrafe, restando, por conseguinte, sem máculas o constitucional direito de defesa do reclamado.

Pelo exposto, rejeito a preliminar em tela levantada pelo reclamado.

Contudo, de ofício, declaro ineptos e extingo, sem resolução de mérito, os pleitos de letras “k” e “l” da inicial (s1p14), pois nesta não há indicação precisa de quais seriam os benefícios que teriam sido convertidos em dinheiro. Por esta razão, não há como inteiramente delimitar estes pedidos a ponto de se poder determinar a juntada dos dados a eles referentes pelo reclamado, e, conseqüentemente, aptamente julgá-los.

## **DA PRESCRIÇÃO**

Ajuizado o presente feito em 19/07/2011 e se referindo os pleitos da inicial a período inferior aos últimos cinco anos anteriores a esta data, com fulcro no art.7º, XXIX da CF e art.11 da CLT, não há prescrição quinquenal a ser declarada.

Igualmente não há falar em prescrição bienal, pois o contrato de trabalho dos litigantes teve fim há menos de dois anos da mencionada data (em 28/04/2011).

## DA EQUIPARAÇÃO

De início, devo ressaltar alguns fatos incontroversos nos autos.

O reclamante exercia a função de Gerente de Segmento nível II junto a uma agência do reclamado em Campina Grande/PB.

A partir de 01.02.2010, passou o obreiro a integrar um órgão do Banco do Brasil criado em caráter experimental, nomeado PSO – Plataforma de Suporte Operacional, o qual concentrou funções outrora distribuídas entre funcionários de diversas agências da cidade de Campina Grande, passando o citado órgão a atuar em todas estas.

A função do reclamante neste novo órgão era de gerência, contudo, em seus contracheques continuou a constar seu antigo cargo, qual seja, de Gerente de Segmento nível II. Tal se deu porque não há na estrutura atual do reclamado um cargo específico de gerente da PSO, contudo, muitas das funções deste órgão são específicas dos gerentes gerais das agências, razão pela qual ora busca o reclamante sua equiparação salarial com os mesmos.

Dito isto, constato que na bem escrita peça de defesa, o Banco do Brasil S.A. negou o preenchimento dos requisitos para concessão de equiparação nos termos do art.461 celetista.

Efetivamente, sob as luzes do art.461 da CLT, o caso dos autos não permite maiores delongas, pois este determina a identidade de funções para ensejar uma equiparação salarial.

Nesta linha, constato não serem os cargos em tela (de gerente geral e de gerente da PSO – Plataforma de Suporte Operacional) idênticos, bastando para chegar a esta conclusão analisar as palavras do próprio autor ditas em audiência, *verbis*:

*“(...) que a parte dos produtos do banco ficaria com os gerentes gerais das agências e a parte administrativa, manutenção de caixa, atendimento de caixa, tesouraria, representar o banco em audiências administrativas e judiciais, manutenção de equipamento e dos prédios, manutenção e abastecimentos dos terminais de auto atendimento, processamento dos depósitos feitos nos terminais de auto atendimento e nos caixas, processamento dos depósitos feitos nos correspondentes bancários, tesouraria regional relacionadas a 40 agências da região de C. Grande, ficou sob a responsabilidade do reclamante; (...)” (s4p1).*

Ora, se houve a divisão indicada em depoimento, vale dizer, se os gerentes gerais mantiveram algumas funções tendo assumido o reclamante outras, não há, em tese, como falar em exercício de funções idênticas no caso. Ademais, o reclamante ficou responsável por diversas agências em Campina Grande, enquanto os gerentes gerais ficaram vinculados a apenas uma.

Saliento não servir aos interesses do reclamante o fato de suas funções serem semelhantes a de gerentes gerais de agências do reclamado existentes noutras cidades (como Lagoa Seca/PB, exemplo por ele utilizado), pois, numa interpretação literal do art.461 celetista, tal fato afasta o requisito da mesma localidade nele descrito, o que, em tese, impediria do sucesso do intento obreiro.

Por todo o exposto, a equiparação salarial buscada pelo reclamante não pode ter por base o art.461 da CLT, pois não preenchidos os requisitos para tanto.

Contudo, também fundamentou o obreiro seus pleitos em princípios constitucionais e no art.460 da CLT. Com base nestes, considero-o vencedor no seu intento.

Neste momento, saliento não existir a divisão completa entre as funções administrativas e negociais nas agências do reclamado alegada em defesa (s15, p9 e 14), destarte, os gerentes gerais, além destas últimas, exerciam também aquelas, da mesma forma do reclamante, vale dizer, também ele exercia ambas as espécies de funções.

Como descrito na própria peça contestatória (s15p15), por exemplo, aos gerentes gerais cabe a representação e defesa dos interesses do réu, na condição de preposto, em demandas judiciais e extrajudiciais (item 6.8.2.4), assim como gerir pessoas (item 6.8.2.3). Ora, tais funções não podem se enquadrar como “negociais”, mas, sim, administrativas.

Por outro lado, cabe ao gerente de PSO, *v. g.*, efetuar pagamentos e recebimentos aos clientes e consumidores bancários (s15p19), atividades claramente negociais.

Saliento que a função de representar o reclamado enquanto preposto é inerente a ambos os cargos em tela, como demonstram as normas internas da reclamada n.º 6.8.2.4 e 4.25.2.4 indicadas em defesa.

Pelo exposto, percebo que há sim base jurídica para o pleito de equiparação narrado na inicial, pois, de acordo com a normatização interna do reclamado, assim como suas alegações de defesa (tudo da maneira acima escrita), o reclamante passou a exercer também funções típicas de um gerente geral nível I. Se suas funções não eram exatamente idênticas às destes, eram semelhantes.

Ressalto ser a semelhança ora reconhecida baseada em dados objetivos (regulamento interno do Banco do Brasil).

Não bastasse isto, passou o reclamante a ter sob seu comando uma quantidade de funcionários equivalente à de um gerente geral nível I. Por outro lado, estavam estes gerentes a si subordinados quando da realização de atividades financeiras como o saque de valores acima de R\$ 500.000,00, da forma comprovada testemunhalmente.

Ora, pelo acima narrado, constato que o reclamante passou a exercer cargo no PSO cujo salários não estavam estipulados (pois não havia gratificação específica no regulamento interno do banco reclamado), tanto assim foi que continuou a perceber a mesma gratificação de Gerente de Segmento nível II. Por outro lado, passou a realizar serviços, no mínimo, equivalentes aos de Gerente Geral nível I.

Tais fatos atraem a aplicação do art.460 consolidado, *verbis*:

*Art. 460 - Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.*

Busca este artigo evitar distorções, notadamente ocorridas quando do exercício de funções com igual responsabilidade por empregados e remuneração inferior de um deles. Dessarte, negar ao reclamante o direito à percepção da diferença de salários da forma buscada seria negar a própria aplicação deste dispositivo legal.

Assim sendo, ante a fundamentação supra e com fulcro no art.460 da CLT, julgo procedentes os pleitos de equiparação da inicial.

Contudo, o presente deferimento não tem por base apenas o citado dispositivo celetista.

Sendo o reclamado uma Sociedade de Economia Mista, submete-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, como dispõe o art.173, §1º, II da Constituição Federal. Contudo, tal fato não afasta sua submissão também aos princípios gestores da Administração Pública.

Nesta linha, fazendo também o reclamado parte da estrutura organizacional da Administração Pública (na sua parte indireta), deve respeito ao narrado no art.1º, IV da CF, o qual indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Desta feita, não pode o mesmo simplesmente aumentar a carga de trabalho e de responsabilidades do reclamante sem lhe dar um devido acréscimo remuneratório. Tal

procedimento claramente macula um dos mais caros princípios inerentes aos valores sociais do trabalho, qual seja, o da justa remuneração dos trabalhadores.

A atitude equivocada do reclamado torna-se ainda mais transparente quando se constata ter passado o obreiro a atuar em cinco agências da cidade de Campina Grande/PB, quando antes apenas o fazia em uma.

A falta de aumento na gratificação do reclamante também maculou o art.3º, II da CF, pois é inegável o vínculo direto entre o desenvolvimento nacional e o pagamento de salários justos, os quais acabam por fortalecer o mercado interno e, conseqüentemente, a própria economia nacional.

Da mesma forma restou atacado todo o sistema constitucional de proteção ao emprego, o qual também busca resguardar a justa remuneração dos trabalhadores.

Por outro lado, igualmente foi desrespeitado o princípio da Isonomia, o qual, no particular, pode ser lido como a obrigação de se pagar idêntica remuneração por trabalhos de idêntica responsabilidade.

Outrossim, a falta de aumento de gratificação em tela feriu o princípio da razoabilidade, ao qual também estão submetidos os entes da administração pública indireta. Ora, não é aceitável que tenha sofrido o reclamante um aumento tão grande de sua carga de trabalho sem a devida contraprestação do Banco do Brasil, o qual naturalmente passou a melhor se aproveitar da mão de obra do mesmo.

No caso, deveria o autor ter recebido aumento remuneratório proporcionalmente ao de seu mister, fato incorrido.

Por fim, contudo sem importância menor, há de se ressaltar a obrigação do Poder Público dar exemplo, vale dizer, servir de norte para a sociedade como um todo. Destarte, permitir esta forma de aumento abusivo do uso da força de trabalho do reclamante sem a devida contraprestação, equivaleria a dar aval à própria exploração predatória dos obreiros em geral, a qual teria mais um exemplo qualificado a lhe respaldar a existência (vale dizer: do próprio Estado).

E não se diga aqui que através da presente decisão há uma intervenção indevida do Poder Judiciário nas atribuições do Executivo. Àquele Poder cabe precipuamente fazer justiça no caso concreto, e é isto que ora se faz.

Ademais, houve mácula aos princípios acima narrados por parte do reclamado, razão *per si* justificadora da atuação judicial no caso dos autos.

Por outro lado, ora não se discute o fato de ser prerrogativa do Poder Executivo a fixação dos salários dos funcionários do réu (de forma negociada ou não), pois, como dito, é este parte da estrutura de sua administração indireta.

Contudo, esta prerrogativa não pode chegar ao ponto de ensejar uma ilegalidade, uma distorção, uma mácula à isonomia prevista constitucionalmente. Não pode dar guarida a um procedimento descabido, onde se muda as funções de um funcionário, aumentando-as em demasia, e não se dá a devida contraprestação a esta alteração.

Caso estivesse o Banco do Brasil submetido apenas às regras do direito privado, talvez o argumento de intromissão indevida do Judiciário no caso dos autos ganhasse força, contudo, como acima narrado, assim não é.

Está sujeito o reclamado às regras regentes do interesse público, sendo certo que o pagamento justo de salários vem ao encontro deste.

Noutra linha, igualmente poder-se-ia mencionar a citada intromissão indevida caso houvesse no quadro de salários/carreira do reclamado a estipulação de comissão para a função de gerente do PSO exercida pelo reclamante. Nesta caso, haveria espaço para alegação de mudança de função resguardada no *jus variandi* empresarial.

Porém, esta inexistente! Simplesmente resolveu o reclamado alterar profundamente as funções do reclamante, aumentando-as da forma já exposta, sem sequer mudar a gratificação por ele recebida, continuando esta a ser de Gerente de Segmento nível II.

Não há como aceitar tal proceder do Banco do Brasil pois este beira os limites da arrogância. O *jus variandi* do empregador não possui força suficiente para dar guarida a uma mudança de tal magnitude sem a contraprestação devida, notadamente quando neste polo empregador está uma Empresa de Economia Mista.

Por fim, ainda se poderia arguir esta indevida invasão judicial caso não houvesse paradigma a ser utilizado no particular. Se assim fosse, o mero arbitramento no caso concreto poderia ser entendido como exageradamente artificial, pois teria por base elementos alheios não só ao contrato de trabalho, mas também à própria organização do reclamado.

Contudo, este paradigma existe! São os gerentes gerais das agências nível I do reclamado, os quais desenvolvem seu mister na cidade onde mourejou o obreiro e cujas funções (ao menos em Campina Grande/PB) foram desmembradas para que o reclamante exercesse parte delas, todos possuindo, no caso, responsabilidades semelhantes.

Por todo o exposto, com fulcro na argumentação supra, nos princípios citados, assim como no art.460 da CLT, defiro os pedidos de equiparação remuneratória do reclamante com os gerentes gerais de agências nível I do reclamado declinados na inicial, tudo da forma da planilha anexa, parte desta decisão.

Também pelo acima escrito, devida a diferença na participação dos lucros do reclamante, devendo ser percebida idêntica parcela que a dos gerentes gerais citados. Valores descritos na planilha anexa.



Ressalto que para os cálculos anexos foram utilizados os valores descritos na inicial, os quais não foram contestados pelo reclamado.

Outrossim, saliento terem igualmente restados incontroversos os valores apresentados na petição e documentação de s41, como se constata na audiência de s40. Destarte, considero verdadeiros os valores descritos na petição de s40p1/2, tendo tido estes por base os cálculos relativos à diferença de participação nos lucros.

Noutra linha, esclareço não ter sido pedida a diferença desta participação com relação ao ano de 2011, como se afere nas letras “h” e “i” da inicial (s1p14), pois nesta letra “h” dos pleitos há apenas referência ao ano de 2010. Destarte, nada há a analisar no particular quanto aos valores descritos na citada peça de s40p1/2.

Deverá o reclamado recolher para a Caixa de Previdência do Banco do Brasil – Previ as diferenças de contribuições decorrentes da presente condenação, assim como atualizar os dados salariais do autor junto àquela para que conste também os valores ora condenados.

Não há qualquer valor pago a títulos idênticos dos ora condenados, eis porque não há compensação a ser procedida.

Não houve impugnação quanto aos valores descritos na inicial por parte do reclamado, razão pela qual acato-os como escoreitos e foram os mesmos utilizados na liquidação do julgado.

### **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

Honorários advocatícios indevidos à míngua de previsão legal e face às diretrizes traçadas pela Instrução Normativa n.º27 e súmulas 219 e 329 do C. TST.

### **JUSTIÇA GRATUÍTA**

Por entendê-lo escoreito, adoto o entendimento consagrado na OJ n.º 331 da SDI-I do C. TST. Desta feita, basta a declaração de insuficiência econômica na inicial para que se tenha por preenchidos os requisitos legais relacionados no art. 790, §3º da CLT. Havendo aquela nos autos, tenho por satisfeitos estes e, por conseguinte, concedo à parte autora os benefícios da Justiça gratuita.

### **III – DECISÃO**

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, decido julgar PROCEDENTES os pedidos formulados por JOÃO LUZENI AZEVEDO DE FARIAS em face da BANCO DO BRASIL S.A., para condenar este a pagar àquele os títulos indicados na fundamentação supra, assim como na planilha anexa, parte desta decisão.

Deverá o reclamado recolher para a Caixa de Previdência do Banco do Brasil – Previ as diferenças de contribuições decorrentes da presente condenação, assim como atualizar os dados salariais do autor junto àquela para que conste também os valores ora condenados.

Declaro ineptos e extingo, sem resolução de mérito, os pleitos de letras “k” e “l” da inicial (slp14).

Concedo à reclamante os benefícios da gratuidade judicial.

Tudo em consonância com a fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo como se nele transcrita estivesse.

Verbas previdenciárias e IR incidentes sobre os títulos condenados, exceto reflexos sobre FGTS + 40%, participação nos lucros e férias indenizadas.

Aplico a legislação concernente ao IR, devendo o valor devido ser calculado mês a mês.

Custas pelo reclamado, no importe de R\$ 2.286,72, calculadas sobre R\$ 114.336,22, valor dado à causa para fins de direito.

Os cálculos integrantes desta decisão superam o montante declinado em inicial, em virtude da não apresentação de forma líquida do título referente à PLR (participação nos lucros e resultados) nesta peça. Ademais, não se pode exigir de um empregado conhecimentos técnicos em tal área de atuação.

Cientes as partes (súmula n.º 197 do C. TST).

Campina Grande, 19 de agosto de 2011.

**Francisco de Assis Barbosa Júnior**  
**Juiz do Trabalho**

**TRABALHOS APRESENTADOS NA  
X SEMAJUD**

# **DIREITO PENAL MÍNIMO: uma perspectiva pragmática**

**Pedro Henrique Sousa de Ataíde**  
Bacharelado em Direito U.F.P.B

## **RESUMO**

O Direito Penal visa tutelar tão-somente os bens vitais e mais importantes, o qual deverá atuar quando as sanções de outros ramos do direito não forem suficientes para protegê-los. A inflação de normas penais sobrecarrega o poder público competente, compromete a função preventiva da pena e acarreta conseqüências aos direitos humanos. Para tanto, faz-se necessário indicar como deve agir o legislador e o aplicador do direito.

**Palavras-chave:** Direito Penal Mínimo. Sanção Penal. Legitimidade.

## **ABSTRACT**

The Penal Law aims to protect only the most important and vital possessions, and should act when the sanctions of other branches of law are not enough to protect them. The inflation of penal rules overloads the competent public power, jeopardizes the preventive function of the penalty and causes consequences to human rights. Therefore it's necessary to indicate how the legislator and the law executer must act.

**Key words:** Minimum Penal Law. Penal Sanction. Lawfulness.

## **1 INTRODUÇÃO**

É corrente o comentário de que o aumento da violência decorre de uma política criminal “caridosa” por parte do Estado brasileiro. Ideias como a criminalização de diversos atos, a redução da maioria penal etc., são vistas como a solução para a diminuição da criminalidade. Nessa senda, propaga-se a existência de um direito penal o mais rígido possível, para que os cidadãos, ao temer a sanção criminal, não venham a cometer os delitos.

A maior propagadora dessa concepção é a mídia. Apresentadores de programas televisivos e de rádio divulgam incessantemente atos repugnados pela sociedade, principalmente àqueles em que o acusado está impune.

Em contrapartida, há os defensores do abolicionismo penal, o qual propugna a ineficiência das sanções penais, defendendo a extinção dessas. A possibilidade de dirimir conflitos por meio de

outros ramos jurídicos, a exemplo do direito civil e do direito administrativo, com a utilização de medidas humanizadas, seria o ideal.

Para discordar dessas concepções extremistas, surge o chamado direito penal mínimo. Tal corrente defende que o direito penal visa tutelar tão-somente os bens mais relevantes, quando as sanções de outros ramos jurídicos não forem suficientes para protegê-los. A utilização de um direito penal rígido conduz esse ramo ao descrédito, pois inflaciona o número de processos, impossibilitando a atuação do poder especializado. Por outro lado, há algumas condutas humanas cuja gravidade não nos permite imaginar outra punição que não seja a pena privativa de liberdade. Um crime contra a vida, por exemplo, o qual é repudiado unanimemente pelas sociedades, seja no tempo seja no espaço, não se vislumbra que uma sanção cível seja suficiente para puni-lo.

Nosso artigo possui como escopo a defesa racional do direito penal mínimo, como alternativa para a diminuição das violações dos direitos humanos. Para tanto se fará, num primeiro momento, um estudo sobre as três citadas correntes que tratam do direito penal, para depois demonstrar de que forma o legislador e o aplicador do direito podem materializar o garantismo.

## **2 O DIREITO PENAL MÁXIMO**

De acordo com essa concepção, o direito penal, dada a sua força coativa, deve ser aplicado na defesa de todo e qualquer bem jurídico. Com a utilização de sanções severas é que os possíveis delinquentes, ao temê-las, não irão cometer delitos; defende-se, assim, a função preventiva desse ramo jurídico. Tal discurso faz a sociedade acreditar que o direito penal é “a solução de todos os males que a afligem” (GRECO, 2010, p.12).

O campo fecundo para a difusão dessas ideias é a existência de uma sociedade que vivencia o caos da insegurança, com um número excessivo de pessoas que já foram vítimas da criminalidade. Não é preciso de um estudo científico aguçado para afirmar que o Brasil vivencia tal situação (SICA, 2002 *apud* GRECO, 2010), o qual é acrescido pelo apelo da mídia.

Ao propor a edição de punições mais rígidas, os defensores dessas ideias também defendem a restrição de alguns direitos e garantias fundamentais. Citemos como exemplo a que não imputa ao acusado o ônus da prova, o direito ao silêncio etc. Nesse sentido, se um eventual criminoso, ao cometer um ato não tão repudiado, fosse severamente punido, somada a restrição das garantias processuais que dificultam sua criminalização, certamente não mais iria praticá-los; a pena “intimidaria”.

Em verdade, o excessivo número de normas criminais, defendido por essa corrente, ao invés de enaltecer o direito penal acaba por retirar-lhe o prestígio. Tanto é que o aparato estatal não possui instrumentos para investigar e punir um alto número de pessoas. A função preventiva seria deveras

prejudicada, já que, por insuficiência do Estado, muitos infratores permaneceriam impunes; responder às ações penais não é algo tão temido quanto deveria ser. Na hipótese de existirem apenas as normas criminais necessárias, que protegessem os bens mais relevantes, teria o poder público condições de operar, e a pequena quantidade de indivíduos que pretendia violá-las iria temer a sanção penal.

Existem alguns movimentos peculiares que propugnam o direito penal máximo, dos quais iremos pormenorizar o mais rígido.

## 2.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Dentre as correntes que defendem o direito penal máximo, esta talvez seja a mais radical (GRECO, 2010). O maior estudioso foi Günther Jakobs, o qual constatou a existência de duas modalidades: uma seria o “direito penal do cidadão”, a outra seria o “direito penal do inimigo”. Para o primeiro grupo, seriam concedidas todas as garantias fundamentais, bem como uma aplicação proporcional da sanção em relação ao delito; já para o segundo, não deve haver qualquer preocupação, posto que os infratores são os “inimigos” do Estado.

Mas quem o autor chama de inimigo? São os praticantes das condutas mais repudiadas pela sociedade, tais como os violadores da dignidade sexual, da vida etc. “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma” (GOMES; BIANCHINI, 2004, p. 2). Percebe-se que há uma tendência à formação do chamado “direito penal do autor”, ao estipular diferenças entre os destinatários das normas penais.

Destarte, se o inimigo não deve ser detentor das garantias fundamentais, logo não é considerado como pessoa. “Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim um procedimento de guerra” (GOMES; BIANCHINI, 2004, p. 2). Um indivíduo que não é dotado de cidadania não poderá gozar dos privilégios dessa (JAKOBS, 2003 *apud* GRECO, 2010).

Não é difícil perceber que essas ideias são incompatíveis com a concepção hodierna de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Ambas foram alçadas como fundamento da República Federativa do Brasil. Destarte, é indubitável que todos os seres humanos (não excluindo outros seres) são titulares dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Por fim, acrescente-se como características do direito penal do inimigo a flexibilização do princípio da legalidade<sup>3</sup>, ao preferir a descrição vaga dos crimes e das penas (GOMES; BIANCHINI, 2004).

---

<sup>3</sup> Na legislação pátria esse princípio está positivado no inciso XXXIX do art. 5º da C.F., o qual afirma “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este é um dos princípios mais caros ao direito penal, posto que só admite o poder punitivo dentro dos limites previamente estabelecidos pela norma.

### 3 O ABOLICIONISMO PENAL

Como resposta ao direito penal máximo, normalmente posto em prática por países que vivenciaram regimes autoritários, passou-se a analisar as punições com um olhar humanitário.

Na verdade, as concepções extremistas surgem em virtude de situações também extremas. Lembre-se que o movimento do direito penal máximo é alimentado quando existe violência emanada da própria sociedade; daí a exigência da punição estatal. Já o abolicionismo surge quando o Estado é o maior violador dos bens jurídicos mais relevantes.

Nesse sentido, apregoa-se a total extinção do direito penal. Esse ramo apresenta-se como inútil e incapaz de resolver os problemas que pretendia solucionar. Por conseguinte, ocasiona um tremendo sofrimento para o destinatário da pena (ZAFFARONI, 2001). Não há, pois, sequer proporção entre um ato delituoso e a restrição do direito de liberdade. Atenta-se para a “possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio dos outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo etc.) os seus conflitos interindividuais” (GRECO, 2010, p. 8).

Começou-se a indagar se uma medida extrema seria ideal para reprimir um ato infracional e prevenir sua prática. Restringir a liberdade, direito que nos é tão caro, não é uma solução compatível com os atuais valores que permeiam a sociedade.

Por essa razão, em difundido pensamento de Ihering, afirmou-se que “a história da pena é a história de sua constante abolição”. Ou seja, a sociedade vivencia uma progressiva diminuição do direito penal.

É fascinante a perspectiva abolicionista, ao imaginar uma sociedade que convive sem a existência de sanções rígidas, mas é indubitável que determinados fatos graves não serão resolvidos por outra alternativa senão o direito penal.

Como síntese do pensamento abolicionista, Zaffaroni (2001, p. 97 - 99) assim comenta:

O abolicionismo atual constitui um movimento que, nos últimos anos, produziu uma literatura considerável sobretudo entre os autores do norte da Europa. (...) O abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido por seus mais severos críticos. (...) Hulsman afirma que há três motivos fundamentais a favor da abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle. A proposta de Hulsman dirige-se para a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas.

Embora plausíveis os fundamentos que justificam a abolição do sistema penal, é difícil vislumbrá-la no plano prático.

## 4 O DIREITO PENAL MÍNIMO

Essa concepção seria o ponto de equilíbrio entre o abolicionismo e o direito penal máximo. É reconhecida a ineficiência desse ramo jurídico para punir diversos atos, mas não é descartada sua utilização em casos excepcionais.

Nesse sentido, afirma Greco (2010, p. 25):

Na concepção que podemos chamar de ‘equilibrada’ situa-se o Direito Penal Mínimo. O seu discurso, mais coerente, *permissa venia*, com a realidade social, apregoa, em síntese, ser a finalidade do Direito Penal a proteção tão-somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade. Aqueles bens que, em decorrência de sua importância, não poderão ser somente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

O uso desmedido de normas penais, além restringir os direitos humanos, sobrecarrega a atuação do poder público competente, conforme dissemos no item anterior. Dessa forma, nos crimes de extrema reprovação social, o Estado não consegue reprimi-los de forma eficaz, visto que também trata de crimes que não lesionam bens jurídicos importantes.

No tocante à modalidade das penas a serem aplicadas, os minimalistas condenam, veementemente, as penas cruéis, de morte etc. Consideram desnecessária a pena privativa de liberdade para diversos atos, mas não refutam sua aplicação excepcional. Por isso, “a história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas de sua reforma” (BITENCOURT, 2010, p. 505).

O argumento que embasa tanto os abolicionistas quanto os minimalistas é a falta de legitimidade do sistema penal. Portanto, passemos a discorrer sobre esse tema.

### 4.1 O DIREITO PENAL MÍNIMO E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

A legitimidade pode ser observada sob diversos ângulos. Em apertada síntese, “pode ser vista como o termômetro indicador da adequação (ou inadequação) entre o que os destinatários das normas esperam e desejam seja decidido pela ordem em vigor e o que esta efetivamente decide” (ADEODATO, 1989, p. 2). Para que um poder seja legítimo, faz-se, portanto, necessário observar de que forma a sociedade enxerga os atos que dele emanam. Caso os cidadãos não legitimem determinada estrutura de poder, esta terá sua existência ameaçada.

Seria impossível manter uma ordem jurídica que fosse violada por grande parte de seus destinatários. A sanção apenas é aplicada para a pequena parcela social que não observa os mandamentos legais, isto é, de forma subsidiária. No tocante ao direito penal, essa característica é ainda mais exacerbada, pois só atuará quando as sanções de outros ramos jurídicos (que já são aplicadas excepcionalmente) não forem suficientes.



Nessa senda, a observância às normas ocorre, na maior parte, não pelo temor a uma punição estatal, mas pela convicção de que seu conteúdo é correto. Por isso, assim preleciona Adeodato (1989, p.1), com a clareza que lhe é inerente:

A noção de legitimidade do poder, como traço comum entre os diversos enfoques dados pelo pensamento e pela prática políticos de nossa civilização, parece sempre consistir numa tentativa para justificar determinado tipo de ação política, isto é, estabelecer uma ponte entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação na condução da comunidade: já que aqueles que exercem efetivamente esse poder de condução formam uma minoria em relação aos que obedecem, é preciso que estes sejam convencidos de que não há necessidade de uma constante aplicação da força para manter a convivência, em que pesem desigualdades na divisão do bolo social e na participação política (Grifo nosso).

Muitas das infrações penais decorrem da não concretização de certos direitos. Não é difícil perceber que o “grupo alvo” do direito criminal é a população que não tem acesso às necessidades básicas; vítima da omissão estatal. Por essa razão, não é razoável o entendimento dos defensores do direito penal máximo de que o Estado Social deve ser substituído por um Estado Penal (GRECO, 2010).

O abolicionismo penal refuta a legitimidade do sistema penal contemporâneo e qualquer um que venha a existir. Já o direito penal mínimo nega a legitimidade dos atuais sistemas, bem como aos futuros que não absorvam o ideal minimalista; no entanto, entende como legítimo possíveis sistemas penais que concretizem seus postulados (ZAFFARONI, 2001).

Para esclarecer o título do presente capítulo, em que consiste problematizar a legitimidade? “Significa, em certa medida, examinar as próprias bases sobre as quais se assentam o direito e a política (...)” (ADEODATO, 1989, p. 2). Bases estas que conferem força coativa ao Estado.

#### 4.2 DIREITO PENAL MÍNIMO: uma alternativa possível

O abolicionismo é um discurso fascinante, mas encontra obstáculos em sua materialização. Existem condutas cujo repúdio não permite imaginar outra sanção que não seja penal; a exemplo de crimes contra a vida, cuja reprovação social é unânime entre as nações, seja no tempo, seja no espaço. Mas como há um consenso entre o abolicionismo e o minimalismo a respeito da deslegitimação do atual sistema penal, muitos abolicionistas reconhecem o direito penal mínimo e defendem sua concretização. Dentre eles, comenta Zaffaroni (2001, p.106):

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘*unfinished*’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’.

Mesmo reconhecendo o direito penal mínimo apenas como caminho para o abolicionismo, o autor não deixa de ressaltar a importância daquele.

## **5 DIREITO PENAL MÍNIMO: uma perspectiva pragmática**

Apresentada a doutrina do direito penal mínimo, surge a problemática de sua materialização. Para tanto, faz-se necessário indicar ao legislador e ao aplicador do direito quais os meios possíveis de alcançar o garantismo penal. Para o primeiro serão demonstradas as características da realidade social que podem ensejar a tutela penal. Já para o segundo será debatida a estrutura e fundamentação das decisões judiciais, além do debate a respeito das possibilidades hermenêuticas.

Não basta apenas indicar as características do direito penal mínimo para aplicá-lo, mas uma explicação racional que o justifique. Nesse sentido, afirma Fischer (2010, p. 27):

Também são correntes situações típicas de *decisionismos* (criticadas veementemente por Ferrajoli, mas em pólo inverso de aplicação – antes contra os réus) embasadas em *doutrinas garantistas* sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação *coerente* para a tomada de tal ou qual posição. Exemplificativamente, não é incomum encontrar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários defendendo que, *modernamente*, o Direito Penal somente poderia incidir de forma *subsidiária*, verdadeira *ultima ratio*, a ele ocorrendo-se quando todos os demais ramos do Direito não cumpriram seus desideratos de proteção do bem jurídico. A assertiva é verdadeira, mas quando utilizada sem uma mínima fundamentação racional, de forma indiscriminada e como verdadeira frase-pronta (hipótese modernamente conhecida como *copiar-colar*) para situações em que não poderia incidir referido princípio (...), acaba gerando verdadeira *desproteção sistêmica*.

De fato, é imprescindível a fundamentação racional e plausível de qualquer posição que afaste a incidência da norma penal sob o título do minimalismo. É o que ocorre, por exemplo, com uma decisão judicial que considere atípico um fato por direta aplicação do princípio da insignificância, sem destacar os motivos e argumentos racionais que permitiram a adoção de tal posição.

### **5.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Antes de iniciar o estudo dos princípios específicos do direito penal, cumpre defini-los e discutir a aplicação desses, mesmo que em apertada síntese.

Os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica. Pode-se diferir as duas modalidades normativas pelas seguintes características: a segunda só é aplicável por completo, isto é, ou se aplica todo o conteúdo, ou nada se aplica; já a primeira pode ser materializada em partes (DWORKIN apud GRAU, 2009). Por conseguinte, quando duas regras são confrontadas, utiliza-se

ou uma ou a outra. Já quando dois princípios entram em choque, aplica-se o chamado método da “ponderação”, isto é, verifica-se, no caso concreto, qual a decisão “menos danosa” a ambos.<sup>4</sup>

Nessa senda, as regras possuem maior densidade normativa do que os princípios, visto que aqueles são dirigidos a situações mais específicas do que os últimos.

Hodiernamente, vivenciamos a chamada “era dos princípios”. Foi conferida tanta importância a essa modalidade normativa, que os operadores do direito começaram a aplicá-la em detrimento das regras. Nesse sentido, Ataíde Jr. (2010, p. 15) aponta que o uso desmesurado dessa categoria normativa “compromete a clareza e a previsibilidade do direito, elementos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito”. Acrescenta o autor que a utilização inadequada dos princípios confere amplos poderes para que os juízes, por meio da discricionariedade, eximam-se de utilizar regras, que, no caso concreto, poderiam ser mais adequadas, provocando, assim, a insegurança na aplicação do direito.

No tocante ao direito penal é que a aplicação de princípios, desde que incriminadores, em detrimento de regras não deve ocorrer.

### **5.1.1 A dignidade da pessoa humana**

A dignidade da pessoa humana, princípio-mor de nosso ordenamento jurídico, é prevista como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Não é defendida apenas a vida, mas a realização desta com dignidade. O princípio em voga sequer pode confrontar-se com qualquer outro, apenas consigo mesmo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Embora seja um princípio alçado à categoria constitucional, sua não observância ocorre até mesmo pelo Estado. Cidadãos que foram condenados a pena privativa de liberdade, são submetidos, diariamente, a violação de sua dignidade, ao enfrentar a superlotação carcerária, a violência física, a carência de programas de reabilitação etc. (GRECO, 2010). A realidade do sistema prisional corrobora ainda mais o entendimento de que o direito penal só deve ser utilizado em situações excepcionais; inserir um infrator de uma norma branda nesse sistema não se afigura razoável.

### **5.1.2 A intervenção mínima**

Segundo esse princípio, o direito penal deve ser utilizado de forma mínima, apenas em casos excepcionais quando outros ramos jurídicos não forem eficazes na defesa de determinado bem. Há uma proibição ao legislador para a criação de tipos penais desnecessários, bem como um impedimento aos juízes a utilizar a sanção penal de forma desmesurada.

<sup>4</sup> Essa distinção é deveras criticada por renomados doutrinadores, dentre eles Eros Roberto Grau e Humberto Ávila. Embora interessante, não iremos pormenorizar essa discussão, dado o objeto do presente artigo.

Como consequência da intervenção mínima, há o princípio da fragmentariedade, o qual possui tal denominação em virtude ideia de que o direito penal não tutela todos os bens, apenas os mais relevantes (BITENCOURT, 2010).

### **5.1.3 A culpabilidade**

O princípio em voga determina que só existe crime se houver culpabilidade.

Esta pode ser vislumbrada em três aspectos. Primeiramente como fundamento da pena, em segundo lugar como “termômetro” na medição da pena, em terceiro lugar como proibição da responsabilidade penal objetiva (BITENCOURT, 2010); isto é, ninguém poderá ser condenado por um ato se não o houver praticado com dolo ou culpa.

### **5.1.4 A insignificância**

Quando há a proteção de determinado bem jurídico, de acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deverá atuar quando a lesão for considerável. É também conhecido por princípio da bagatela, as quais se referem aos delitos de baixa ofensividade (JESUS, 2010).

A aplicação desse princípio afasta a tipicidade do ato, proibindo que o intérprete venha a analisar os outros requisitos do crime, quais sejam a antijuridicidade e a culpabilidade (GRECO, 2010).

## **5.2 O DEBATE NO PROCESSO LEGISLATIVO**

É papel do legislador a criação e a extinção das normas incriminadoras. Compete a esse verificar quais são os bens valorados como importantes pela sociedade, merecendo, por essa razão, a tutela penal. Deve ser verificado em que momento uma determinada conduta passa a ser vista como reprovável, ou quando passa a ser permitida pelos valores sociais. “Os bens jurídicos constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social (...)” (ESQUERDO *apud* GRECO, 2010, p. 65).

A importância conferida a cada bem jurídico varia entre as sociedades, de acordo com a manifestação cultural. Pois a cultura é a lente pela qual o homem enxerga o mundo (LARAIA, 2002). Entretanto, há uma chamada zona de consenso, na qual determinados bens são valorados da mesma forma por todas as sociedades (GRECO, 2010). Citemos como exemplo a vida, cuja

proteção é unânime entre os povos.

Contudo, a proteção à vida não ocorre da mesma maneira entre as sociedades. Algumas, por exemplo, punem o aborto; mas outras não o consideram como delito, por não considerar que houve violação ao bem tutelado (GRECO, 2010). Mas todas protegem, de alguma forma, a vida.

Quando houver tutela penal, a quantidade de pena prevista para o caso será o indicador da relevância do bem; quanto mais importante, maior será a sanção cominada. Nesse sentido, a legislação penal brasileira apresenta algumas discrepâncias com os valores sociais. O furto simples, que trata do patrimônio, comina pena privativa de liberdade variável entre um e quatro anos; já a lesão corporal, que trata da vida, comina pena privativa de liberdade que varia entre três meses e um ano (GRECO, 2010). Ou seja, a lei reconheceu, nesse exemplo, o patrimônio como bem mais importante do que a vida.

Outra situação que merece revisão do legislador são as contravenções penais. Se essas são destinadas à defesa de bens não indispensáveis, não deveriam, por conseguinte, receber tutela penal.

### **5.2.1 A vinculação do legislador ordinário ao texto constitucional**

Os crimes citados nos capítulos anteriores são tipificados em leis infra-constitucionais. Em um passado não distante, no qual o Código Penal brasileiro foi editado, ainda não se reconhecia a supremacia da Constituição, isto é, a força normativa desta, que só ocorreu após a ordem de 1988. Não há dúvidas de que a Carta Magna brasileira é essencialmente garantista, a qual ordena os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito (FISCHER, 2010)

O exemplo dado anteriormente, a respeito da maior reprovabilidade de um crime contra o patrimônio do que um crime contra a vida não se coaduna com os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição. “Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica” (BARROSO, 2007, p. 32).

Ademais, os direitos fundamentais foram alçados à categoria de cláusula pétrea, isto é, nenhuma emenda à Constituição pode restringir os direitos já consagrados, mas tão-somente ampliá-los.

Bonavides (2007) vislumbra duas etapas na constitucionalização dos princípios: a programática e a de concreção. A normatividade da primeira fase é mínima, enquanto da segunda é máxima. Não é ocioso destacar que a primeira fase já representa um impedimento ao legislador infra-constitucional de negar os direitos por ela conferidos.

### 5.3 O DEBATE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O debate a respeito da concretização do direito penal mínimo por meio dos intérpretes é de importância maior do que poderia parecer à primeira vista. O direito, propriamente dito, não é o mandamento que emana da norma geral posta pelo legislador, mas da decisão dos juízes; são as sentenças e os acórdãos que, efetivamente, afirmam quais são os direitos e/ou as obrigações (CAMARGO, 2003). O operador do direito deve, então, interpretar de forma restritiva as normas definidoras de crimes, adequando-as, sempre que possível, à realidade social.

É ultrapassado o debate que trata a atividade judicial como a pronúncia do exato texto da lei. Nesse sentido, é consensual o entendimento de que, ante o conteúdo de uma norma jurídica, pode-se verificar a existência de diversas linhas interpretativas. Kelsen (2006), ao identificar que a interpretação demonstra mais de uma decisão possível, nenhuma “mais correta” que a outra, afirmou que a atividade judiciária não designa um ato dirigido à Ciência do Direito, mas à política.

Aarnio (apud TEIXEIRA, 2002) entende ser possível encontrar a “melhor interpretação”, ou a “verdadeira”. Esta não diz respeito ao sentido tradicional que se dá ao termo, mas a uma verdade criada no debate argumentativo pautado pela racionalidade. O intérprete deve perceber que a decisão a ser proferida deve satisfazer não apenas quem a dita, mas deve alcançar um nível de aceitabilidade geral (TEIXEIRA, 2002). Diante do tema que tratamos no presente artigo, a “melhor interpretação” seria a ratificadora de um direito penal mínimo.

Para exemplificar uma decisão racional sob a ótica do direito penal mínimo, suponha-se a seguinte situação: um juiz recebe uma denúncia a respeito do furto<sup>5</sup> de uma mercadoria supérflua e de valor econômico baixo. O magistrado, nesse caso concreto, deverá aplicar o princípio da insignificância, decidindo pela atipicidade do fato. Não é essa a modalidade de patrimônio que a norma penal visa proteger. “A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico” (BITENCOURT, 2010, p. 51).

## 6 CONCLUSÃO

Como se pôde perceber no presente artigo, o direito penal apresenta-se como um ramo opressor e ineficiente. Sua aplicação só deverá ocorrer em casos excepcionais, quando os demais ramos jurídicos forem insuficientes para a proteção do bem em questão.

---

<sup>5</sup> Esse crime é definido pelo Código Penal brasileiro:

Furto

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

A criação desmedida de crimes conduz à inoperância do poder público competente para reprimi-los, havendo a sobrecarga deste. Caso houvesse uma pequena quantidade de normas penais, o Estado poderia, pelo aparato que já possui, dotá-las de maior eficácia. A observância às normas, em maior parte, ocorre em virtude da convicção de que o mandamento trazido por essas é correto, não pelo temor à punição. Para que um poder seja legítimo, os cidadãos devem estar convictos de que não é necessária a aplicação constante da força para manter ordem vigente. Ademais, não se pode olvidar a violação aos direitos humanos que ocorre com um direito penal máximo, posto que as garantias fundamentais violadas.

Por outro lado, existem atos cuja reprovação é tamanha, não se imagina outra sanção que não seja penal. Torna-se, pois, impossível de concretizar a tese abolicionista.

Destarte, o direito penal mínimo se apresenta como alternativa possível para a problemática aqui tratada. Na seara do processo legislativo, o minimalismo é alcançado por meio da extinção dos tipos penais que protegem bens não relevantes. No âmbito da aplicação do direito, ao verificar o sentido da norma, o intérprete apenas deve considerar como típico o fato que efetivamente lesionar o bem jurídico protegido.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A criação judicial do direito: segurança x justiça. Necessidade de releitura dos princípios. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 79. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8226](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8226)>. Acesso em 01 ago. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador-BA, nº 9, mar./maio, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral . 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 27 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm)>. Acesso em: 27 jul. 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. (org.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Direito Penal do Inimigo e os inimigos do Direito Penal. **Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP**. Disponível em: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_inv\\_criminologica/revista/revista\\_electronica2.htm](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica2.htm). Acesso em: 15 ago. 2011

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. 31ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 15 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



# PROCESSO ELETRÔNICO JUDICIAL E JUSTIÇA LABORAL: instrumentos à efetivação dos direitos humanos socioeconômicos.

**Caio Roberto Mendes Ferreira**

Graduando em Direito pela UFCG – 10º período

e-mail: caioormf84@hotmail.com

## RESUMO

A falta de efetivação dos direitos econômicos e sociais reflete a exclusão social que assola grande parte da sociedade brasileira, e se desdobra em enorme entrave à concretização dos preceitos estabelecidos no texto constitucional. A sociedade precisa ser regulada por normas a fim de resolver conflitos. Com o processo de informatização, as relações sociais modificam-se substancialmente, e a Ciência Jurídica deve caminhar concomitantemente com essa revolução cibernética, modernizando-se e adaptando-se para essa nova realidade. É aqui, entre teoria e aplicabilidade, que o Poder Judiciário é visto como arena privilegiada para realização de direitos, utilizando-se de diversos instrumentos que possam realmente conferir celeridade e concretizar os pleitos judiciais. Assim, o escopo do trabalho é verificar de que maneira a Justiça do Trabalho e o processo judicial eletrônico são manejados como instrumentos fomentadores à efetivação dos direitos humanos socioeconômicos. Utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, empregando-se como método de procedimento o experimental e estatístico, instruindo-se a pesquisa pela documentação indireta. O estudo é desenvolvido levando-se em consideração a afirmação histórica dos direitos sociais. Aborda-se desde o processo de desenvolvido dos direitos socioeconômicos, finalizando com urna análise crítica dos mais diversos aspectos relacionados ao processo eletrônico como instrumento de efetivação dos direitos reivindicados. Estuda-se a temática na visão de que a utilização dos meios eletrônicos pode ajudar na mitigação do adjetivo morosidade, embora esta não seja a única solução à atual crise do Judiciário. Observa-se que o processo eletrônico e a Justiça Laboral têm contribuído de sobremaneira na concretização dos direitos socioeconômicos e, via de consequência, na busca de uma sociedade mais justa, livre, democrática e solidária.

**Palavras chave:** Direitos Humanos Socioeconômicos. Processo Eletrônico. Acesso à Justiça.

## 1 INTRODUÇÃO

O homem traz em sua essência inquietante vontade de transformar sua realidade, reinventando o mundo. Soluções práticas e modernas são descobertas a todo instante a fim de solucionar os problemas cotidianos. Inúmeras e grandes invenções mudaram a sociedade em seus mais diferentes aspectos.

A positivação dos direitos socioeconômicos, mormente limitada a poucas leis nacionais de proteção ao trabalho de minorias, desbancou energia e velocidade por volta do final do século XX, através de um processo de constitucionalização e internacionalização, os quais tiveram como vigas-mestra as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, em 1919.

O reconhecimento positivo, entretanto, dos direitos sociais não foi bastante, por si só, para

solidificá-los como verdadeiros instrumentos efetivos de satisfação das necessidades básicas de seus destinatários. A efetivação desses direitos é diuturnamente vilipendiada, não apenas pelos detentores do poder político e econômico, mas também, e deploravelmente, pelo Poder Público, que se apresenta ineficiente, moroso, inerte e distante da sociedade.

Destarte, problematiza-se a presente discussão acadêmica diante de um quadro sócio-jurídico emergencial e assolador. Qual o papel do Judiciário Trabalhista e do Processo Judicial eletrônico na busca pela efetividade dos direitos socioeconômicos?

Com efeito, de que vale o direito à vida se o provimento de condições mínimas de existência digna encontra fortes barreiras na efetivação de sua sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário, lazer)? De que servem os direitos civis e políticos sem o direito ao trabalho? De que adianta o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? Eis algumas questões que se propõem a enfrentar, ainda que de forma perfunctória.

Diante desta nova ordem econômica, constitucional e processual, eminentemente preocupada com a realização social, consoante os objetivos da República brasileira, o processo eletrônico aparece como mais um instrumento, e não único, à disposição do sistema judiciário, provocando um desafogamento, diante da possibilidade de maior agilidade na comunicação dos atos processuais e de todo o procedimento.

O tema é justificável por ser recente e carente de debates no seio da comunidade jurídica, levando-se em conta a ineficiência do atual sistema de prestação jurisdicional. O efetivo (não apenas o acesso) acesso à justiça é o instrumento próprio de realização das garantias constitucionais sociais. Esse acesso efetivo é ter amplas condições de buscar a solução no Judiciário dos conflitos advindos das relações sociais. O homem luta pela afirmação de seus direitos fundamentais. Por isso, é necessário que os caminhos sejam facilitados para aplicação da Justiça.

Em relação aos aspectos metodológicos) utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, partindo-se de conceitos gerais e amplos. Empregou-se como método de procedimento o experimental, como também os métodos histórico e estatístico. Quanto às técnicas de pesquisa, adotou-se a descritiva, quando se registraram, analisaram e interpretaram os dados colhidos, e precipuamente a documentação indireta, com a pesquisa bibliográfica.

Tem-se por objetivo geral verificar de que forma a Justiça do Trabalho e Processo Judicial Eletrônico são instrumentos fomentadores na efetivação dos direitos humanos socioeconômicos.

Ao final, faz-se mister esclarecer que esse debate não tem nenhuma pretensão de dissipar o tema em análise, afinal, por ser novo e abrangente, necessita de perquirições de ordem jurídica, social e política. O que busca é iniciar a discussão entre os interessados pelo saber.

## 2 AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOECONÔMICOS: uma questão de cidadania

O mundo dos séculos XVIII e XIX estava centrado na Europa, embora os Estados Unidos avançassem mais e mais para, no século XX, se tornarem a grande potência mundial dos dias atuais (LIMA JÚNIOR, 2001). Como centro do mundo, os países europeus foram o palco de uma série de transformações que haviam se iniciado entre os séculos XVII e XVIII, com o advento do Iluminismo.

Advoga-se (COMPARATO, 1999) que o século XIX herdou muito da carga contestatória transformadora do século anterior, marcando suas tensões, porém, no campo social, para além do estritamente político. Nessa senda, Weis (2010) ensina que a realidade europeia do século XIX foi marcada pelo desenvolvimento do Capitalismo, em contraponto com o aumento das insatisfações de grandes parcelas da sociedade.

Ao voltarem à cena, os movimentos trabalhistas vieram com força suficiente para garantirem algumas conquistas, tendo por base, principalmente, a ideologia socialista. As "sociedades de trabalhadores" e, posteriormente, os sindicatos, se espelharam por todo o mundo desenvolvido (LEITE, 2010, p. 10)

Em que pese o reconhecimento do "problema social", este era enfrentado com repressão - particularmente quando se tratavam de reivindicações trabalhistas - e buscando afastá-los do convívio burguês<sup>1</sup>. O século XIX marca a consciência dos trabalhadores de que, para adquirirem direitos, precisavam se organizar e lutar.

Existe tradicional e corriqueira classificação doutrinária que identifica, com base em momentos sucessivos da História, três gerações distintas de direitos humanos: os direitos humanos de primeira, de segunda e de terceira geração. Fala-se ainda, em quarta (biodireitos) e quinta (direitos virtuais) gerações de direitos humanos (LEITE, 2010). Hodiernamente tem-se admitido que o termo "dimensão" poderia substituir, com vantagem lógica e qualitativa, o vocábulo geração, abrindo caminho para uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, cujas características básicas são a indivisibilidade e interdependência (BONAVIDES, 2010).

A temática dos direitos humanos (SILVA, 2010) está, intimamente, ligada à teoria geral da cidadania, a qual, por sua vez, encontra-se direta e indissolúvelmente associada ao ideal de preservação e respeito à dignidade da pessoa humana. (BANDEIRA DE MELLO, 2010)

Enquanto os direitos humanos de primeira dimensão são espécie de comando negativo (*status negativus*) (BOBBIO, 1992) imposto ao poder estatal, limitando a atuação deste em função

---

<sup>1</sup> Para os planejadores das cidades, os pobres eram uma ameaça pública, suas concentrações potencialmente capazes de se desenvolver em distúrbios deveriam ser cortadas por avenidas e bulevares, que levariam os pobres dos bairros populosos a procurar habitações em lugares não especificados, mas presumidamente mais sanitizados e certamente menos perigosos. (HOBSBAWN, Eric. A era do capital 1848-1875. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1966, p. 255-6 apud

das liberdades públicas asseguradas aos indivíduos, os direitos humanos de segunda dimensão impõem ao Estado uma prestação positiva (*status positivus*), no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo (LEITE, 2010).

Assim direitos econômicos são aqueles relacionados à produção, à distribuição e ao consumo de riqueza, visando, especialmente, a regular as relações trabalhistas. Tais direitos têm dimensão institucional, baseada no poder estatal de regular o mercado, em vista do interesse público (LEITE, 2010). Já os direitos sociais são aqueles que propiciam à pessoa a um padrão digno de vida, destacando-se a proteção contra a fome e a miséria, bem como os direitos à alimentação, vestuário) moradia, saúde, repouso, lazer e educação (BONAVIDES, 2010).

É nítida a forte interseção entre o direito do trabalho e os direitos humanos. Com efeito, o primeiro surge como resultado da compreensão da necessidade de regulamentação que garanta ao trabalhador, sobretudo o que é subordinado, sujeito de uma relação de emprego, condições mínimas de dignidade (CECATO, 2006).

É correta a assertiva de que a origem dos direitos sociais se confunde com a própria história do direito do trabalho. Os direitos sociais, ao lado dos econômicos e culturais, compõem o que Marshal (LEITE, 2010) denomina de cidadania social e econômica, que, por sua vez, poder ser compreendida como uma nova dimensão da cidadania no campo do trabalho e do emprego.

Aliás, a dificuldade não apenas de ordem conceitual, mas principalmente de ordem operacional, porquanto, como aponta Bobbio (1992), o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contras os direitos humanos, particularmente contras os direitos sociais, não é sua falta de fundamento, mas sua inexequibilidade (FEITOSA, 2006).

A Constituição Brasileira de 1988, alterando radicalmente a ideologia que foi observada nas Cartas pretéritas, tradicionalmente individualistas e que, por tal razão, excluía os direitos sociais do elenco dos direitos humanos, inseriu esses mesmos direitos (arts. 6º, 7º *usque* II; 170 *usque* 232) no rol dos direitos e garantias fundamentais (Capítulo II, do Título II, da CF)<sup>2</sup>.

Piovesan (1997) aduz que, nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Os direitos fundamentais deixaram de ser direitos do cidadão para se tornarem direitos da humanidade. A Constituição brasileira de 1988 é, pois, na sua essência uma Constituição do Estado Social (BONAVIDES, 2010), na medida em que preconiza, sob essa perspectiva, que os problemas atinentes a relações de poderes e exercício de direitos sejam examinados e solucionados tendo por norte os princípios e objetivos fundamentais positivados no seu Título I.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (TRINDADE, 1991) ganhou

---

<sup>2</sup>É importante ressaltar que o § 2º do art. 5º e o art. 7º *caput* da CF apontam no sentido de que o rol de direitos fundamentais não é *numerus clausus*. É o que a doutrina convencionou chamar de princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais.

notoriedade a ideia de constituição de um Pacto Internacional de Direitos Humanos destinado a detalhar os direitos, assim como a estabelecer mecanismos de exigibilidade em nível internacional (BRASIL, 1991). Nos tempos atuais, não se sustenta o entendimento que o direito seja instrumento de vontade individual.

A angústia e incerteza em razão da ineficiência de certa parte da máquina judiciária precisam ser revistas e analisadas com o norte da consagração do direito individual à atividade jurisdicional de razoável duração e a instrumentalização (processo eletrônico) que garanta a celeridade que a função jurisdicional necessita.

Nessa trilha, Dinamarco (2007) explicita seu entendimento de que o direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de vários tipos de conflitos, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas, como a de não ter sido respeitados os seus direitos sociais.

Ao adotar, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a Organização das Nações Unidas pretendeu, ao mesmo tempo, reconhecer que as flagrantes violações aos direitos humanos são resultado de colonialismo, neocolonialismo, *apartheid*, de todas as formas de racismo e discriminação racial, dominação estrangeira e ocupação, agressão e ameaças contra a soberania nacional, à unidade nacional e à integridade territorial e de ameaças de guerra e criar um instrumento que viesse a contribuir para o estabelecimento de circunstâncias propícias para o desenvolvimento de grande parte da humanidade, conforme dito no preâmbulo da Declaração (LIMA JÚNIOR, 2001).

Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vista, à erradicação de todas as injustiças sociais, tendo assim a declaração, elevado o direito ao desenvolvimento a patamar de direito humano inalienável<sup>3</sup>.

O Judiciário exerce papel fundamental, pois é este poder o responsável pela filtragem daquilo que poder ser concedido, ou não, ao indivíduo ou à coletividade, de acordo com os exames de necessidade, adequação e proporcionalidade, segundo o parâmetro do mínimo existencial e da efetiva possibilidade do orçamento público para a efetivação dos direitos socioeconômicos (LIMA JÚNIOR, 2001).

Oportunas são as colocações de Maia; Baracho (2007) para quem, no Brasil, o modelo de bem-estar foi constitucionalizado a partir de 1934 e, diferentemente da Europa, foi positivado sem grandes pressões populares. Atualmente grande parte desses direitos, apesar do desenvolvimento das leis infraconstitucionais, não se tornou realidade (DELGADO, 2009).

Estes direitos não representam nenhum luxo privado a um setor da sociedade, mas são

---

<sup>3</sup>Na visão de TRINDADE, a transcendência principal da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento radica possivelmente em seu reconhecimento como um direito humano inalienável.

essenciais para a dignidade humana e, assim, para o êxito dos esforços engrenados no sentido de realização plena dos objetivos constitucionais, na estrutura social. A complexidade de alguns direitos humanos exige que para eles sejam estabelecidos diversos níveis de exigibilidade. Desde políticas públicas sociais, passando pelo acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2004), até a sua efetivação pelo Judiciário.

Defende-se que as invenções de tecnologias, principalmente as da informação, devem ser utilizadas como modernizadora da sociedade. Tudo muda, não se pode ficar na mesma técnica de antes (DINAMARCO, 2007)<sup>4</sup>. Desmistificar a utilização de informática no direito e convidar a sua utilização é uma tarefa de muitos. A prestação jurisdicional ganha, então, destaque nesse mundo tecnológico. Portanto, o Direito Processual também deve se transformar, na tentativa de se adaptar às mudanças tecnológicas (ALMEIDA FILHO, 2010).

### **3 FUNÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O ACESSO À JUSTIÇA:** uma visão diante da concretização dos direitos laborais

Com o perpassar dos tempos, o processo tem evoluído na busca incansável pela solução mais célere, correta e segura dos litígios apresentados. Assim como a sociedade, também, vem mudando o seu modo de pensar e viver. Como é evidente, quando se diz que o processo não se presta somente à atuação da lei, não se quer desligá-lo do poder estatal ou afirmar que ele não é um instrumento da jurisdição (MARINONI, 2008).

A positivação dos direitos fundamentais, dentro do direito interno, permite que eles sejam cobrados perante os órgãos atuantes do Poder Judiciário. E qualquer direito necessita de garantias mínimas, no intuito de que sejam efetivados quando não satisfeitos. Assim repousa sua justiciabilidade, posta numa visão totalmente inserida com os ditames de princípios constitucionais.

Com as novas perspectivas do mundo moderno, em constante ebulição, a Ciência Processual ganha força na linha de pensamento do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo (BARROSO, 2008) e seu corolário, o Direito Processual Constitucional) desembocando nas correntes do neoprocessualismo.

Donizetti (2010) ensina que a lei, e isso não mais se discute, perdeu seu posto de supremacia. O pós-positivismo encara a lei em sua compreensão crítica e como consequência foi transposta a noção de Estado Legislativo de Direito, adotando-se o Estado Constitucional de Direito, ocupando o texto constitucional o centro do sistema normativo, dotado de intensa carga valorativa.

O neoconstitucionalismo (CANOTILHO, 2002) exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que

<sup>4</sup>Para Dinamarco, o juiz tem um papel muito mais do que atuar o direito concreto, mais do que dar apoio ao ordenamento jurídico e ao próprio Estado, que é ser fiel ao seu compromisso com a Justiça. Significa que o principal nas decisões judiciais seria a busca da Justiça, indefinidamente.

também pode ser entendida como "conformação da lei" (MARINONI, 2008).

Rocha (1995) argumenta que o modelo do juiz impessoal, mero aplicador mecânico de normas, embora elaborado para atender aos interesses do poder, foi, todavia, reaproveitado pelos juristas positivistas do século XIX, ou seja pelos juristas burgueses, através dos quais chegou até o século XX.

### 3.1 PARTICIPAÇÃO ATRAVÉS DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO: universalidade do acesso à justiça

Existe um grande número de procedimentos judiciais destinados a permitir a participação do cidadão no poder e na vida social. Como a cidadania exige abertura para a participação nas discussões de relevo rara a sociedade, não há como o processo judicial se eximir da sua responsabilidade, deixando de contribuir para otimização da participação e do próprio acesso à justiça. Fala-se muito em integração da sociedade com o Poder Judiciário.

Canotilho (2002) engloba, na ideia do direito a procedimento justo, o direito está intimamente ligado ao procedimento capaz de permitir a participação de todos. Assim expõe que esse direito implicará a existência de procedimentos coletivos, possibilitadores da intervenção coletiva dos cidadãos na defesa de direitos econômicos e sociais de grande relevância à existência coletiva. O processo (CANOTILHO, 2002), mais do que instrumento do poder, é instrumento para a participação no poder, contribuindo para otimização da participação do povo ou, em outros termos, para realização efetiva dos direitos constitucionalmente reconhecidos e pela lei assegurados.

Não se poderia deixar de mencionar a teoria tridimensional de Reale (1994), para quem é preciso reconhecer-se a necessidade dos princípios éticos, o que explica o frequente apelo que se volta a fazer as ideias como a de equidade, probidade, boa-fé, dentre outros, a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado em razão de suas circunstâncias.

O acesso à justiça deve significar não apenas ter direito ao processo justo, ao devido processo legal, mas também, e principalmente, a garantia de uma Justiça imparcial, igual, contraditória, dialética e cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do Juiz (MARINONI, 2008).

De sorte, tais ditames podem ser faticamente facilitados, em sua concretude, através do processo eletrônico, caracterizado pelo rito automatizado vestido de tecnologia da melhor qualidade a fim de erradicar a burocracia, a lentidão, o descaso com o jurisdicionado e a falta de transparência no andamento processual, proporcionando, por conseguinte, o surgimento de uma nova era para o Judiciário e para o Brasil como um todo. A estratégia (VIEIRA, 2007) é tornar a Justiça mais ágil,

mais moderna e mais eficaz.

Pode-se afirmar que o acesso a justiça, como meio complexo e pleno de realização de direito, não apenas da tutela judicial a que se pleiteia, mas também e, principalmente, como forma de atuar (participar) decisivamente para o atingimento do fim a que o direito colima que é a justiça social - proporciona enormes possibilidades de buscar a solução no Judiciário dos conflitos advindos das relações sociais.

Seguramente um grande desafio está posto. Trata-se da equalização de dois valores: tempo e segurança e justiça. A decisão judicial deve compor o litígio em um menor intervalo de tempo possível. Entretanto, deve-se respeitar as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais certamente não haverá decisão segura. A Celeridade não pode ser misturada com precipitação, bem como segurança não deve ser confundida com eternização. Em qualquer situação deve ser assegurado o maior valor da justiça, pautada nos ditames de equidade e preocupação social de realização dos direitos.

O processo judicial deve garantir a todos o acesso e, é nessa visão que se verifica a necessidade de desburocratização dos procedimentos, na busca da essencialidade nos serviços prestados, para vencer o que Cappelletti; Garth (2004) chama de obstáculo processual. Na sociedade em rápida transformação, o passo do legislador, embora trôpego, deve fazer o possível para acompanhar a realidade.

No campo trabalhista, o que se chama de acesso à justiça fica quase que limitado aos trabalhadores desempregados, no momento em que não têm mais nada a perder, afinal durante a relação de emprego é impossível, reclamar na Justiça ou fora dela (DELGADO, 2007).

Diante de todas essas mazelas apontadas, parece que a busca da realização dos direitos sociais através do Poder Judiciário Trabalhista está distante de ser vista na sua máxima efetividade, não olvidando que há direitos que o Direito do Trabalho protege, com leis modernas e normas garantidoras, tanto na seara processual como material, de cunho constitucional e garantista, mas que amargam inefetividade ante às forças empresariais donas do capital.

Toda Justiça que não soluciona seus litígios dentro de um prazo razoável configura-se com uma Justiça inacessível (CONVENÇÃO, 2009). Rui Barbosa já dizia que Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

No Brasil de hoje (TUCCI, 2010), não se tem qualquer perspectiva de solução, em médio prazo, para a alarmante demora do processo. Enquanto persistir a falta de obstinação política para minimizar esse gravíssimo inconveniente, só resta aguardar os resultados advindos do movimento instrumentalista materializados nas recentes reformas que tendem a modernizar o direito processual.

A tempestividade da tutela jurisdicional está entre os denominados Direitos Humanos,



explicitamente ou implicitamente, dentro de um amplo conceito constitucional de acesso à Justiça (SILVA, s/d). Deve-se ressaltar que, mesmo antes da Emenda à Constituição nº 45/2004, o art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil estabelecia que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Entende-se que com o advento da EC/45, a adoção do processo eletrônico não mais é uma faculdade do Poder Judiciário, mas um dever constitucional, e uma garantia ao cidadão. Em sintonia com os ditames da referida emenda, tem-se as iniciativas de alteração de normas e conjugação de esforços, como no Pacto Republicano em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, assinado pelo Presidente dos 3 Poderes da República, do qual destaca-se o seguinte trecho:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços sejam estimulados.(BRASIL, s/d)

Desse caldeirão de modificações legislativas, surge concretamente um maior compromisso no que toca à instrumentalidade do processo (SILVA, 2009), buscando-se superar barreiras econômicas e jurídicas antepostas ao livre e célere acesso à justiça, problemas que custam caro ao país e que "retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam os investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático"(PORTAL STF).

A crescente demanda processual e a não modernização do Judiciário impedem que os gritos da sociedade sejam atendidos em um tempo razoável (SIMÕES, 2010). O relatório enviado da Organização das Nações Unidas, por Leandro Despouy (ALMEIDA FILHO, 2010), traz dados preocupantes em relação à morosidade da Justiça - o que é de conhecimento geral a todos. Em entrevista<sup>5</sup> à imprensa nacional, ele destacou que grande parte da população, por razões de ordem social, econômica ou exclusão não tem acesso à prestação jurisdicional. Essa situação se vê agravada quando se trata de grupos particularmente vulneráveis como: crianças, idosos, indígenas, homossexuais, transexuais, quilombolas, negros, e os movimentos sociais, como trabalhadores sem terra, os ambientalistas, entre outros.

É sabido, e isso não vem ocorrendo de hoje, que grande parcela da população já possui acesso à internet (PORTAL DO IBGE), mas somente a utiliza para jogos, edição de texto e

<sup>5</sup> Entrevista. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/arquivos/coletiva\\_Despouy2.doc](http://www.pnud.org.br/arquivos/coletiva_Despouy2.doc)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

documentos, dentre outras atividades ligadas essencialmente ao lazer. A distância entre acesso e exclusão é muito grande neste país e por mais que se criem mecanismos novos, é preciso estar atento à população mais carente. A ideia de processo eletrônico, nessa ótica, não acabará com esta distância, mas é a esperança de uma Justiça mais rápida e funcional.

Com a adoção do Processo eletrônico, grande parte da população poderá ser excluída. Mas o mesmo ocorre em relação à arbitragem e outros meios mais céleres e acessíveis de solução de conflitos, já que nem todos têm condições de ter acesso a estes meios alternativos, bem como tem condições culturais de compreender seu funcionamento e a sua importância para a realização dos direitos (em especial o acesso à justiça). Ocorre, contudo, que esta exclusão, que é meramente digital, não importará em uma exclusão em termos de conquista de cidadania (ALMEIDA FILHO, 2010), já que para a realização da cidadania plena, todas as conquistas garantidas pelo Estado se tornam um acúmulo de realizações e instrumentos prontos para serem exercidos pela sociedade.

O sistema judicial brasileiro está em séria crise (assim como a própria estrutura de poderes). O Judiciário, como está hoje é ineficiente, não consegue, em um tempo razoável, oferecer uma resposta às demandas que lhes são postas. Ponciano (s/d) analisa a crise do Judiciário apontando que questão da necessidade de reforma do Poder Judiciário tem sido colocada no centro dos debates jurídicos, políticos e sociais, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, pelo fato de esta ter contribuído para o surgimento de várias demandas sociais reprimidas e ampliação do acesso à justiça, gerando o protagonismo do Poder Judiciário.

Deve-se fazer do processo, além de uma forma de eliminar o conflito, um meio efetivo para a realização da justiça. Efetividade processual é efetividade das decisões, ou seja, capacidade de buscar um efeito que se deseja (PONCIANO, s/d).

Há falta de vontade política para redução da demora processual. Na maioria das demandas nas quais participa o Poder Público, o Governo se beneficia da morosidade Processual (MARINONI, 2008). A necessidade de uma mudança de papel do Judiciário diante da lei é uma exigência das pressões sociais, que reclamam por uma adaptação de suas funções às novas necessidades decorrentes das transformações científicas, tecnológicas, sociais, políticas e econômicas, ocorridas nas últimas décadas (ROCHA, 1995).

De qualquer modo, é importante que a sociedade brasileira tenha despertado para a questão da democratização do acesso à justiça e da eficiência do Poder Judiciário, especialmente no tocante à morosidade, passando a exigir que a atividade jurisdicional acompanhe a dinâmica do mundo moderno, a fim de atender às necessidades sociais emergentes numa nova ordem democrática, considerando a sua função social e a importância da justiça no Estado Democrático de Direito contemporâneo (PONCIANO, s/d).

O Banco Mundial possui um programa com o escopo de estudar o Judiciário na América

Latina, estudo esse iniciado em meados da década de 80. Em um dos seus relatórios (DAKOLIAS, 1996) ficou constatado que o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade.

A utilização das tecnologias viabiliza uma racionalização e facilitação de procedimentos dos serviços judiciários, auxiliando na ampliação do acesso à justiça e à celeridade processual. É necessário uma Justiça mais democrática, menos burocrática, mais justa, mais humana, e tudo isso depende, basicamente de uma nova mentalidade em relação às demandas apresentadas e a maneira mais profícua e justa solucioná-las.

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Cezar Peluso, apresentou, em 14 de setembro de 2010, o relatório "Justiça em Números 2009", as despesas da Justiça brasileira que somaram R\$ 37,3 bilhões em 2009. No entanto, 71 % dos processos que deram entrada na Justiça no ano passado não foram solucionados (UCHINAKA, 2010).

Alves (1994) faz um questionamento de grande valia, não deixando, porém sem resposta. Estou certa de que só o amadurecimento político das elites será capaz de solucionar a questão que se destaca agora: Qual o papel do Poder Judiciário no contexto nacional?

E responde que, sem paixões, interesses ou ressentimentos do presente, é preciso vencer o imobilismo, a perplexidade, sacudir a poeira, o tempo e proclamar que o Judiciário, modernamente, tem de assumir necessariamente o papel de poder político, inserido nas injunções, embates e crises da Nação.

#### **4 INFORMATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E A GARANTIA DO CIDADÃO À JUSTIÇA CÉLERE**

Na busca da democracia e do Estado de Direito juridicamente organizado, é de extrema importância que a evolução do sistema operacional aconteça. O atraso tecnológico do Judiciário é imenso e, embora alguns avanços venham ocorrendo nos últimos tempos, nada de mais concreto e transformador foi feito para a otimização dos recursos a fim de ampliar a produtividade, consoante os ditames mais abrangentes de eficiência, celeridade, corolários da razoável duração do processo e do acesso à justiça (CHAVES JÚNIOR, 2010).

A visão instrumental do processo impõe uma distinção entre o processo e o procedimento eletrônico. Dinamarco (2009) manifesta-se no sentido que o poder Estatal democrático exerce-se mediante um procedimento realizado em contraditório na defesa do direito material.

O procedimento é o lado real e, com o advento da técnica eletrônica, virtual do processo. A hermenêutica instrumental da Lei nº 11.419/06 conceitua o processo com uma entidade mais

complexa do que, simplesmente, uma sucessão de atos (CHAVES JÚNIOR, 2010). Nessa ótica, o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo, isto é, trata-se de sua manifestação extrínseca, sua realidade fenomenológica perceptível.

Ao informatizar o processo judicial, a Lei nº 11.419/06 prestigia a instrumentalidade, facilita o contraditório e, por conseguinte, facilita a efetivação dos direitos socioeconômicos e legitima-se pela capacidade de melhorar seus serviços à comunidade. No TRT da 13ª Região-PB é possível o acesso eletrônico ao termo de audiência, sentenças e despachos judiciais em tempo real, dentre outros autos do juízo, ou seja, pode-se fazer *vista eletrônica* aos autos, em qualquer lugar, em qualquer hora.

Desta forma, o Estado, ao permitir o uso virtual de atos e transmissão de peças processuais, exerce plenamente sua função fundamental de promover a realização da justiça por meio do contraditório e a ampla defesa. Neste contexto, a função jurisdicional atende aos preceitos da instrumentalidade do processo, haja vista que, além de garantir uma resposta mais rápida, econômica e transparente ao direito material violado ou ameaçado, permite um contraditório menos formal e mais intenso na busca da pacificação dos conflitos e legitimação de seu poder político jurisdicional (CHAVES JÚNIOR, 2010).

#### 4.1 TRAMITAÇÃO PROCESSUAL ELETRÔNICA NO CONTEXTO DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOECONÔMICOS

Historicamente, os direitos econômicos e sociais foram (e, de certa forma, continuam sendo) aqueles que dificilmente vêm a ser reconhecidos e efetivados, a não ser mediante eficiente pressão social. Não basta serem proclamados. Importa virem acompanhados de devidas e eficazes garantias. Atualmente a ampla maioria da população não recorre ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. Isso ocorre devido a uma série de fatos estruturais e sociais, como os poucos recursos financeiros, a não informação sobre a titularidade de direitos e a falta de confiabilidade na Justiça em sua teórica capacidade de efetivá-los.

A prestação jurisdicional e seus instrumentos devem ser adaptados às novas situações da sociedade. O importante é a busca da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. A sumarização da cognição e do procedimento no processo de conhecimento, a ampliação da aplicabilidade da execução imprópria (mandamental), a admissão da contumácia como fator de aceleração de rito levam aos objetivos da celeridade e efetividade tão almejadas (SILVA, s/d).

Dinamarco (2009), difunde a tese de que o processo é meio, instrumento de efetivação, não só dos direitos materiais, mas também, dos valores sociais e políticos, ou seja, ressaltou a importância do processo para a garantia dos escopos sociais e jurídicos.

É com entusiasmo que adveio da lei nº 11.419 de 19 de setembro de 2006, cujo principal

foco é disciplinar o processo eletrônico, minando as resistências, reduzindo os custos, acarretando celeridade e economia processuais, na medida em que o papel de existir e o armazenamento de toda a informação -do início até o final do procedimento - acontecem pela via eletrônica.

Nos presentes dias, a Justiça Laboral vem sendo procurada com maior frequência para dirimir lides que ultrapassam os modelos tradicionais, já vez que a realidade social passou por grandes transformações neste final de século, em decorrência da denominada globalização da economia. A virtualização da Justiça do Trabalho é fruto de anos de estudos e de investimentos maciços em equipamentos e *softwares* com o objetivo de criar uma infraestrutura que viabilizasse a completa informatização dos processos.

A integração de toda a Justiça do Trabalho exige uma padronização (de equipamentos, de sistemas, de procedimentos e de rotinas de trabalho) que alcance as 1.378 Varas do Trabalho, os 24 Tribunais Regionais do Trabalho e o próprio Tribunal Superior do Trabalho, além do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (SIMÕES, 2010).

A informatização dos Processos brasileiros foi normatizada com a Lei nº 11.419/2006, que entrou em vigor no dia 20 de março de 2007, trazendo inovações: o uso de meio eletrônico na tramitação de Processos Judiciais; a comunicação de atos e transmissão de peças processuais; o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais, com assinatura eletrônica; autorização aos Tribunais à criação de Diários Oficiais eletrônicos para publicações dos atos processuais e outras comunicações; validade de intimações por meio eletrônico; autorização aos Tribunais à possibilidade de desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais, podendo elas serem total ou parcialmente encaminhadas por via eletrônica; o reconhecimento, como originais, dos documentos produzidos eletronicamente e juntados aos Processos eletrônicos, com garantia da origem e de seu signatário (SILVA, s/d).

Para ser justa e efetiva a tutela jurisdicional dever ser prestada dentro de um prazo razoável, atributo perseguidor por diversas medidas engrenadas, sem, no entanto, lograr êxito, consoante assevera Theodoro Júnior (2008), é preciso conscientizar que o aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis.

A ideia a defendida aqui é a de suporte a um judicialismo de defesa dos direitos fundamentais, que é, portanto, a de um Judiciário ativo, que, principalmente através da justiça constitucional, busca a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas formulas das Constituições, seriam fria e estática irreabilidade.

Ao delinear a Lei nº 11.419/06 em 22 artigos, buscou o legislador objetividade, consistência e, acima de tudo, transparência na precisão do informe catalogado no diploma normativo. Concretamente, os elementos do processo por meio eletrônico transmitem, desde a inicial até a

decisão final com o trânsito em julgado, um série de etapas e procedimentos, livres de papel, ou de volumes, o que é essencial para o reconhecimento da credibilidade de um Judiciário de amplo acesso democrático.

Apesar de tão festejadas essas características por ampla parte da sociedade, o processo eletrônico também tem sido alvo de algumas críticas, especialmente da OAB, que já ingressou no STF com três ADIs (ADI 3869, ADI 3875 e ADI 3880) visando à declaração de inconstitucionalidade de trechos de leis que (disciplinam o processamento eletrônico dos atos judiciais, notadamente os da Lei nº 11.419).

As alegações da Ordem dos Advogados, em apertada síntese, variam desde o impedimento do direito ao livre exercício da profissão à obstrução da publicidade dos atos processuais. Mas, na realidade, subjacente a todas elas, estão interesses pequenos, pontuais e corporativistas, não condizentes com a histórica postura vanguardista, democrática e defensora da sociedade, característica da Ordem dos Advogados do Brasil (SILVA, 2009).

O novo Código de Processo Civil se conforma a essa nova perspectiva de evolução no processamento e julgamentos das ações judiciais, com adaptação ao meio eletrônico de alguns procedimentos adotados pelo Judiciário (NOVO CÓDIGO, s/d).

O Sistema Unificado de Administração de Processos (SUAP) do TRT da 13ª Região foi a solução pioneira em processo eletrônico da Justiça do Trabalho brasileira (SILVA, 2009). Instalada a primeira vara totalmente eletrônica em maio de 2008, na cidade de Santa Rita, na Paraíba, os benefícios característicos desse instrumento puderam ser sentidos rapidamente. O balanço anual de funcionamento revelou que a principal vantagem foi, sem dúvida, a agilidade, havendo uma redução de 48 para 12 dias nos prazos médios de tramitação, da entrada da petição inicial até a audiência. O prazo de conclusão para despacho, p. ex., caiu para 24 horas, em contraste com a demora anterior de três a cinco dias. Do despacho até o cumprimento, levava-se de dois a quatro dias, agora isso é feito de 24 a 48 horas (PORTAL DO TRT).

Além da redução de prazos, outra vantagem foi a diminuição de gastos. Houve um decréscimo significativo no uso de papel, saindo de 10 resmas para quase duas mensalmente, uma vez que ainda é necessário o envio da primeira intimação ao reclamado e alvarás e ofícios às instituições externas. Os *toners*, que duravam até 45 dias, hoje ultrapassam os seis meses. Outra economia considerável foi com os Correios e Telégrafos (PORTAL DO TRT).

O processo eletrônico também está sendo fundamental na eliminação de barreiras geográficas. Devido à ampla mobilidade proporcionada aos atores processuais, foi possível realizar a primeira correição eletrônica a distância de que se tem registro na Justiça Laboral.

Outra vantagem obtida pelo jurisdicionado é a possibilidade de simplificação da linguagem forense. Qualquer cidadão que consultar uma ação trabalhista no portal do Tribunal do Trabalho da

Paraíba terá a interpretação da linguagem jurídica sobre as movimentações do processo em termos mais usuais e acessíveis, num verdadeiro exemplo de facilitação ao acesso à justiça.

Esse momento que o TRT está vivendo é histórico para o Poder Judiciário do Brasil, já que a Paraíba será a única Região a ter todas as suas unidades judiciárias tramitando processos apenas em meio eletrônico. A celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, com a integração de todas as ferramentas processuais, inclusive penhora on-line, Bacenjud<sup>6</sup>, Renajud<sup>7</sup> e cartórios on-line, permitirá ao Judiciário atingir um grau de eficácia jamais visto.

Almeida Filho faz lembrar que quando tudo muda a nossa volta, não podemos ficar na mesma. A informática não é um vírus que infectou alguns pretensos iluminados no final do século passado: é uma realidade. É um fato, que o tempo apenas irá consolidar. O surgimento da internet está a revolucionar o mundo em geral, não podendo o mundo jurídico permanecer no claustro da indiferença (ALMEIDA FILHO, 2010).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se fortalecer, no âmbito da discussão travada nesse trabalho, uma perspectiva integral dos direitos humanos socioeconômicos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

De tudo que foi debatido até aqui, conclui-se que a efetivação dos direitos não é tarefa que possa ser levada a cabo por uma única via, por um único instrumento. Jamais se defenderá essa linha de raciocínio. Desde a sua afirmação constitucional, é preciso percorrer um longo caminho espinhoso e tortuoso até sua efetiva entrega aos destinatários finais.

A plena efetividade dos direitos socioeconômicos somente será possível mediante um enfoque teórico-prático que reconheça sua interdependência, unido de um sistema arrojado e moderno, comprometido com a evolução técnico-científica, com diversas características, permitindo a participação de todos.

O processo eletrônico aparece como mais um instrumento, e não único, à disposição do sistema judiciário, provocando desafogamento, diante da possibilidade de maior agilidade na comunicação dos atos processuais e de todo o procedimento.

---

<sup>6</sup>É um sistema eletrônico de relacionamento entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, intermediado pelo Banco Central, que possibilita à autoridade judiciária encaminhar requisições de informações e ordens de bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados.

<sup>7</sup>O Sistema RENAJUD é uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, possibilitando consultas e o envio, em tempo real, de ordens judiciais eletrônicas de restrição e de retirada de restrição de veículos automotores na Base Índice Nacional (BIN) do Registro Nacional de Veículos Automotores - RENAVALAM

A prestação jurisdicional e seus instrumentos devem ser adaptados às novas situações da sociedade. O importante é a busca da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. A celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, com a integração de várias ferramentas e de todo Poder Judiciário, permitirá ao sistema jurídico atingir um grau de eficácia amais visto.

Defende-se que não se tem sistema perfeito, ou sistema final. Certamente a tecnologia da informação fará com que o processo eletrônico judicial propicie uma maneira mais livre, mais acessível e transparente, com inúmeras vantagens para que se chegue à efetivação de direitos, pondo fim na solução dos conflitos.

Os preceitos da tecnologia, bem aplicados ao processo judicial eletrônico diminui prazos e reduz custos, assegura maior transparência nas transações, amplia o conceito e concretização do que é acesso à justiça e ainda contribuiu positivamente na melhoria da prestação jurisdicional, na medida em que o indivíduo é inserido no seu lugar devido proporcionando-lhe o labor de atividades majoritariamente intelectuais e deixando as ações estritamente mecânicas, à máquina, Entretanto verificou, também, que a informatização, por si só, não gera eficiência, devendo haver a utilização de sistemas integrados e céleres.

Porém fica claro que o sistema eletrônico, junto com a operante Justiça do Trabalho, têm contribuído irremediavelmente na efetivação dos direitos socioeconômicos e, via de consequência, na busca de uma sociedade mais justa e humana.

Deveras, conforme explanado nesta breve análise, mostram-se de suma importância as contribuições e vantagens do Processo Judicial eletrônico, na proporção que promove, dentre inúmeras características profícuas, a modernização do Poder Judiciário sem, entretanto, causar nenhuma violação aos direitos do cidadão ou infringência aos ditames principiológicos estabelecidos na Lei Maior.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de. **Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVES, Eliana Calmon. A crise do poder judiciário. **Correio Braziliense**, Brasília, 18 abr. 1994. Caderno Direito e Justiça, n. 11310, p. 3. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/57/Crise\\_Poder\\_Judici%C3%A1rio.pdf?sequence=5](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/57/Crise_Poder_Judici%C3%A1rio.pdf?sequence=5)>. Acesso em: 01 set. 2010

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em <<http://www.calendario.cnt.br/ruibarbosa.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2010

BARACHO, Hertha Urquiza; MAIA, Mário Sérgio Falcão. A efetividade dos Direitos Sociais no Brasil: comentários sobre o papel do Judiciário. **Prima Facie** – Direito, História e Política. João Pessoa. v. 6, n. 10, jan. - jun. 2007. ISSN 1678-259. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/issue/view/522>>. Acesso em 18 out. 2010.

BARROSO Luiz Roberto (Org). A nova interpretação constitucional. In:\_\_\_\_\_. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria e crítica do pós-positivismo)**. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e Republicano**. disponível em < [www.mj.gov.br/reforma/pacto.htm](http://www.mj.gov.br/reforma/pacto.htm) >. Acesso em: 01 de set. 2010.

BRASIL. Senado Federal. Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996). Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 dez. 1991. Disponível em: [http://www.interlegis.gov.br/processo\\_legislativo/copy\\_of\\_20020319150524/20030616104212/20030616110115/](http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616110115/)>. Acesso em: 01 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/PactoRepublicano.pdf> > . Acesso em: 01 set. 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 2 ed. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CECATO, Maria Áurea Baroni. A relativa relevância da Declaração de 1998 da OIT para a definição dos direitos humanos do trabalhador. **Prima Facie** - Direito, História e Política, João Pessoa, V. 5, No 8 (2006), jul-dez. 2006. ISSN 1678-259. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/index/search/advancedResults>>. Acesso em 18 out. 2010.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010.

COMPAPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONVENÇÃO Europeia para Proteção dos Direitos Humanos. Art. 6º, parágrafo único. Disponível em : <<http://reservadejustica.wordpress.com/2009/06/08/convencao-europeia-de-direitos-humanos-e-protocolos-adicionais/>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para reforma**. Washington, D.C.: Banco Mundial, 1996. (Relatório Técnico n. 319). Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/document0318.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Ubiratan Moreira. As garantias dos Direitos Sociais e as dimensões de sua efetividade. **Revista da ESMAT 13 - Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba**, n. 1, p. 31-47, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2009

DONIZETTI, Elpidio. **O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/aviso/2010/at108\\_06\\_1\\_O\\_discurso\\_elpidio\\_donizetti.pdf](http://www.tjmg.jus.br/aviso/2010/at108_06_1_O_discurso_elpidio_donizetti.pdf)>. Acesso em 1 ago. de 2010.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. **Prima Facie - Direito, História e Política**, João Pessoa, v. 5, n. 8, jul.-dez. 2006. ISSN 1678-259. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/issue/view/520>>. Acesso em 18 out. 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lume Júris, 2010.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2008.

Novo Código de Processo Civil se adapta ao processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.nucleodedireito.com/clicques/o-novo-codigo-de-processocivil-se-adapta-ao-processo-eletronico/>>. Acesso em: 30 set'010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. **Morosidade do Poder Judiciário: prioridades para a reforma**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/4118/3522>>. Acesso em 02 set. 2010

Portal do IBGE. **Acesso à internet**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoainternet/comentarios.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2010

Portal do TRT 13ª Região. **Processo eletrônico já demonstra rapidez e economia para o TRT**. Seção Notícias. Disponível em: <http://www.trt13.jus.br/engine/interna.php?tit=Not%EDcias&pag=exibeNoticias&codNot=1480>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

Portal do TRT 13ª Região. **Vara eletrônica completa um ano e prazo de julgamento cai 12 dias**. Seção Notícias. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br/engine/interna.php?pag=exibeNoticias&codNot=1429>>. Acesso em: 10 ago. 2010

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995

SILVA, Dejamir da. **Aplicação da tecnologia eletrônica na prestação jurisdicional: a celeridade e a segurança jurídica na busca da efetividade processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Samuelson Wagner de Araújo. O processo eletrônico e seus reflexos na celeridade processual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. João Pessoa, v.16, n.1, p. 159-170, 2009

SIMÕES, José Ivanildo. **Processo virtual trabalhista**. São Paulo: LTR, 2010

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2008.

TRINDADE; Antônio Augusto Cançado. **A proteção Internacional dos Direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

UCHINAKA, Fabiana. **Judiciário brasileiro gasta R\$ 37,3 bilhões por ano, mas 71 % dos processos continuam sem solução**. Do UOL Notícias. Em São Paulo Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/09/14/judiciario-brasileirogasta-r-373-bilhoes-por-ano-cerca-de-12-do-pib-nacional.jhtm>>. Acesso em: 20 set. 2010.

VIEIRA, Isabela. **Presidente do STF defende o acesso à Justiça como condição para democracia**. Notícias da EBC - Empresa Brasil de Comunicação. Na Internet. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/10/18/materia.200710-18.2369690579/view>>. Acesso em 10 set 2010.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

# JUSTA CAUSA POR EMBRIAGUEZ – NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS POSTULADOS DE DIREITOS HUMANOS

**Jaciana da Silva Oliveira**

Aluna do 9º período do curso de Direito do IESP

**Thayse Vilar de Holanda**

Aluna do 9º período do curso de Direito do IESP

**Jose Neto Barreto Júnior**

Especialista em Processo Civil e Direito Penal; mestrando em Direito Econômico / UFPB professor do Centro Unioversitário de João Pessoa e Advogado;

## RESUMO

O conteúdo apresentado constitui uma análise hodierna ao estágio jurisprudencial e doutrinário concernente a regra insculpida no art.482, “f” da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e sua aplicabilidade atual quando a análise da situação fática postula o respeito a Dignidade da Pessoa Humana, tanto como direito fundamental, uma vez que encartado no art.5º da Constituição Federal de 1988, quanto no que se refere a sua denominação no plano internacional como Direito Humano, acrescida ainda da interpretação gramatical do texto Consolidado.

**Palavras-chave:** Alcoolismo nas Relações de Trabalho. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

The content analysis is presented today to the stage jurisprudence and doctrine concerning the rule inscribe in art. 482, “f” Consolidations of Labor Laws – CLT and its applicability when the current factual situation analysis postulates the respect of Huma Dignity both as a fundamental right, as na insert in art. 5 of the Federal Constitution of 1988, as in the case its name internationally as a Human Right, plus even the grammatical interpretation of the Consolidated text.

**Key words:** Alcoholism in Labor Relations. Human Dignity. Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Construído em face da problemática evidenciada pelo crescente número de trabalhadores acometidos de alcoolismo aos quais o tratamento dispensado não condiz com seu estado de doente, possui o escopo fundamentar a inaplicabilidade do art.482, “f” da CLT ao referenciado indivíduo.

O presente enfoque alcança a imprescindibilidade do ambiente laboral e as relações ali desenvolvidas, sob a ótica da hipossuficiência do empregado, da função social da empresa privada e da responsabilidade do Estado no auxílio ao segurado incapacitado para o trabalho, todos, em atenção a problemática evidenciada no descarte da mão de obra por esta não mais apresentar as

características necessárias a continuidade de venda de sua força de trabalho. Convém destacar que a hipótese de estudo alcança o indivíduo acometido de alcoolismo, bem como que o escopo pretendido refere-se a não aplicabilidade do disposto na CLT na hipótese de diagnosticada a moléstia.

Estruturada em quatro pilares centrais, a presente análise foi disposta inicialmente sob a concepção contemporânea dos direitos fundamentais, conforme corrente majoritária do Direito Pátrio no que refere a positivação constitucional do que no plano internacional denomina-se Direitos Humanos. Posteriormente adentramos na necessidade de observação dos postulados internacionais dentro da jurisdição doméstica, alcançando a análise interpretativa do denominado embriaguez pela CLT, sua estrutura e modo de manifestação contumaz ou não, ao que acrescentamos a posição jurisprudencial quanto ao tema. Concluídas as citadas abordagens nos reportamos a uma adequada interpretação, em face dos postulados fundamentais elencados, não nos esquivando em evidenciar o caráter discriminatório direcionado ao trabalhador alcoólatra na hipótese da resolução contratual que advir de razões provenientes de manifestações do seu estado de saúde.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO AMBIENTE LABORAL**

A expressão direitos humanos foi consagrada nos textos de direito internacional, justamente porque se objetivou uniformizá-los em todo o mundo a partir de “parâmetros ocidentais”, no Direito pátrio a corrente majoritária opta pela denominação Direitos Fundamentais, a qual nos filiamos.

O movimento de internacionalização dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, surgido no pós 2ª Guerra Mundial, como resposta às agressões aos direitos humanos, cujo grande algoz era o próprio Estado, e esforço em torná-los o grande paradigma ético de orientação da ordem internacional nasce como uma tentativa humanitária capaz de inverter a lógica da barbárie de descartabilidade da pessoa humana, cujo auge se deu com as atrocidades cometidas durante o Nazismo.

Nesse pós guerra, dois movimentos político jurídicos começaram a se dar, de um lado as constituições dos estados ocidentais passaram a apresentar em seus textos os princípios e valores humanos e do outro a ordem internacional construiu textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente a Declaração Universal de 1948, reforçada pela Declaração dos Direitos Humanos, de Viena em 1993.

Deu-se o início da construção do sistema normativo de proteção aos direitos humanos, no âmbito do Direito Internacional, e do garantismo constitucional estruturado nas teses de Luigi Ferrajoli, segundo o qual a construção das molas mestras do estado de direito, que tem por fundamento a tutela do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder. A partir

dali tal movimento surge como embrião de um pretense constitucionalismo internacional ou mundial, cujo foco principal seria limitar o poder do Estado e tutelar os direitos, por meio da ampla proteção, notadamente àqueles que são os fundamentais nas ordens domésticas e cujo núcleo é de direito humano.

A partir de então, especialmente com a Declaração Universal de 1948, inaugurou-se um processo de universalização ou internacionalização normativa de regras concernentes aos direitos humanos em um movimento de formação do sistema global de proteção. Para Piovesan (2008, p. 6):

É integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”.

Nesse sistema, o valor da Dignidade Humana é alçado à condição de “superprincípio”, verdadeiro postulado, a orientar o constitucionalismo pós segunda guerra, onde se insere o constitucionalismo brasileiro.

A nova ideia é a de que os direitos humanos não devem mais delimitação a ordem interna dos Estados. Hodiernamente, a forma como os Estados tratam o ser humano nacional (integrado à jurisdição local), ganha interesse internacional.

É necessário ressaltar que o sistema doméstico e o internacional não se opõem. Há entre eles uma complementaridade, de maneira que o indivíduo passe a ter tanto a proteção nacional, enquanto cidadão, como a proteção internacional enquanto “membro da família humana”<sup>1</sup>.

Grande contribuição trouxe a Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, no sentido de ratificação dos postulados encartados na Declaração de 1948: positivou as características fundamentais desses direitos, quais sejam: a sua universalidade, a sua interdependência e o seu inter-relacionamento<sup>2</sup>.

É em relação a essas características dos direitos humanos, e com base na importância que assumem no cenário global desde o pós-guerra, relativizando inclusive as soberanias domésticas, que a análise do presente trabalho se funda.

Para Bobbio (1992, p. 28) “somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns.”

A característica da interdependência do direito humano se dá no tocante as relações íntimas e indissociáveis entre esses direitos. Não se pode garantir a dignidade humana sem que se tenha tutelado o direito à vida ou ao trabalho, por exemplo.

<sup>1</sup> Expressão utilizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>2</sup> Parágrafo 5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993)

Assim, nesse contexto, avaliaremos a necessidade de adequar à aplicação da justa causa, cuja base é a embriaguez habitual ou em serviço, aos postulados do Direito Internacional do direito humano, especificamente quando essa embriaguez for oriunda da doença alcoolismo.

## 2.1 EMBRIAGUEZ HABITUAL OU EM SERVIÇO<sup>3</sup>

Cabe-nos ressaltar que a embriaguez pode decorrer do uso de substâncias diversas do álcool, inclusive as entorpecentes, no entanto nos limitamos na presente análise aquela decorrente da ingestão de bebida alcoólica por indivíduo acometido do mal alcoolismo.

Uma segunda ressalva se faz necessária, qual seja: aquela que concerne a diferenciação conceitual existente entre embriaguez alcoólica habitual e embriaguez em serviço. “Haverá embriaguez alcoólica quando o indivíduo, intoxicado, perde o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência tarefa a que se consagra” (CARRION, 2009, p.383). A embriaguez em serviço constitui aquela “que acontece no ambiente laborativo, na execução do contrato, ainda que por uma ou poucas vezes. (...) A embriaguez habitual, seria a que ocorre, mesmo sem relação alguma com o serviço (...), porém repetidas vezes dentro de um curto espaço de tempo” (DELGADO, 2008, p. 1197)”.

As duas espécies do gênero embriaguez, podem ser decorrentes de um quadro de alcoolismo, doença reconhecida pela Organização Mundial desde 1967, a partir da 8ª Conferência Mundial de Saúde e catalogada no Código Internacional de Doenças- CID, sob os números F.10.6 (psicose alcoólica *Korsakov*), F.10.2 (Síndrome da Dependência do Álcool) e F.10.4 (*delirium tremens*), entre outras (BARROS, 2009, p. 903). Conceituada, genericamente, como “enfermidade progressiva, incurável e fatal”, a embriaguez alcoólica em serviço é, portanto uma patologia que necessita de tratamento, face constituir árduo e angustiante problema social, e cuja solução independe de medidas que além de ilegais, na hipótese de demissão por justa causa, conforme restará demonstrado, são de caráter simplista, e contrariam o escopo do próprio Direito, qual seja a pacificação social. A vítima de alcoolismo que comparece embriagado, uma única vez, objetivando a execução de suas funções laborais, encontra-se acometido de disfunção ética decorrente de uma doença.

A resolução contratual pelo comparecimento ao serviço sob os efeitos do álcool, além de onerar demasiadamente o trabalhador, já debilitado em face de seu estado, lhe cessa o direito ao custeio inicial (15 primeiros dias) de um possível tratamento, e conseqüente possibilidade de

---

<sup>3</sup>A nomenclatura aqui expressa decorre da literalidade do texto celetista, em seu art.482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) f) embriaguez habitual ou em serviço (...).



controle da doença através de uma reabilitação realizada por profissionais do Instituto Nacional de Previdência Social - INSS.

Outrossim, a despedida de empregado acometido de alcoolismo incorre no descumprimento da previsão legal expressa na art.93 da lei nº 8213 de 1991(BRASIL, 1991) cujo texto assim dispõe: “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados...” Verificada pelo Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho –SESMT a configuração da doença o empregado deve ser encaminhado ao INSS e, após reabilitação retornar ao trabalho.

A respeito do tema em discussão, trazemos à colação os seguintes acórdãos construídos entre meados da década de 90 e início do novo século:

DESPEDIDA INJUSTA - ALCOOLISTA - Embora confessadamente alcoólatra, o empregado, durante todo o período trabalhado, apenas uma única vez se apresentou ao serviço após ter ingerido bebida alcoólica. O fato não enseja a despedida por justa causa, mesmo porque uma advertência ou suspensão, além de lhe proporcionar nova oportunidade, serviriam de estímulo a que o reclamante pudesse perseverar em sua luta contra o vício. Afasta-se a justa causa, porquanto demasiadamente severa. (TRT 9ª R, RO 7.207/1990, Ac. da 3ª T. nº 2.128/1992, Rel. Juiz Roberto Coutinho Mendes, DJPR 20.03.1992);

EMBRIAGUEZ - DESPEDIDA SUMÁRIA - Estando o laborista acometido de Síndrome de Dependência do Álcool, com sucessivos encaminhamentos ao INSS e tratamentos em clínicas especializadas, se mostra injusta a despedida sumária, por embriaguez e perda de confiança, ainda mais sem prova de exame de dosagem alcoólica e tratando-se de empregado com mais de quinze anos na empresa e uma única punição disciplinar datada de sete anos atrás. Despedida que se anula (...) (TRT 2ª R, RO 02960271623, Ac. da 4ª T. nº 02970546226, Rel. Juiz Ricardo Cesar Alonso Hespagnol, J. 14.10.1997, DOESP 24.10.1997);

DISPENSA POR JUSTA CAUSA - EMBRIAGUEZ NO SERVIÇO EM UMA ÚNICA OPORTUNIDADE - ART. 482, F, DA CLT - 1. De acordo com os estritos termos da letra f do art. 482 da CLT, é certo que a embriaguez em serviço para autorizar a dispensa por justa causa não precisa ser, necessariamente, habitual. Assim, uma única vez que ocorra esse evento, pode o empregador, valendo-se de seu poder potestativo, demitir o trabalhador justificadamente. Se ocorrido uma única vez tal fato, entretanto, deve ser avaliado pelo Magistrado, considerando-se todos os fatos e as circunstâncias que motivaram a embriaguez, tendo como parâmetro a justificar, ou não, a validade da adoção da medida extrema os anos de serviços prestados pelo trabalhador, bem como seus antecedentes no âmbito da relação empregatícia. (...) 3. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST, RR 12.990/2002-900-02-00.1, 1ª T., Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJU 10.02.2006)

A demissão injusta, por tal motivo, inobserva a proteção constitucional ao emprego (art.7º, inciso I) cujo escopo e a proteção a relação de emprego que é, em princípio, impedir que se extinga, e que possa ser desfeita sem atender aos direitos do trabalhador (SILVA, 2007, p. 290). A Constituição Federal não conferiu uma garantia absoluta, protege-se a relação de emprego por despedida arbitrária, desarrazoada e atentatória a dignidade do trabalhador.

De igual modo, o art.23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego” (BRASIL, 2008). Na hipótese em tela a conduta a ser observada deve ser o encaminhamento do trabalhador doente a Previdência Social. Tudo com estrita observância aos postulados do Direito do Trabalho, notadamente o da proteção: “As normas são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida (MARTINS, 2009, p. 41).”

Na mesma questão, sob a ótica previdenciária, temos a vigência pátria do princípio contributivo para fins de participação na Previdência Social, ou seja, apenas aqueles que contribuem podem gozar de benefícios previdenciários quando acometidos de mazelas que o incapacitem para o trabalho. Segundo dados da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, em publicação intitulada “Brasil Direitos Humanos” em 2007, pela primeira vez desde o início da mensuração, mais da metade (50,7%) da população ocupada contribuía para Previdência (2008, p.151). Sendo-lhe, unicamente, ao citado percentual a possibilidade de auxílio na hipótese de infortúnio incapacitante.

Privar uma parcela, já margeada, da população ao tratamento adequado diante de uma enfermidade, é ataque direto ao trabalhador que está sob a égide de proteção dos direitos fundamentais elencados, na esfera interna, na Constituição Cidadã de 1988.

A embriaguez habitual, como conceituada, configura-se sem a necessidade de relação direta com o serviço, porém sua prática contumaz em espaço de tempo diminuto autorizaria a resolução contratual em decorrência de seus efeitos alcançarem o serviço. Diante de tal aspecto imaginemos a hipótese de um funcionário, popular entre os demais colegas, em síntese, pela felicidade expressa quando de reuniões em fins de semana nos bares nas redondezas de sua empregadora, em dias e horários diversos daqueles cujo trabalho é exigido, passar a ser motivo de insinuações quanto a sua responsabilidade como profissional em decorrência de seus atos quando em estado etílico. Estaríamos diante de uma autorização à interferência na vida privada do funcionário, bem como da possibilidade de resolução contratual por justa causa?

Inicialmente, ressaltamos que o empregador não pode intervir na vida pessoal do obreiro, exigindo-lhe certas condutas ou ventando-lhes outras, quando as mesmas sejam expressas em lapso temporal diverso daquele assinalado para execução do trabalho. Agindo de tal modo poderá ofender a garantia (art.5º da Carta Magna) de inviolabilidade à vida privada e a liberdade de expressão, bem como direito à intimidade (art.5º, X e XII).

Condutas que não possuam nexos causal com a atividade laboral não podem ser invocadas para fundamentar resolução contratual. Em se tratando da embriaguez habitual é necessária a ocorrência no local de trabalho, durante o expediente, sendo indispensável, porém, a afetação maléfica ao contrato de emprego, justificando, apenas nesta comprovada hipótese, a intromissão do

Direito do Trabalho na esfera pessoal do empregado para fins de investigação médica interna e verificação da existência ou não de patologia.

Em virtude dessas considerações, a manifestação do alcoolismo é decorrente da não percepção dos limites entre o “beber socialmente” e entregar-se ao vício contumaz. Aplicar a pena capital pelo caso acima citado não subsiste no direito pátrio, e, ainda que tal fato passasse a desencadear consequências no ambiente laboral a resolução seria inviável, face encontra-se o indivíduo acometido de doença. A própria doutrina avalia a necessidade de verificação das circunstâncias na aplicação da justa causa. “Não existe justa causa isolada, sempre válida para todos os tempos e lugares. Muito ao contrário; toda justa causa é relativa (BARROS, 2009, p.192)”

A embriaguez habitual do empregado é doença degenerativa e fatal, logo o empregado alcoólatra deverá ter seu contrato suspenso e encaminhado à Previdência Social para controle do vício, ou então aposentado por invalidez, dependendo do quadro clínico, pois está acometido de doença catalogada no CID. Ele é considerado muito mais como um desafortunado do que com um mal profissional e, por isso mesmo, deverá ser encaminhado ao serviço de saúde (BARROS, 2009, p. 903).

A disposição esposada pela doutrinadora e Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região não destoia da vontade legislativa que, atenta a disseminação do vício em álcool, determina como objetivo da Política Nacional sobre o Álcool (BRASI, 2007) “a intersetorialidade e a integralidade de ações para a redução dos danos sociais, a saúde e à vida oriunda do consumo desta substância”; elencando igualmente o rol de competentes, como o “Governo, com a colaboração da sociedade” e cujas diretrizes alcançam “privilegiar as iniciativas de prevenção ao uso prejudicial de bebidas alcoólicas nos ambientes de trabalho”. Não cabendo ao caso em análise a interpretação de que é tarefa, apenas, do Estado assumir o cidadão alcoólatra, tratando-o, para que possa recompor-se e retorne ao ambiente de trabalho.

O trabalho humano “princípio geral da atividade econômica (art.170, CF)”, bem como base da ordem social (art.193, CF), com fundamento na “dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” deve ser despendido em prol do empregador, que responde pelos riscos da atividade econômica e incolumidade do trabalhador. Ressaltamos que, igualmente o legislador celetista dispensa ao empregador a “obrigação de meio”, cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho (art.157, I), bem como manter serviços especializados em segurança do trabalho (art.162, caput, CLT).

Por delegação legislativa, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria nº 3.214/1978, que, com suas alterações posteriores, complementou a obrigação de a empresa manter o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO (Norma Regulamentadora MTE nº 7), destinado à promoção e preservação da saúde dos trabalhadores. A implementação correta do

respectivo programa permite a identificação da patologia estudada, seu estágio e por conseguinte as medidas em prol de sua resolução de modo diverso a resolução do contrato de trabalho.

### 2.1.1 Interpretação legislativa

O parâmetro desta abordagem ultrapassa a literalidade e a interpretação gramatical do disposto no art.482, ``f`` da CLT, e, deste modo busca analisar a adequação ou não da resolução contratual, sob fundamento legislativo citado, aplicada ao indivíduo acometido pelo “alcoolismo”, mal, de modo diverso do estágio médico científico de 1943, classificado como moléstia pela Organização Mundial de Saúde e catalogada no Código Internacional de Doenças- CID, sob os números F.10.6 (psicose alcoólica *Korsakov*), F.10.2 (Síndrome da Dependência do Alcool) e F.10.4 (*delirium tremens*).

Malgrado consideremos a ilegalidade por flagrante respeito aos postulados, até então elencados, e sua imprescindível observância nos reportamos a adequada interpretação legislativa no que concerne ao exposto no art. 482, “f” da CLT<sup>4</sup>. Concebido sob as seguintes indagações; o sistema normativo é coerente ou não? É completo ou incompleto?

Como evidencia BARROS (2009, p.147) “O problema das lacunas do direito, como aparece hoje, começa na época da Revolução Francesa.” Reportando-se ao art.3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 que reza: “ O princípio de toda soberania reside, essencialmente, na nação”. Essa substituição do rei pela nação acaba por dar lugar separação dos poderes, com caracteres próprios e autônomos. “O poder judiciário passa a interpretar a lei (BARROS, 2009, p.147)”. A coerência ou não e o fato de ser ou não completo fez surgir vertentes doutrinárias diversas, por compreensão no direito como compartimento não estanque, no que concerne a resolução contratual por incidência do art. 486, ``f`` Consolidado vislumbramos uma distorção, uma incompatibilidade lacunosa entre a realidade fática de classificação do alcoolismo como doença e o texto legislativo de 1943, cuja aplicabilidade não mais pode ser respaldada pelo judiciário.

O modo como concebemos o sistema evidenciará a existência ou na da lacuna. Se admitirmos que o sistema normativo é fechado, toda ação nele determinada. Se, ao contrário, se admite o sistema normativo como aberto e incompleto. O direito regula as ações humanas e como tal são elas passíveis de mudanças conforme seu momento histórico e impressões lançadas ao caso

---

<sup>4</sup> Tramita no senado o projeto de Lei n. 48 de 2010 que **Modifica o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e o art. 118 da Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, para disciplinar a demissão e estabelecer garantia provisória de emprego ao alcoolista. O projeto objetiva remediar situação existente, inserindo, nesses três diplomas, lançando disposições que conferirão ao dependente de bebidas alcoólicas uma mais que necessária proteção legal. Lei que consideramos mais uma manifestação da necessidade de expressão legislativa gramatical, quando o mais adequado seria a interpretação ao conjunto fático probatório existente atualmente, diverso daquele conhecido pelo legislador da Consolidação em 1943 no que concerne ao alcoolismo como uma doença.**

em análise.

“A lacuna é sintetizada pela seguinte fórmula: Direito – Lei = lacuna. Uma lacuna verdadeira é aquela em que a lei deve uma resposta. Nesse caso o juiz completa o direito”(BARROS, 2009).

O sistema jurídico vigente não é coerente com a realidade experimentada, o alcoolismo é uma doença. “O auxílio doença será devido ao segurado que, após cumprido, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para o seu trabalho (CASTRO, 2008, p. 594)”. E como doença deve ser avaliada, não podendo, sobre o pretexto de análise normativa gramatical, conceber sua desconstituição fática por apego as frias letras Celetista em detrimento ao arcabouço jurídico que o valida.

O juiz não poderá abster-se de solucionar o caso concreto, nos limites do requerido, sob a alegação de que a lei é omissa (art.126, CPC)<sup>5</sup>. Cabe-lhe integrar o ordenamento jurídico positivo.

Godinho (2008, p. 233), reportando-se a possibilidade de existência lacunosa da lei assim se manifesta:

Diz-se extensiva a interpretação que conclui ser a transparente expressão lingüística da norma jurídica menos ampla do que o exato sentido objetivado pela norma. A letra de expressão da norma traduz com insuficiência seu conteúdo: a razão e a vontade da norma (*ratio legis* ou *mens legis*) não se encontra inteiramente satisfeitas e expressadas na fórmula lingüística adotada pelo legislador (*dixit minus quam voluit*). Pela interpretação extensiva, cabe ao intérprete ampliar o sentido do texto legal formal expresso, para alcançar o sentido real e efetivo da norma.

A manifestação expressa por Godinho, aplica-se ao art. 472, “f” da CLT. O espírito do legislador foi a punição ao indivíduo que ao consumir álcool intencionalmente, corrompia o laço de confiança existente entre ele e seu empregador. A situação aqui discutida e os estudos médicos e científicos demonstram que o ato de ingestão alcoólica pode ser decorrência de uma patologia, cabendo ao empregador, previamente, identificá-la sob pena de aplicação injusta de pena capital na resolução contratual.

A identificação prévia, como já evidenciada, é albergada pelo princípio no direito pátrio pelo “princípio das presunções favoráveis ao trabalhador”, estando no contexto da ruptura do contrato empregatício claramente incorporada pela jurisprudência trabalhista do país<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> A legislação celetista permite aplicação subsidiária das disposições oriundas do Direito Processual Civil.

<sup>6</sup> O Tribunal Superior do Trabalho em consonância com a jurisprudência manifestada de modo reiterado, editou a súmula n.212 nos seguintes termos: O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável do empregado.

## 2.2 ATO ATENTATÓRIO A DIGNIDADE HUMANA: discriminação do alcoólatra

O respeito a dignidade humana do indivíduo é corroborado pelo princípio da proibição da discriminação. A hipótese prevista do art. 482, “f” da CLT é, inaplicável aquele que apresenta um quadro de alcoolismo. É necessário admitir que a natureza faz as pessoas desiguais, e a lei não pode torná-las exatamente iguais se são diferentes.

Barbosa (1956 *apud* MARTINS, 2009, p. 32) afirma na célebre Oração aos Moços que a “regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais”. Não sendo cabível aplicação do art.482, “f” da CLT ao indivíduo acometido pelo mal do alcoolismo, doença reconhecida pela Organização Mundial de Saúde e incorporada ao ordenamento jurídico nacional, no que concerne a própria imputação de responsabilidade ao ébrio.

Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas. (GOMES, 2005)

Joaquim Barbosa evidencia uma faceta do direito, igualmente, aplicável ao alcoólatra, indivíduo neste momento e um trabalhador fragilizado que necessita de auxílio.

## 3 A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS SÓCIO-PROTETIVAS

Várias são as empresas privadas, que na contramão da jurisprudência de alguns tribunais, antecipam-se e passam a implementar dentro de suas estruturas a efetividade do conhecimento científico, atrelado ao princípio da dignidade humana. Reconhecendo o alcoolismo como doença, necessitando o trabalhador de proteção a sua dignidade, desenvolvem projetos cujo essência e a melhoria da qualidade vida de seus trabalhadores. Tais projetos se propõem a abordar a temática do uso indevido do álcool, no sentido de prover de informações e ações relativas aos colaboradores e seus familiares.

Com atuação educativo-preventiva por meio de palestras, cursos e eventos de interação social, inclusive com intervenção do setor médico no que concerne a identificação da patologia.

A ação inicia-se com eventos preventivos, no decorrer de sua aplicação busca-se identificar aqueles que apresentam a patologia, o que posteriormente é submetida a confirmação do Departamento Médico, neste momento o trabalhador é convidado a assinar um “Termo de Participação”, quando o mesmo é encaminhado ao tratamento custeado pela empresa.

Na hipótese de desistência ou abandono do programa o empregado, caso continue a

apresentar a patologia, será encaminhado a Previdência Social, havendo negativa daquela ou reabilitação funcional o mesmo retorna aos quadros da empresa e na hipótese de novas manifestações capazes de interferir na execução de suas funções o mesmo tem seu contrato resolvido sem aplicação da pena capital.

#### 4 CONCLUSÃO

Do mais singelo ao mais cientificamente capacitado indivíduo da família humana, as limitações inerentes a sua natureza lhe tornam vulneráveis as mais diversas mazelas, dentre as quais encontra-se a dependência alcoólica.

Conceber que no atual estágio de Estado social, bem como da função social da iniciativa privada, uma patologia, reconhecida pela Organização Mundial de Saúde, seja desencadeadora de uma resolução contratual na sua manifestação mais drástica, por uma análise hermenêutica tão superficial quanto o é a gramatical, seria desprezar todos os postulados hodiernos de direitos humanos e se colocar em posição antagônica a do carro evolutivo da História.

Nos filiamos a presteza do direito no que concerne a proteção integral ao trabalhador, cujo fundamento tanto é de direito interno, uma vez que assim o garante a Carta de 1988, quanto de direito internacional humano. Sendo, portanto, ataque à direito fundamental e à direito humano a demissão por “ justa causa”, de trabalhador que se encontra acometido de doença crônica. Não devendo a jurisprudência pátria tutelar ato discriminatório sob o insuficiente argumento da perda da confiança nas atividades laborais de trabalhador doente, conforme restou demonstrado.

#### REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007. Aprova a Política Nacional sobre o álcool, dispõe sobre as medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a violência e criminalidade e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 maio 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6117.htm). Acesso em:

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal**. – Brasília: SEDH, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista (1ª Turma) nº 12.990/2002-900-02-00.1. Dispensa por justa causa – Embriaguez no Serviço em uma única oportunidade. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. **Diário da Justiça da União**. 10 fev. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. v. 1.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho Legislação complementar/ jurisprudência**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos A. Pereira de; LAZZARI, João B. **Manual de Direito Previdenciário**. 10 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GODINHO, Adriano Marteleto. O Estatuto Jurídico do Nascituro no Direito Brasileiro. **Revista Jus Scriptum**. Lisboa, v. 2, n. 3, p. 1-10, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Publicado em 17/06/2005. Disponível em: <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2009.

IOB. Juris Síntese IOB. Legislação atualizada e consolidada até 10.08.2009. Software – CD ROM.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho (9ª Região). Acórdão da 2ª Turma nº 2.12//1992 (RO 7.207/1990). Despedida Injusta – Alcoolista. Relator: Juiz Roberto Coutinho Mendes. **Diário da Justiça do Paraná**. Curitiba, 20 mar. 1992.

PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos. In: ROCHA, João Carlos de



Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (coord.). **Direitos Humanos**: desafios humanitários contemporâneos, 10 anos do Estatuto dos Refugiados. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). Acórdão da 4ª Turma nº 02970546226 (RO 02960271623). Embriaguez – Despedida Sumária. Relator: Juiz Ricardo César Alonso Hespagnol. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, 10 fev. 2006





Tribunal Regional do Trabalho - 13ª Região  
Av. Corálio Soares de Oliveira, s/n - Centro  
João Pessoa - PB - 58013-260  
(83) 3533-6000 - [www.trt13.jus.br](http://www.trt13.jus.br)