

**REVISTA
TRABALHISTA
Direito e Processo**



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



© Copyright
Revista Trabalhista

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 -).
— Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.
Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).
Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.
A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.
Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 4293.9

Julho, 2010

PRESIDENTE ANAMATRA
LUCIANO ATHAYDE CHAVES

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA

Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Araucária-PR.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Livre-docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA. Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (desde 2004).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

LUIZ ANTONIO COLUSSI

Mestre em Direito Público pelo Minster UNISINOS – UPE. Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Canoas – RS e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPE.

REGINALDO MELHADO

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Opinativo — Relações de trabalho na Administração Pública: mais uma peça no tabuleiro</i>	11
Doutrina	
La crisis financiera global y el Drecho del Trabajo <i>Oscar Ermida Uriarte</i>	15
A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o <i>donné</i> e o <i>construit</i> de François Géní <i>Rosemary de Oliveira Pires</i>	24
A terceirização no setor de papel e celulose e a Justiça do Trabalho <i>Magda Barros Biavaschi e Marilane Oliveira Teixeira</i>	35
A competência da Justiça do Trabalho para determinar o restabelecimento de benefícios previdenciários em caso de incapacidade laborativa <i>Marco Aurélio Marsiglia Treviso</i>	60
Proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais <i>Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda</i>	74
Função social do Poder Judiciário e a possibilidade de concessão de tutela antecipada <i>ex officio</i> <i>Roberto Vieira de Almeida Rezende</i>	102
Direitos trabalhistas no procedimento licitatório <i>Mila Batista Leite Corrêa da Costa</i>	116
Da reformulação do conceito de autos processuais no ambiente do processo eletrônico e suas consequências jurídicas <i>Wolney de Macedo Cordeiro</i>	132
A função do contrato no direito do trabalho <i>Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim</i>	144

Da denúncia da lide ao empregado assediador nas demandas em que se discute a ocorrência do assédio moral	
<i>Renato da Costa Lino de Goes Barros</i>	159
Princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho	
<i>Renata de Moura Miranda</i>	168
A origem histórica e a doutrina da Justiça do Trabalho e do sistema sindical brasileiro	
<i>Hélio Mário de Arruda</i>	193
A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: análise dos fundamentos jurídicos	
<i>Gaysita Schaan Ribeiro</i>	206
Créditos trabalhistas e responsabilidade civil do empregador: reflexões para uma reparação integral	
<i>Oscar Krost</i>	217
A natureza social dos créditos do trabalho e a incidência do IRRF nas execuções trabalhistas	
<i>Marcel Lopes Machado</i>	225
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdão do Superior Tribunal de Justiça	
— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	233
Acórdão do Superior Tribunal de Justiça	239
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região	247
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região	252
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	256
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	258
Sentenças	
16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS	269
Vara do Trabalho de Cambé – RS.....	277
13ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO	280
Índice Geral	291

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho



Fechar as portas à crítica é matar por asfixia o direito

Por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, foi conferida nova redação ao art. 93, II, c, da Constituição Federal, pela qual, na promoção do magistrado, o merecimento passava a ser aferido conforme o desempenho e por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, além da frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento. Tal necessidade de objetividade encontra-se em estrita consonância com imperativos de publicidade e transparência, presentes em diversas das inovações proporcionadas pela referida Emenda, como nos incisos IX e X do mesmo dispositivo. Ao viabilizar o controle dos atos do Poder Judiciário, no caso específico dos critérios para a promoção por merecimento, a inovação se mostra precipuamente destinada a salvaguardar a independência da magistratura, motivo pelo qual, em última análise, garante a própria estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Em abril de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 106, destinada a fixar os critérios objetivos para promoção dos magistrados, bem assim para o acesso aos Tribunais. A iniciativa foi precedida por procedimento de consulta pública por trinta dias, por meio da qual houve a contribuição de magistrados, advogados e entidades representativas das categorias, tais como a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA.

Ocorre, entretanto e paradoxalmente, que, para além do afastamento do elemento político no procedimento de escolha — no que é elogiável — a redação da norma trouxe também consigo uma forte e séria carga de subjetivismo e diversos elementos prejudiciais à própria prerrogativa de independência da magistratura a que visava resguardar, o que motivou, inclusive, a propositura de pedido de providências da referida associação nacional perante o Conselho. Figure-se, a mero título de exemplo, a previsão da vinculação da qualidade das decisões jurisdicionais à “*pertinência de doutrina e jurisprudência, quando citadas* (art. 5º, d)” ou ao “*respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores* (art. 5º, e)”, circunstâncias que evidenciam nitidamente, tanto, por um lado, uma incabível tentativa de controle ideológico e intelectual da atividade do magistrado, quanto, por outro, uma grave violência contra o seu dever-poder de fundamentar conforme o livre convencimento motivado: mero desdobraimento da independência funcional, mera garantia do Estado Democrático de Direito.

Aliás, ao verdadeiramente constringer o magistrado à obediência de determinadas linhas doutrinárias e jurisprudenciais, a Resolução do Conselho vai ainda de encontro às próprias condições do desenvolvimento científico do Direito, na medida em que, segundo o

filósofo austríaco Karl Popper, é, justamente, a constante tensão crítica entre o conhecimento sempre conjectural e suas infinitas possibilidades de refutação que confere dinamicidade à ciência. Fechar as portas à crítica é matar por asfixia o Direito, enquanto objeto cultural e, por isso, sempre sujeito à atualização fático-valorativa.

Embora seja, até mesmo, intuitivo que a aferição da qualidade de uma atividade predominantemente intelectual sempre possa resvalar, em menor grau, em algum subjetivismo do examinador (o que não se confunde com arbítrio), é imprescindível que a magistratura permaneça alerta e reaja com serenidade e firmeza contra toda e qualquer tentativa de controle ideológico e intelectual, seja pelo dever de defender suas prerrogativas funcionais em garantia de toda a sociedade, seja pela necessidade de sustentar a própria ordem jurídica no Estado Democrático de Direito.

Comissão Editorial

Doutrina

La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo

Oscar Ermida Uriarte^(*)

Sumario:

- ▶ 1. Crisis económica y Derecho el trabajo: una relación histórica
- ▶ 2. La crisis desatada en el ámbito financiero internacional en 2008
- ▶ 3. Efectos específicos de la crisis sobre el Derecho del trabajo
- ▶ 4. Instrumentos laborales de enfrentamiento a la crisis
- ▶ 5. Medidas extralaborales
- ▶ 6. Conclusiones

1. Crisis económica y Derecho del trabajo: una relación histórica

Hace tiempo que la frase acuñada por Palomeque, según la cual la crisis económica es “una compañera de viaje histórica del Derecho del trabajo”⁽¹⁾, se convirtió en un tópico del Derecho laboral.

Mucho antes aún, en 1922, Sinzheimer había señalado que la interferencia Economía-Derecho laboral era inevitable — se podría decir estructural — por cuanto “corresponde al Derecho del trabajo determinar la forma en que se dispone de los instrumentos y del producto del trabajo”⁽²⁾. Y siendo el laboral “un Derecho de

la distribución”⁽³⁾, el cumplimiento de esa función se vuelve más difícil y ríspida en períodos de dificultades económicas, porque si bien no es verdad que inevitablemente la torta deba crecer primero para recién después ser repartida, sí es cierto que la escasez complica y “conflictiviza” la distribución.

Por tanto, la emergencia o el simple anuncio de la posibilidad de una crisis económica, produce efectos negativos sobre las relaciones de trabajo. Y ello porque, por un lado, se verifican efectos real o potencialmente negativos y por otro lado, algunos sectores empresariales caen en la tentación de aprovechar la circunstancia para deshacerse de personal o disminuir beneficios de los trabajadores. Efectivamente, a veces la crisis provoca un daño inevitable; pero en muchas otras ocasiones brinda una excusa y oportunidad para hacer o pretender algo que en circunstancias normales sería improponible⁽⁴⁾.

(*) Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay).

(1) PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica*, pub. originalmente en el “Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo” n. 4, Madrid 1983, p. 49 y sigs., luego en la Revista de Política Social n. 143, Madrid 1984, p. 15 y sigs. Y finalmente reproducido en “Derecho del trabajo y razón crítica”, Salamanca 2004, p. 29 y sigs.

(2) SINZHEIMER, Hugo. *El perfeccionamiento del Derecho del trabajo (1922)*, en “Crisis económica y Derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana

y conceptual del Derecho del trabajo”, trad. esp., Madrid 1984, p. 64.

(3) PALOMEQUE, Manuel Carlos; ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*, 16. ed. Madrid, 2008. p. 74.

(4) BAYLOS GRAU, Antonio, *Crisis y despido: entre el fraude y la desvergüenza*, en: <<http://www.nuevatribuna.es>>.

Por lo demás, de los años 70 para acá, hemos vivido múltiples crisis recurrentes, muchas de las cuales fueron efectivamente utilizadas, en algunos países, para afectar la protección propia del Derecho del trabajo, sin que en general, esa desmejora de las situación de los trabajadores haya redundado en un mejoramiento económico general que a mediano plazo revirtiera positivamente sobre los sectores más desfavorecidos. Esta circunstancia fue determinando la paulatina erosión de la estrategia de disminución de los costos laborales como instrumento de enfrentamiento a las dificultades económicas. La crisis actual llega en este momento de cierto agotamiento y consiguiente desprestigio de las propuestas neoliberales y antilaborales⁽⁵⁾.

2. La actual crisis

Más allá de los diversos antecedentes que fueron “colmando el vaso”, nadie discute que el origen inmediato de la crisis actual (la “gota que lo derramó”) es estrictamente financiero y estadounidense. Se trató de una disminución de la tasa de ganancia debida a la creación de capital ficticio a partir, por una parte, del exceso de la Reserva Federal de los EEUU en la emisión de dólares y muy especialmente, por otra parte, de la concesión de créditos bancarios *subprime*, esto es, más allá de los niveles de confiabilidad y garantía mínimamente exigibles y totalmente desacompañados del nivel de depósitos.⁽⁶⁾ Más aún: se sostiene que en el fondo hay un desequilibrio estructural de la economía: por cada dólar o euro que circula en base a bienes tangibles producidos por la economía real, circularían 50 en “productos financieros”.

- (5) Intentamos describir esta tendencia en Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del trabajo en América latina y en Europa, en *Revista de Derecho Social-Latinoamérica*. n. 1, Buenos Aires, 2006. p. 14-15 y 21 y sigs.
- (6) PEREIRA, Gonzalo. *¿Qué hay en la base de terremoto financiero?. La banca privada y el capital ficticio*, en “vadenuevo.com.uy”, año 1, n. 5, 4.2.2009. Del mismo modo: *La reordenación del sistema financiero: una cuestión clave en la nueva arquitectura económica internacional*, en “Cauces” (Cuadernos del Consejo Económico y Social) n. 10, Madrid, 2009, p. 6.

Esta crisis principalmente financiera y especulativa, una vez desencadenada, afecta también la producción real, sin perjuicio de que, como ya se dijo, en opinión de muchos esta ya venía seriamente resentida.

Es, a todas luces, una crisis extralaboral, por lo cual no hay espacio alguno para la vieja “culpabilización” del Derecho del trabajo y los beneficios de los trabajadores. No cabe, pues, buscar las soluciones en lo laboral. Allí están, más bien, las potenciales víctimas a evitar y damnificados a proteger⁽⁷⁾.

Por eso mismo, y por el evidente agotamiento de tales políticas, ya no se reclama, al menos por ahora y desde foros serios y medianamente imparciales, ni flexibilización ni desregulación de la legislación laboral. Eso ya fue. De eso ya hubo en exceso, sin ningún efecto positivo.

De hecho, las primeras reacciones de la OIT⁽⁸⁾ para nada recurrieron al tradicional recetario neoliberal sino que, en lo económico, propusieron medidas contracíclicas de gasto estatal e inversión en obra pública (o sea, puro keynesianismo⁽⁹⁾), mientras que en lo social

- (7) El Editorial del primer número de 2009 de la Revista Laboral Chilena, comienza preguntándose: “¿Dónde estaban, antes de producirse la crisis financiera, todos los economistas que hoy entregan sus alarmantes pronósticos? No recordamos haber leído opiniones que nos avisaran que la crisis venía y que se acercaba en términos globales y tan aceleradamente”. Luego se dice que “la codicia sobrepasó los límites” y que “es el momento de adoptar con valentía políticas de gobierno que decididamente vayan en apoyo de los más débiles, que necesitan mantener sus trabajos y sus medios de subsistencia para enfrentar (...) los problemas que otros no supieron predecir ni evitar” (SOTO VENEGAS, Mario, Editorial, *Revista laboral chilena*, n. 1/2009, Santiago, 2009, p. 1). Conceptos análogos se han vertido desde otras disciplinas: “La teoría económica ortodoxa no previó y no sabe explicar la crisis actual y así, no tiene nada para decir ni proponer en este momento” (FIORI, José Luis. *Os economistas e a crise*, en O Valor Econômico, Rio de Janeiro, 25.2.2009).
- (8) Declaración de la Mesa del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, noviembre de 2008.
- (9) Sea como opción teórica o por mero pragmatismo desesperado (en la interpretación de José Luis FIORI, *Os economistas e a crise, cit.*), pero keynesianismo al fin.

plantearon la necesidad de incentivar la protección.

Fue igualmente significativa una Declaración de Ministros de trabajo de nuestra región que, además de hacer suya la citada Declaración de la Mesa del Consejo de Administración de la OIT, agregó que para enfrentar el impacto de la crisis en el mundo laboral, debe reconocerse “un nuevo papel para el Estado en su rol tutelar, proactivo y de protección del trabajo”⁽¹⁰⁾. Es sintomático que la Declaración final de la reunión del Grupo de los 20, de 2 de abril de 2009, fuese de análogo tenor, careciendo de cualquier referencia de flexibilidad laboral e incluso a la “flexiseguridad”.

Pero el instrumento central en esta materia es, al menos por ahora, el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT adoptado en 2009 y que, autodefinido como “una respuesta a la crisis basada en el trabajo decente”, centra sus propuestas y compromisos en el respeto de los derechos de los trabajadores, la promoción de las normas internacionales del trabajo, la formulación de políticas activas de empleo, la ubicación del pleno empleo y el trabajo decente en el centro de la política económica, el impulso de la demanda, la creación directa de puestos de trabajo, la formulación de paquetes de estímulo macroeconómico, la ejecución de obras públicas y de inversiones en infraestructura, investigación y desarrollo, el impulso de servicios públicos y la regulación de la economía. Se trata de todo un programa de enfrentamiento de la crisis que deja de lado las tradicionales soluciones neoliberales para centrarse en la preservación de los derechos laborales y en la intervención estatal en la economía.

Por lo demás, esta crisis de origen norteamericano y financiero no afecta por igual ni en la misma medida a todos los países, sectores

y empresas. En efecto, se impone el análisis caso por caso, de sectores y de empresas, a la hora de verificar si hay dificultades reales que requieran una atención especial.

3. Efectos específicos de las crisis sobre el Derecho del trabajo

Con carácter previo, es necesario advertir que deben distinguirse los efectos reales de la crisis sobre el Derecho laboral, de aquellas pretensiones en las cuales la crisis funciona, según lo ya explicado, simplemente como excusa.

Sin perjuicio de ello, es de todos sabido que las empresas afectadas por graves dificultades económicas pueden verse inclinadas y aún obligadas a prescindir de personal, procurar la disminución de los salarios y la desmejora de otras condiciones de trabajo, etc. Del mismo modo, se dificulta la negociación colectiva y se alienta el recurso a la celebración de convenios *in pejus* e, inevitablemente, se alienta la conflictividad. Paralelamente, aquellos Estados que cuentan con un seguro por desocupación, ven incrementado el gasto, a la par que la inactividad de trabajadores suspendidos o despedidos disminuye los ingresos fiscales por contribuciones de seguridad social. Tampoco es raro que surjan reacciones xenófobas contra los inmigrantes. En general, puede decirse que las crisis tienden a acentuar las desigualdades (la desigualdad genérica entre capital y trabajo, tanto como las desigualdades específicas entre grupos de trabajadores, por edad, género, nacionalidad, etnia, etc.), ya que afecta más o primero a los más débiles (“el hilo se corta por la parte más fina”).

De cualquier manera, cabe señalar, a la vez, que ante la crisis el Derecho de Trabajo puede reaccionar de dos maneras diferentes. Por una parte, puede debilitar la protección apostando, de conformidad con el modelo neoliberal, a que la disminución de costos permita al empresario mejorar su rendimiento y así, mantener o generar empleo. Esto es lo que ha sucedido generalmente, desde la década de los 70. Pero

(10) Declaración de los Ministros de Trabajo de Argentina, Brasil, Chile y México, dada en Santiago de Chile el 15.1.2009, en el marco del Seminario “Respondiendo a la crisis: crecimiento, trabajo decente y estabilidad”, convocado por la OIT.

por otra parte, el Derecho del trabajo puede enfrentar la crisis de una manera más propia de su función tradicional, esto es, manteniendo o aún aumentando la protección para desestimular la transferencia del costo de la crisis a la parte más débil: puede, por ejemplo, limitar la posibilidad del despido o aumentar su costo, se puede crear⁽¹¹⁾ o mejorar un sistema de seguro de paro, etc. Las medidas de encarecimiento y racionalización del despido han sido utilizadas, en los últimos años, en Argentina.

Por lo demás, como ya se dijo⁽¹²⁾, el Pacto Mundial para el empleo de la OIT apunta decididamente a una reacción protectora ante la crisis, dejando atrás las posturas propias del denominado “pensamiento único”.

Ahora bien. ¿Cómo actúa el Derecho del trabajo ante la crisis? ¿De qué manera el sistema de relaciones laborales puede reaccionar ante la crisis con un talante protector de los trabajadores?

4. Instrumentos laborales de enfrentamiento de la crisis

La batería de instrumentos con que puede contar el Derecho Laboral para hacer frente a la crisis puede ser sistematizada, por lo menos, en tres grandes grupos: (a) instrumentos de anticipación o de previsión, que operan antes de la crisis; (b) instrumentos de reparación, que operan *ex post* (ya hubo trabajadores dañados, ya hubo trabajadores perjudicados, por lo que ahora se trata de reparar los daños provocados); y (c) instrumentos que podríamos llamar mixtos o intermedios, que según el caso, operan anticipadamente o como reparación posterior. Por otro lado, habría que agregar: (d) la reivindicación del papel de las normas laborales como instrumento protector de los trabajadores dentro y fuera de los contextos de crisis. Y finalmente, parecería indispensable una referencia a (e) la acción sindical.

(11) En América Latina son pocos los países que poseen un sistema de seguro de paro (V. *infra*, párrafo 4.3).

(12) *Supra*, párrafo 2.

4.1. Instrumentos de previsión o anticipación

El diálogo social en todas sus formas (información, consulta, participación, negociación colectiva bi y tripartita, acuerdos marco, pactos sociales, concertación, etc.), es sin lugar a dudas, un instrumento privilegiado de prevención o anticipación a los efectos de la crisis. Así lo declara, por lo demás, el ya mencionado Pacto Mundial para el Empleo, de la OIT.

En general, a pesar de su importancia, el diálogo social es una asignatura pendiente en América Latina⁽¹³⁾, a diferencia de lo que preponderantemente acontece en Europa.

Por otro lado, aún en los países en los que está más asentada, la herramienta del diálogo social no siempre es utilizada. En el Uruguay, por ejemplo, a comienzos de 2009, o sea, apenas percibidos los primeros efectos de la crisis, se verificaron dos experiencias contradictorias en el mismo sector, el automotriz, que son dos ejemplos antitéticos, de lo que se debe y lo que no se debe hacer.

Primer caso. En una empresa automotriz supuestamente afectada por la crisis, sin aviso previo, se suspende a un número importante de trabajadores, enviándolos al seguro de paro (de la impresión, inclusive, de que se incluyó a varios dirigentes sindicales y que de alguna manera se aprovechaba la excusa para adoptar una medida antisindical). Respuesta inmediata: ocupación de la empresa. Consecuencia posterior: intervención de la autoridad administrativa del trabajo para tratar de solucionar el conflicto, que fue tan intenso como prolongado.

Segundo caso. En los mismos días, en el mismo sector, otra empresa similar maneja el tema de manera totalmente distinta. Pierde importantes pedidos de exportación de auto

(13) Aunque no tanto en Uruguay, donde el sistema de consejos de salarios en general y el Consejo Superior Tripartito en particular, constituyen unos ámbitos de diálogo social de potencial utilidad para afrontar y anticipar los efectos de la crisis.

partes y entonces llama al sindicato, le da toda la información, y le consulta: “muchachos, este es el panorama, qué hacemos con esto”. Se inicia un proceso de negociación del cual surge un acuerdo: en vez de despedir o suspender a un grupo de trabajadores, se acuerda un sistema de envío rotativo al seguro de paro, no hay un solo día de conflicto y las autoridades nacionales no tienen necesidad de intervenir. ¿Por qué? Porque hubo información, porque hubo consulta, porque hubo una negociación, es decir, en este caso el diálogo social funcionó, se lo utilizó correctamente. En el otro caso, no.

En este mismo marco es necesario mencionar un pronunciamiento del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, que este mismo año, ante un despido colectivo de la empresa EMBRAER, dispuso que no debe procederse a una dimisión de esas características sin una previa negociación con el sindicato.

La negociación colectiva propiamente dicha es también, como surge de los últimos ejemplos mencionados, un elemento de diálogo social de especial utilidad en este caso.

Así, por ejemplo, es posible negociar colectivamente “cláusulas de salvaguarda” que prevean que en caso de verificarse cambios radicales en las condiciones económicas que se tuvieron en cuenta para la celebración del acuerdo, cualquiera de las partes podría solicitar la renegociación de tales condiciones. También es posible negociar “cláusulas de descuelgue”, de conformidad con las cuales una empresa que afronte dificultades económicas que le impida solventar los niveles salariales pactados en el convenio de rama, puede solicitar que se discuta su concreta situación⁽¹⁴⁾. Cabe agregar que la legislación argentina prevé, desde antes de la coyuntura desencadenada a fines de 2008, una especial “negociación colectiva de crisis”.

(14) Conf. LOUSTAUNAU, Nelson. *Breves comentarios sobre algunas novedades ocurridas en la reciente ronda de consejos de salarios*, en rev. *Derecho Laboral*, t. LI, n. 232, Montevideo, 2009, p. 757-758.

La reducción de la jornada es un tercer instrumento de anticipación, que proviene de una propuesta de los sindicatos europeos que se manejó insistentemente hace algunos años bajo el lema “trabajar menos para trabajar todos”, es decir, repartir el empleo existente. Aplicada a las situaciones de crisis, la propuesta consistiría en reducir el tiempo de trabajo y complementar o “llenar” ese tiempo reducido con capacitación. Desde hace tiempo, Brasil tiene un sistema de suspensión del contrato de trabajo para capacitación, con control sindical y financiación estatal, por un máximo de seis meses. Un convenio colectivo reciente de una empresa maderera uruguaya, prevé una reducción de la jornada semanal, con disminución salarial y compromiso de no envío de trabajadores al seguro de paro. En Nueva Zelanda se previó que cada diez días de trabajo efectivo, uno sea dedicado íntegramente a capacitación, con financiación estatal.

El conflicto colectivo también es, claro está, un instrumento de enfrentamiento a los efectos de las crisis sobre los trabajadores y como tal, puede operar tanto preventivamente — intentando evitar que tales perjuicios se produzcan — como *a posteriori*, con la finalidad de reparación de los daños causados. Es interesante destacar que precisamente en el marco del enfrentamiento de esta crisis, se habría verificado un cierto resurgimiento de la *ocupación del lugar de trabajo* en países en los cuales esta medida no era de uso frecuente. Se habría registrado esta estrategia en casos de riesgo de cierre de plantas o de reducción de la plantilla en Argentina, Inglaterra, Canadá, Francia, Irlanda, Polonia y Estados Unidos⁽¹⁵⁾.

(15) Conf. ARESE, Mauricio César. *Participación de los trabajadores en la negociación colectiva de crisis*, ponencia presentada al XIX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social (Sidney, Australia, 1-4 set. 2009), párrafo 1, y KLEIN, Naomi. *Revueltas obreras. De Argentina a Chicago*, en “Caras y caretas” n. 415, Montevideo, 28 ago. 2009, p. 34. En Uruguay, la ocupación siempre fue una práctica relativamente habitual y en general es considerada como una

4.2. Instrumentos mixtos

Además de los instrumentos laborales de anticipación o prevención de la crisis que acabamos de mencionar, hay instrumentos mixtos, de anticipación y de reparación, en el sentido de que pueden actuar tanto preventiva como reparatoriamente. El principal de ellos es todo el *régimen de despido*. El régimen general de despido gira, básicamente, en torno a las previsiones del Convenio internacional del trabajo 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El artículo 14, párrafo 2, del Pacto Mundial del Empleo de la OIT incluye a este convenio entre las normas internacionales del trabajo cuya aplicación es trascendente en relación con los efectos de la crisis.

Los conceptos básicos de un régimen razonable de despidos son muy simples: todo despido debe responder a una justa causa, justa causa que puede deberse a la conducta o incapacidad del trabajador, o que también puede deberse a razones económicas o tecnológicas objetivas de la empresa. Para este caso de despidos o reducciones de personal por causas económicas o tecnológicas objetivas de la empresa, debe existir un procedimiento con participación sindical y estatal. Este tipo de procedimientos son habituales y generalizados en Europa, pero bastante excepcionales en América latina. Por eso el Tribunal Superior del Trabajo de Brasil debió imponer jurisprudencialmente una instancia de negociación previa a la dimisión colectiva.

4.3. Instrumentos de reparación

Los instrumentos de reparación son los que operan *ex-post*. Ya se produjo el daño, ya hay trabajadores perjudicados por la crisis; entonces ¿qué podemos hacer para repararlos?

El primer sistema de reparación *ex-post* es el *seguro de paro*, que no es tan frecuente en América Latina. Sí lo es en Europa, pero no

expresión o modalidad del derecho de huelga, de conformidad con los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

en América Latina, donde solamente cinco países tienen un sistema de seguro de paro: Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Venezuela. Los demás carecen de un sistema de subsidio de desempleo, que es un instrumento de enfrentamiento a los efectos ya producidos por la crisis. El artículo 12, párrafo 1 (iii), del citado Pacto Mundial para el Empleo recomienda expresamente “incrementar la duración y cobertura de las prestaciones por desempleo”.

El otro gran instrumento de reparación del que lamentablemente carecemos en Latinoamérica, es un *fondo de garantía salarial*, previsto en el Convenio internacional del trabajo 173 del año 1992, de la OIT y vigente en los países europeos. En la segunda mitad de la década de los 80 Argentina aprobó una ley que preveía la creación de un fondo de garantía salarial, que nunca se puso en funcionamiento; en la misma época, el Poder Ejecutivo uruguayo formuló un proyecto de ley análogo que no fue aprobado. Estamos ante una de las grandes asignaturas pendientes de la legislación laboral latinoamericana. Su utilidad es obvia, porque en caso de insolvencia patronal, lo que se da con más frecuencia en épocas de crisis que en otras, la existencia de un fondo de garantía salarial permite cubrir los salarios que se han dejado de pagar por dicha razón.

4.4. La revalorización del papel de las normas laborales

Como se sabe, en los años 80 y 90 se cuestionó, con bastante frecuencia, la utilidad de la legislación laboral para la tutela de los derechos de los trabajadores y a veces hasta la misma existencia de tales derechos. A partir del cambio de siglo, esa tendencia comenzó a revertirse, tal como se señaló líneas arriba⁽¹⁶⁾.

Pero el Pacto Mundial para el Empleo viene a institucionalizar esa reacción en y desde el marco de la OIT. En efecto, este instrumento proclama el “respeto de los derechos de los trabajadores” (artículos 7, 12 y 14) en una clara superación de la lógica “empleos o derechos”,

(16) V. *supra*, nota 5.

suplantándola por otra: empleos con derechos. Del mismo modo, reclama “fortalecer el respeto de las normas internacionales del trabajo” y como ya se dijo, no solamente de los denominados “convenios fundamentales”, sino de todos, subrayando la particular importancia de otros no calificados como “fundamentales”, como los que se refieren a la política de empleo, a los salarios, a la seguridad social, a la relación de trabajo, a la terminación de la relación de trabajo y a la jornada (artículo 14, acápite y párrafo 2).

4.5. La acción sindical ante la crisis

El sindicato es, probablemente, el primer instrumento laboral de acción ante la crisis. La sola presencia de una organización sindical fuerte constituye un preventivo de algunos de los efectos perniciosos de la crisis para los trabajadores.

Pero la acción sindical no se agota en esa función profiláctica, sino que también juega un papel fundamental en la puesta en práctica de las demás acciones reparatorias ya reseñadas. Siendo por un lado, sujeto de la negociación colectiva, del diálogo social y del conflicto, y por otro, grupo de presión o factor de poder que incide en la adopción de leyes y decretos, del sindicato depende — al menos en parte — el funcionamiento de esas herramientas.

Ahora bien, parece claro que la estructura sindical predominante en Latinoamérica limita severamente ese papel del sindicato o su eficacia. En efecto, ¿en qué medida un sindicato, por lo general débil, de baja representatividad y claramente atomizado, puede afrontar con éxito una presión tan fuerte como la derivada de una crisis económica severa y sobre todo, de una dimensión global o, por lo menos, internacional? ¿En qué medida un sindicato de empresa, como el prevaleciente en la mayor parte de los países latinoamericanos puede confrontar un fenómeno que lo rebasa ampliamente? Hay allí un problema de escala que es insuperable para el sindicato de empresa⁽¹⁷⁾.

(17) Como se sabe, salvo en Argentina, Brasil y Uruguay (donde predomina el sindicato de rama de actividad),

Por otra parte, debe agregarse que, habida cuenta del origen externo de la crisis y su difusión internacional, parece claro que los ámbitos regionales e internacionales son, asimismo, particularmente apropiados — por no decir necesarios — para el diálogo social y la acción sindical en general. Esta ya no puede ser solamente nacional. Es indispensable la regionalización e internacionalización del sindicato, la negociación colectiva y el conflicto.

5. Instrumentos extralaborales de enfrentamiento a la crisis

Los instrumentos del Derecho del trabajo para enfrentar la crisis que acabamos de considerar son, sin duda, fundamentales y necesarios, pero no son suficientes. En efecto, las medidas más importantes son, en definitiva, las que provienen de afuera del mundo del trabajo propiamente dicho, las que proceden del mundo de la economía y de las finanzas, las que adopta el Estado como tal, y no sólo del Ministerio de Trabajo.

Estas medidas extralaborales anticrisis pueden ser sistematizadas en cuatro grandes tipos: la asistencia financiera a las empresas y sectores en dificultades, la asistencia financiera al consumo, la inversión en obras públicas, y la regulación estatal de la economía

5.1. Asistencia financiera a las empresas o sectores en dificultades

La asistencia financiera a empresas o sectores en dificultades, es la medida más utilizada y conocida, pero teóricamente al menos, debe consistir en una asistencia financiera socialmente orientada a atender a los damnificados más débiles, normalmente los trabajadores. Su objetivo no debería ser el de salvar a los apostadores irresponsables, sino de apoyar a los

en los demás países latinoamericanos, la ley impone o induce la estructura sindical descentralizada por empresa. De ahí la importancia de la iniciativa de la Confederación Sindical de las Américas (CSA) denominada “autorreforma sindical”, que apunta a generar una reforma autónoma que incluye la cuestión de la estructura.

sectores de la economía real afectados por esas apuestas, para que no produzcan daños laborales, para que no tengan que despedir a los trabajadores o despidan lo menos posible. Los ejemplos son conocidos: préstamos condicionados a que no haya despidos o deslocalizaciones, como hizo el gobierno francés, asistiendo a la industria automotriz gala con la referida condición; programas de asistencia financiera de los Estados Unidos con la condición “buy american” (compre americano): otorgamiento de subsidios para la reestructuración empresarial, pero a condición de la utilización de insumos nacionales; o el reciente apoyo estatal en los Estados Unidos a Chrysler y a General Motors, condicionado a un proceso concursal atípico o modificado para que los acreedores civiles y comerciales de la empresa no primaran sobre los acreedores laborales.

Sin embargo, un muy interesante informe del Instituto Internacional de Estudios Laborales de la OIT señala, muy críticamente, que la mayor parte de los actuales paquetes de estímulo están orientados hacia el rescate financiero, y hacia la infraestructura, y no hacia la creación de empleo, no hacia la protección social. Agrega este informe que en promedio, los paquetes de estímulo destinados a la economía real son cinco veces menores que los destinados al sector financiero y que las medidas de política social son sólo el diez por ciento del total de los paquetes fiscales⁽¹⁸⁾.

Análogamente, parecería que la insuficiencia de estos ajustes tradicionales alcanza al famoso plan del Grupo de los 20 comunicados en abril de 2009, que revitalizó el Fondo Monetario Internacional inyectándole una gran cantidad de dinero. Aparentemente, de ese gran “paquete” del Grupo de los 20, el 44% estaría destinado a los países del Grupo de los siete, o sea, los siete países más ricos del planeta, mientras que solo menos del treinta por ciento de ese paquete iría a los países subdesarrollados. Y para peor,

(18) IIEL, *La crisis económica y financiera*, OIT, Ginebra, 2009.

dentro de este menos del treinta por ciento, solo el 7% iría a los 50 países más pobres⁽¹⁹⁾.

Tal vez por esto se entienda una frase un poco llamativa *a priori*, del Director General de la OIT, que dice que las medidas han fracasado en enfrentar los desequilibrios estructurales que subyacen detrás de la crisis⁽²⁰⁾.

Si esto fuera efectivamente así, sólo cabría calcular cuándo será la próxima crisis, porque lo que se estaría haciendo sería solamente “tapar agujeros”⁽²¹⁾ y no solucionar el fondo del problema, o para ponernos a tono con el origen de esta crisis, habría que limitarse a apostar cuándo será la próxima crisis.

Esto ha sido así denunciado en un comunicado de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, según el cual, “los esfuerzos y los medios empleados para poner punto final a la caída pasan por el soporte a las grandes empresas concentradas y al sistema financiero, con una notable indiferencia comparativa por los efectos de la crisis sobre los trabajadores”⁽²²⁾.

5.2. Asistencia financiera al consumo

Está claro que además o en lugar del apoyo directo a las empresas, es posible implementar la medida menos ortodoxa de asistir al consumo, o en la terminología del Pacto Mundial para el Empleo, “impulsar la demanda” (artículo 11, párrafo 1). Trátase de transferencia de fondos a la comunidad para que esta ayude a las empresas adquiriendo sus productos o servicios.

También hay ejemplos de esta estrategia: en Alemania se subsidia hasta en 2500 euros la

(19) ZACHARIE, Arnaud. *La increíble resurrección del FMI*, en *Le Monde Diplomatique* en español, Buenos Aires, mayo 2009, p. 14.

(20) Comunicado de prensa de la OIT de 23 de abril de 2009, titulado “La OIT llama a un plan mundial para el empleo de carácter urgente que impida una crisis de trabajo prolongada y seria”.

(21) STIGLITZ, Joseph. *Crisis mundial, protección social y empleo*, en *Revista Internacional del Trabajo*, v. 128, n. 1-2, OIT, Ginebra, 2009.

(22) Puede consultarse su texto en la revista *Derecho laboral*, t. LII, n. 233, p. 240.

compra de un automóvil nuevo; en los Estados Unidos se implementó el plan denominado “dinero por chatarra”, que consiste en subsidiar parte de la compra de un automóvil nuevo contra entrega del usado, por un monto de hasta 4500 dólares; en Brasil se dispuso la rebaja de impuestos al consumo de electrodomésticos y automóviles, en el caso de la industria automotriz con el compromiso de no despedir.

5.3. Inversión en obra pública e infraestructura

Paralelamente a la asistencia de emergencia a empresas en dificultades y del apoyo al consumo, parecería que una medida más estructural sería la de invertir en obra pública e infraestructura. Tal lo recomendado por el Pacto Mundial del Empleo de la OIT: “obras públicas de emergencia y otros mecanismos de creación directa de puestos de trabajo” e “inversiones en infraestructura, investigación y desarrollo”⁽²³⁾.

5.4. Regulación de la economía

Si lo anterior pudiera parecer muy keynesiano, el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT va más allá y consolida el abandono del recetario neoliberal al postular, como medidas de enfrentamiento de la crisis, “una regulación eficaz y productiva de las economías de mercado” y “la construcción de un marco regulador y de control del sector financiero más fuerte y coherente a nivel mundial, de manera que dicho sector sirva a la economía real”⁽²⁴⁾.

6. Conclusiones

1. El papel del Derecho del trabajo ante la crisis, no puede ser otro que el de la protección del trabajador, la protección del más débil, que es su función de siempre, con o sin crisis (con mayor razón en situación de crisis) y no la protección de las apuestas ni del riesgo empresarial.

El riesgo es riesgo, es posibilidad de perder, y además, el riesgo asumido por el empleador

(23) Artículo 11, párrafos 8 y 10.

(24) Artículo 9 párrafo 10 y artículo 21 párrafo 1.

es de la esencia del Derecho del trabajo. Uno de los principios del Derecho laboral es el de la ajenidad del trabajador a los riesgos de la empresa o el de la asunción total de los riesgos por el empleador. La transferencia de los riesgos económicos al trabajador es siempre inadmisibles en la lógica del Derecho del trabajo.

2. El sindicato es uno de los principales instrumentos de prevención de los efectos nocivos de la crisis para el trabajador y, al mismo tiempo, es sujeto o actor de los otros instrumentos de acción ante la crisis (diálogo social, negociación colectiva, conflicto, promoción de la adopción de normas y políticas públicas). La debilidad e inadecuada estructura de los sindicatos de la mayor parte de los países latinoamericanos dificulta — cuando no impide — el ejercicio eficaz de esa función.

3. El Derecho del trabajo cuenta con instrumentos más o menos apropiados para lidiar con la crisis económica. Pero en última instancia, las soluciones de fondo, si es que las hay, deben venir de fuera del Derecho laboral, de allí donde fue generada la crisis.

4. En este sentido, la crisis puede ofrecer una oportunidad para que el movimiento sindical promueva la adopción de políticas más cercanas a lo que, tradicionalmente, han sido sus concepciones políticas y económicas. El Pacto Mundial para el Empleo de la OIT le ofrece una plataforma conceptual o ideológica de gran utilidad.

5. Lamentablemente, no hay certeza de que las cosas estén cambiando en la economía. Quienes provocaron la crisis no dudaron en reclamar y aceptar la intervención del Estado en su provecho, pero no parecen haber asumido ninguna autocrítica y vuelven a negar el papel del Estado en cualquier decisión que no sea en su directo beneficio.

Al contrario, parecería que la situación que permitió la irrupción de la crisis no fue modificada sustancialmente.

A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géný

Rosemary de Oliveira Pires^(*)

Resumo:

- ▶ O estudo pretende examinar a crise econômica global sob a ótica de ter possibilitado uma oportunidade de o mundo atual e o Direito do Trabalho, em especial, proceder a uma avaliação dos riscos de se manter o capital como eixo centralizador e condutor do trabalho humano. Considerando a estreita imbricação entre Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, surge, necessariamente, o debate sobre os novos rumos que a Justiça do Trabalho, em face de sua competência constitucional, pode tomar para ser agente ativo na mudança valorativa das partes na relação material e adjetiva, na medida em que o trabalho se sedimente como expressão maior da Pessoa e em condição hegemônica sobre o capital, este a servir e não ser servido por aquele, permitindo, com isso, a distribuição de uma tutela jurisdicional efetiva a todos os que vivem de sua força laboral e a ela recorrem.

Palavras-Chave:

- ▶ Crise econômica — Direito do Trabalho — competência da Justiça.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Desenvolvimento
- ▶ 3. Considerações finais
- ▶ 4. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Direito Civil pela UFMG. Doutoranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Sabará/MG – 3ª Região.

“O valor fundamental do direito, escreve Rigaux, é a prospectiva. ‘Se o direito tem um sentido é o de nos oferecer um projeto de sociedade futura e de contribuir, pelos métodos que lhe são próprios, para realizá-la.’ Esse projeto de sociedade persegue a igualdade, isto é, a liberdade para todos e a Justiça.”⁽¹⁾

1. Introdução

É dever permanente de todas as ciências culturais — nelas incluídas, por excelência, o Direito — o seu constante pensar questionador sobre se o conhecimento já acumulado e sempre se acumulando está em consonância com a realidade atual e o que devem aquelas ainda fazer para melhorar esta, dentro do processo histórico que lhes cabe alavancar.

Por isso, no desenvolvimento do tema da competência da Justiça do Trabalho, há que se pensar, necessariamente, em sua imbricação como Direito do Trabalho, atentando-se para o caráter instrumental do processo e do seu inquestionável papel na concretização do direito material em constante transformação.

Embora as relações laborais sejam vividas na empresa, é, também, no processo ou, mais corretamente dizendo, são, também, nos conflitos levados ao Judiciário, que se desemboca a concretude da vida real e onde a norma de direito é posta em xeque quanto à sua adequação. É no Poder Judiciário, também, que a atuação monopolista do Estado na solução dos conflitos encontra seu crucial momento de revelar sua operância e efetividade e, assim, justificar-se.

Tanto direito material quanto direito processual interferem, e são interferidos, pela realidade.

Por isso, a atenção acurada ao que se passa de transformador nessa realidade é fundamental.

A crise econômica global que eclodiu, sem precedentes dessa magnitude, alcançando em cheio não apenas as economias dos países periféricos, mas as grandes potências, mostrando

que o capital e a globalização construíram um único lugar, sem fronteiras nem religião, por certo, tem algo a nos dizer. Vale lembrar que o mundo ainda não saiu completamente da crise, havendo analistas econômicos que sustentam que apenas a primeira onda já foi vista nos mercados, não tardando a chegada da segunda onda supostamente ainda mais forte.

A política (com seu conceito de soberania) e a economia (com seu conceito de livre mercado) foram abaladas pela crise, queiram os governantes reconhecer, ou não, em seus discursos, exigindo profunda revisão dos seus objetivos centrais e funções axiológicas a serem perseguidas.

O Direito, como ciência cultural reguladora das relações sociais, não está à margem desse fenômeno que se descortinou, sem uma perspectiva absolutamente segura de quando acabará e mais, como acabará.

Por isso, o pensar a Justiça do Trabalho, que já supunha um pensar dos próprios rumos do Direito do Trabalho, passa a agregar mais um olhar: o que a crise financeira teria nos trazido ou está a trazer, na realidade, a exigir um envolvente e positivo construir?

Em outros termos, em face da realidade de hoje (o *donné*, de François Géný), o que se deve (o *construit*, de François Géný)? Qual o *donné* a partir do qual, ou com referência no qual, devemos dizer o que deve ser a respeito do mundo do trabalho?

2. Desenvolvimento

Alan Greenspan, o homem que durante dezoito anos — de 1987 a 2006 — comandou o banco central mais poderoso do mundo, acaba de se declarar “chocado” com a atual crise financeira.

Ele — e todo o sistema — acreditava que a regulação excessiva do governo não só era desnecessária, como também prejudicaria o bom uso dos instrumentos financeiros. Para Greenspan, o mercado exorcizaria seus fantasmas e expurgaria

(1) MORAES FILHO. Evaristo. *O direito e a ordem democrática*, p. 33-34.

seus próprios excessos. A autoregulação deveria resolver tudo.⁽²⁾

O chamamento do Estado ao sistema financeiro, passando a ser o principal acionista dos maiores bancos do mundo, reconhecida notoriamente como indispensável a sua intervenção para não gerar um colapso sem precedentes na economia mundial, por certo, abalou o discurso neoliberal. Ou seja, vários Estados passaram a comprar os bancos privados, estatizando-os ou adquirindo participação majoritária. Isso significa um claro sinal de que houve um adeus às forças absolutas da livre iniciativa ou ao jogo da vontade individual nesse campo. Agora, está provado que não é prudente, nem justo, deixar a atividade financeira exclusivamente nas mãos do privado, como se isso não gerasse risco para toda a sociedade. O capital acaba de dar mostras de sua incompetência em gerir por si só o mercado e desvelar seu perturbador perigo para toda economia global.

Essa nova experiência de atuação do Estado na economia representa não só o retorno à sua intervenção mais forte, inevitavelmente, afetando os mecanismos jurídicos, trazendo implicações, pois, no mundo do Direito. É mais que isso. Estabelecerá certamente novos rumos de várias instituições.

Como não crer que essa crise deve atingir em cheio a autonomia individual privada e, assim, toda a teoria contratual nela assentada? O intervencionismo estatal se fará ainda mais evidente através do mecanismo do dirigismo contratual, o que se dará no âmbito dos contratos de todos os ramos do Direito⁽³⁾.

(2) O Capitão Greenspan e Casablanca. In: *Revista Veja*, 29.10.2008, p. 85.

(3) O dirigismo contratual é mecanismo que promove limitações na liberdade original das partes na autofixação das cláusulas obrigacionais, em adoção a um sistema de defesas que impede que os fracos sejam espoliados pelos fortes e assegura o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais, escancarando o fenômeno conhecido como “crise da contratualidade”. Para a análise da crise da contratualidade no direito comum e sua imbricação do contrato de trabalho, ver PIREs, Rosemary de Oliveira. *A natureza*

Ainda mais especificamente, o que essa crise financeira, que, de fundo, é a crise do capitalismo moderno, tem a ver com o mundo do trabalho, com o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho? Quais serão as consequências finais para os trabalhadores com a quebra das instituições financeiras e, a reboque delas, das empresas de produção, em que se encontram os produtores da mais-valia?⁽⁴⁾

A recente crise do capitalismo financeiro aponta para algumas consequências de importância para o Direito do Trabalho e para a Justiça do Trabalho.

Nesse mundo capitalista, a crise do capitalismo financeiro vem mostrando que o modelo capitalista, daqui para frente, deverá ou pelo menos precisa ser outro. Se o mundo do capital vai ser outro, o trabalho inevitavelmente também vai, porque o trabalho está para o capital.

E, se vai ser outro, será para pior ou para melhor, relativamente, ao trabalho humano?

Primeiro, podemos pensar que, assim como a empresa financeira, o trabalho reforçará sua condição de ser antes público do que privado.

Se assim, logicamente, se caminhar, com muito mais facilidade ver-se-á o Direito do Trabalho como ramo do Direito Público e não do Direito Privado. Só o Direito Público do Trabalho poderá tentar dar resposta à legião de subempregados e desempregados que se formaram a partir dessa crise⁽⁵⁾, desde que coloque o

jurídica do fato jurídico originário da relação de emprego. Monografia final do Curso de Especialização promovido pela PUC Minas Virtual. Belo Horizonte: 2006.

(4) A Rádio CBN veiculou uma notícia em 28.10.08, informando que o Ministro Mantega, da pasta da Economia, se mostra impressionado ao constatar como a crise do sistema financeiro afeta rapidamente o sistema de produção. As empresas, segundo ele, já estão dispensando e se prevê uma onda de falências, em face da drástica redução do crédito.

(5) De acordo com notícia veiculada na Rádio França-CBN de 28.10.08, a França já contabiliza que serão 2 milhões de desempregados só para o final de 2008. O governo francês está anunciando que já colocará em funcionamento o mecanismo conhecido como “contrato de transição”, adotado no caso de dispensas em massa anunciadas pelas empresas, pelo qual o

trabalho na sua verdadeira condição de valor social e não apenas de peça na engrenagem da produção e especulação privadas.

Vale lembrar que, a partir da crise dos anos 70, identificou-se a multiplicação de formas precárias de trabalho subordinado e o processo de flexibilização e desregulamentação a que estamos metidos hoje.

Nesse novo contexto, muito mais que antes, o Direito do Trabalho terá que apresentar uma resposta justa ao homem trabalhador. Terá que repensar, com muito mais profundidade, seu destino epistemológico, revendo seu objeto, seus institutos e as especificidades de suas normas de tutela.

A Justiça do Trabalho, por sua vez, também deverá questionar seu papel na solução dos conflitos que se constituirão a partir dessa crise, buscando a eficiência do processo com a celeridade dos procedimentos e a efetividade de suas decisões.

Se antes passávamos pela crise do Direito do Trabalho na perspectiva das mudanças do mundo do trabalho humano, exigindo dessa disciplina uma nova moldura tutelar, a partir de hoje, passaremos a ter que avaliar o futuro do Direito do Trabalho em face também da crise do capital que comanda aquele, acirrando ainda mais a necessidade desse repensar profundo.

Como todos sabemos, o Direito do Trabalho, gerido a partir da Revolução Industrial, constituiu-se no foro de regulamentação específica do fenômeno do trabalho humano, embora, desde o nascimento, tenha assumido em seu núcleo central e monolítico a tutela do trabalho subordinado e a consequente regulação de sua forma jurídica que é o contrato empregatício.

Mas ninguém duvida que a noção clássica de subordinação, elemento próprio dessa

empregado continua a trabalhar por mais 12 meses na mesma empresa em que está empregado, mas com 80% do salário pago pelo governo, período em que recebe treinamento e especialização para melhor se preparar para a inserção do mercado e permanecer nesse tempo como consumidor, evitando a recessão de consumo e produção.

modalidade relacional, já não mais atende à justiça dos trabalhadores que tiveram que se adaptar a novas formas contratuais compatíveis com os sistemas de produção criados pelas empresas em busca incessante de sua sobrevivência ou de lucro ilimitado. Como exemplo, estão aí as formas de terceirização ou quarteirização, a produzir um nó de marinheiro no sistema jurídico de proteção.

Portanto, o modelo tradicional de relação empregatícia que dispara o sistema jurídico protetor se revela insuficiente para atender um número cada vez maior de trabalhadores envolvidos em outras formas atípicas de contratação, na maioria das vezes, precárias e fraudulentas.

Nesse sentido, o próprio contexto de caracterização do contrato empregatício se rompe, na medida em que se resente de nova e mais dinâmica conceituação, praticamente, todos os seus requisitos, quais sejam a subordinação, a pessoalidade, a não eventualidade e até a onerosidade.

Mas se o contrato empregatício está em perturbação na sua conformação interna, nem por isso está deixando de ser alvo das investidas daqueles que pretendem a desregulamentação estatal, visando fazer dele o condutor central da regulamentação, assim dita, autônoma (em sentido inverso, à desregulamentação heterônoma) dessa relação laboral.

A respeito, descreve-se o estado da disciplina na visão de ÁLVARES DA SILVA, alertando para o fenômeno da contratualização:

O esquema de proteção usado na tutela do trabalhador através de normas heterônomas inseridas nos contratos individuais, na era pós-moderna, está definitivamente rompido. A flexibilização e a desregulamentação desfizeram o estatuto protetor. O entendimento reduziu-se ao contrato. A desigualdade não é mais compensada. A tutela individual, prestada em abstrato pela lei, está definitivamente rompida. Esta “contratualização” das relações de trabalho e o esvaziamento, ou mesmo a revogação, da norma protetora

marcam uma nova fase do Direito do Trabalho. Construir um novo edifício sobre essa base é a sua missão atual.⁽⁶⁾

É interessante observar que o autor vislumbra esse quadro de valorização externa da contratualidade, mas reconhece a fraqueza que se encontra nesse mecanismo, revelando uma tendência da baixa regulação do Direito do Trabalho pela simples via do contrato de trabalho:

O Direito Individual do Trabalho, centrado no contrato de trabalho, não existe mais com a força de outrora. É apenas residual. Os sindicatos já não mais mobilizam as grandes massas de trabalhadores, porque as relações coletivas perderam sua base, centradas no contrato de trabalho.⁽⁷⁾

Não fosse toda essa discussão sobre a crise do Direito do Trabalho a partir de uma leitura da crise teórica da relação empregatícia e tem-se, ainda, a compor a questão o declínio dos níveis quantitativos do emprego em todo o mundo.

É que este modelo, mesmo se apresentando como ainda predominante, vem recrudescendo, dando lugar a outras formas de trabalho humano ou subformas de emprego, mais adaptadas às novas tecnologias e, mais ainda, aos interesses das forças produtivas empresariais.

Preocupado com a inequívoca redução do modelo de relação empregatícia tradicional e com os rumos do Direito do Trabalho, ÁLVARES DA SILVA segue sua análise histórica e prospectiva:

O trabalho subordinado é, portanto, um objeto passageiro do Direito do Trabalho. Foi apenas sua primeira intervenção no mundo capitalista para minorar o lado mais grave da prestação de serviço. Mas, na certa, não parará aí. Seu caminho é mais amplo e promissor. Trará, sem dúvida, para seus domínios a proteção maior do trabalho em si mesmo, como meio não só de sobrevivência,

mas também de integração do homem na sociedade.⁽⁸⁾

Sob a perspectiva da transformação por que passa o mundo do trabalho e nele o da relação de emprego típica, VIANA leciona:

Agora, já não é apenas o trabalhador livre que se faz empregado e, portanto, dependente; é o próprio autônomo que trabalha sem autonomia — não só técnica como econômica. Não é por outra razão que a doutrina italiana o tem chamado de “autônomo de segunda geração”.⁽⁹⁾

Por quaisquer desses ângulos em que se queira discutir a crise do Direito do Trabalho, quais sejam, pela via da crise da conceituação da relação de emprego e sua contratualidade ou pela via das novas formas de relações laborais que gravitam junto àquela interferindo na sua conformação ou simulando-a, parece inevitável que a análise deve buscar um novo ser do Direito do Trabalho, revendo e ampliando seu objeto tutelar.

Se as formas laborais já não são mais tão precisas (e tendem ainda mais a não ser com a crise do capital e seus certos desdobramentos) e se o subemprego e o desemprego rompem nossas portas, não resta dúvida de que é na Justiça do Trabalho que os respectivos conflitos desaguarão, aguardando e dela clamando a justa e efetiva solução.

Nesse panorama, o tema da competência material da Justiça do Trabalho apresenta-se, ainda, como de maior relevância, pois, sendo o ramo do Poder Judiciário especializado na aplicação do Direito do Trabalho no Brasil, sofrerá o imediato impacto havido nesta disciplina.

Impossível não identificar a estreita ligação entre as mudanças da Justiça do Trabalho e seus impactos no Direito do Trabalho, disciplinas que constituem duas faces da mesma moeda,

(8) *Ibidem*, p. 80.

(9) VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In: *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, p. 262.

(6) ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*.

(7) *Ibidem*, p. 11.

pois, em sentido inverso, quaisquer mudanças havidas no Direito do Trabalho geram também reflexos imediatos na atuação jurisdicional a que está instrumentalmente imbricado.

E, nesse quadro, voltam-se os olhos para o que representa a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que alterou substancialmente a redação do primitivo texto do art. 114 da Constituição Federal de 1988.

Avaliando e ressaltando o papel histórico dessa emenda na construção de um novo e envolvente Direito do Trabalho, afirma ÁLVARES DA SILVA, com entusiasmo:

A Emenda Constitucional n. 45/04 é a principal norma jurídica de nosso Direito do Trabalho, depois da CLT. Representa uma tentativa inédita, nos sistemas jurídicos atuais, de reunir o trabalho humano em uma única jurisdição, quando se manifeste numa relação jurídica. O Direito Comparado não nos dá mostras desta realização, nem ela se põe como objetivo do legislador de outros países cultos. Daí a importância da norma que o legislador agora coloca em nossas mãos.⁽¹⁰⁾

VIANA também, analisa o ponto positivo da EC n. 45/04, trazendo os argumentos relativos aos efeitos da precarização do trabalho subordinado e da criação de formas atípicas de trabalho à margem do emprego clássico:

Hoje, para um número crescente de trabalhadores, a única opção possível tende a ser o trabalho autônomo. Mas com uma diferença: ele passa a se articular, muito mais do que antes, com a grande empresa, que o utiliza em lugar do trabalho subordinado. E se ela o faz, é exatamente porque já consegue, de algum modo, controlá-lo à distância — não só do ponto de vista técnico mas econômico. Daí a grande importância da reforma. Ela oferece, pelo menos a Justiça do Trabalho, a esse homem que já não tem sequer a condição

formal de explorado, que lhe garantia a aplicação da CLT.⁽¹¹⁾

Aliás, VIANA traz uma luz sobre a interpretação da competência ampliada pela EC n. 45/04, ao explicar o próprio sentido da Justiça do Trabalho:

Tanto a sua estrutura, como o processo com o qual atua, o direito que aplica e até o perfil de seus juízes se relacionam com um certo tipo de conflitos, cujo traço marcante é a desigualdade entre as partes. O que a justifica, como Justiça Especial, não é tanto o fato-trabalho, mas a condição hipossuficiente do trabalhador.⁽¹²⁾

Vale lembrar que, já com o advento da Constituição Federal de 1988, falou-se à época que seu art. 114 fixara regra competencial mais alargada, abrangendo as lides que tivessem como sujeitos “*trabalhador e empregador*”.

A doutrina, tentando compreender a mudança de nomenclatura entre os polos da relação processual, viu ser aberto caminho, com tal dispositivo, para a incorporação da competência quanto às indenizações por danos de caráter moral ou material, mas mantido o entendimento de que a competência permanecia limitada às controvérsias entre empregado e empregador.

É entendimento corrente que o texto original da Constituição Federal de 1988 poderia ter levado a uma interpretação construtiva competencial ainda maior, mas esse avanço não se verificou na Jurisprudência, que se fez tímida quanto aos limites aplicativos dessa norma.

Essa atitude conservadora da Jurisprudência, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ressalta ainda mais a importância da Emenda Constitucional n. 45/04 numa época em que se afirmava de profunda crise de legitimidade do próprio Poder Judiciário.

Lembremos que o contexto político era de discussão dos próprios rumos institucionais da

(10) ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Op. cit.*, p. 11.

(11) VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, p. 269-270.

(12) *Ibidem*, p. 268.

Justiça do Trabalho, como uma reação a vozes, ainda que minoritárias, mas em movimento ascendente, que questionavam a própria existência deste ramo especializado, aos argumentos de inchaço da máquina burocrática, de seu elevado custo, da sua inoperância e não efetividade.

COUTINHO — então presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, órgão que contribuiu notavelmente nesse debate político — denunciou que as elites tinham como propósito fragilizar ainda mais o Poder Judiciário:

A crise de eficiência para essas figuras tão influentes, deve ser enfrentada mediante o enfraquecimento reducionista do Poder. (...) Muitas vezes, portanto, tentaram amesquinhar ainda mais a função judicante, em nome da liberdade de contratação, do respeito aos contratos privados e de tudo que pudesse assegurar o lucro sem a presença do incômodo Estado. O Documento n. 319, do Banco Mundial, indicava sórdido receituário da reforma judiciária para as economias periféricas (América Latina e Caribe), cujo eixo estava voltado para a instituição da súmula vinculante, o controle externo e do fomento aos meios alternativos de conciliação. Além da previsibilidade jurídica, para garantir a legalidade inquestionável dos seus negócios e dos contratos ricos em cláusulas ferozes contra a parte mais débil da relação, o capital tencionava diminuir a participação do estado-juiz na solução dos litígios.⁽¹³⁾

Esse aspecto da realidade política não passou despercebido também para DELGADO, que nesse particular apresenta interessante reflexão, ao justificar sua posição interpretativa do alcance competencial da emenda.

Para ele, se por um lado, se mostra inegável a face positiva de uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho, despontando o caráter

progressista e democrático da emenda, direcionado à busca da justiça social, por outro, pode se vislumbrar, em uma excessiva competência, a incorporação da cultura de desprestígio da Justiça do Trabalho.

Para o autor, o inciso I do art. 114, ao deslocar o foco competencial da Justiça do Trabalho da relação empregatícia *stricto sensu* (embora esta ainda incrustada) para a noção genérica e imprecisa da “relação de trabalho”,

(...) incorpora, quase que explicitamente, o estratagema oficial dos anos 90, do fim do emprego e do envelhecimento do Direito do Trabalho. A emenda soa como se o trabalho e o emprego estivessem realmente em extinção, tudo como senha para a derruição do mais sofisticado sistema de garantias e proteção para o indivíduo que labora na dinâmica socioeconômica capitalista, que é o Direito do Trabalho. A perda do foco no emprego — e seu ramo regulador — retira o coração e a mente da Justiça do Trabalho do seu papel social imprescindível de contribuir para a construção da justiça social, no conjunto do sistema institucional a que pertence.⁽¹⁴⁾

O alerta do jurista merece atenção crítica.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, caso envolva lides trabalhistas *lato sensu*, prestigia ou enfraquece o Direito do Trabalho, certo que este tradicionalmente ainda regula com quase exclusividade apenas a relação de emprego?

Esta é a questão.

Se for fixada a ideia de que o Direito do Trabalho deve permanecer com tal limitação do universo de sua proteção, a ampliação da competência a outras lides não reguladas por este ramo poderia retirar da Justiça do Trabalho sua especificidade e especialização, dotados que são seus membros, atualmente, de uma profunda sensibilidade para as relações por aquele ramo reguladas.

(13) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: mudança que contraria o perfil conservador da reforma do Judiciário. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. p. 93-94.

(14) DELGADO, Mauricio Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*, p. 296.

Mas e se considerarmos que o Direito do Trabalho compõe-se muito mais do que apenas pelas regras legais de direitos trabalhistas? Se sustentarmos que é possível e desejável a proteção do trabalho humano em suas mais distintas manifestações, vista sob a ordem principiológica da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, assim insculpida na Constituição Federal? O simples fato de o juiz do trabalho examinar tais lides, ainda que adotadas imediatamente as normas civilistas que regulam com especificidade tais relações laborais, mas com os olhos voltados para os princípios mencionados, isso não faria grande diferença?

Pensamos que sim.

Talvez seja, então, o caso de aproveitar esse momento histórico, com a redação dada pela emenda constitucional, e de rediscutir profundamente os rumos do Direito do Trabalho, como ramo que deve se atualizar e, nesse sentido, se expandir.

Novas formas de trabalho (e suas respectivas relações) advindas das mudanças tecnológicas e da profunda reestruturação por que passa a empresa moderna, em um contexto globalizado e altamente competitivo, estão a clamar um Direito do Trabalho mais incluyente e igualitário. Um Direito do Trabalho que revele quais são os direitos fundamentais aplicáveis a qualquer trabalhador por sua condição de pessoa e quais os que, além desses, devem se aplicar a outros tantos trabalhadores pela sua peculiar e diferenciada subordinação ao tomador de sua força de trabalho.

Desconsiderar o universo de novos trabalhadores que vem se formando à margem da relação de emprego clássica pode ser uma grande falácia para o Direito do Trabalho que se afirma e se exige protetor do trabalho humano em todas as suas dimensões.

Fixados nesse enfoque é que devemos apreciar criticamente as correntes que se formam na interpretação da competência material da Justiça do Trabalho.

Reza a Emenda Constitucional de 2004, alterando a redação original do art. 114 do texto original da Constituição Federal e 88, *in verbis*:

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

I – ações oriundas da *relação de trabalho*, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...)

Confrontando-se o texto anterior com o da emenda em análise, observa-se que o legislador procedeu à nova escolha vernacular, crucial para o debate.

Primeiramente, temos que a opção eleita torna inequívoca a natureza da competência trabalhista, entendendo-a de índole material e não em razão da pessoa, sepultando antigos debates, na medida em que passa a indicar a natureza da relação — relação de trabalho —, afastando-se da anterior expressão “*trabalhadores e empregadores*”.

A doutrina construída até aqui se distingue em três grandes correntes.

No que podemos chamar de primeira corrente, há os que entendem que a redação em nada alterou a competência primitivamente fixada, apenas substituindo o foco da competência sob a ótica dos sujeitos envolvidos para o da relação jurídica que os envolve. Ou seja, em vez de empregado (trabalhador) e empregador, o texto contemplaria a respectiva relação de trabalho que seria a relação empregatícia *strictu sensu*.

Essa corrente não acompanha o contexto de ampliação competencial que se encontra no bojo de toda a nova redação do art. 114 da CF e nem se afina com a regra de que as palavras devem guardar seu sentido técnico. Relação de trabalho não é exatamente o mesmo que relação de emprego: esta se insere naquela, esta é espécie daquela que é gênero. Não é admissível que o legislador constituinte tenha disso se descurado. Esta é, pois, uma corrente conservadora,

que não vem ganhando eco na atual jurisprudência.

A segunda corrente avança em relação ao entendimento retro exposto e sustenta que a EC n. 45/04 trouxe ampliação de competência, mas com limites. Discute-se quais as relações que devem ser excluídas, havendo unanimidade que, em princípio, devam ser a que tratem do trabalho por conta própria, mas seus adeptos divergem entre si sobre as relações que se incluem nessa competência, se as de direito civil (empreitada, prestação de serviços, mandato, equipe, cooperativa etc.) ou se as de direito público (funcionários e empregados públicos).

A terceira corrente é a mais abrangente quanto ao alcance competencial instaurado pela emenda. Os seus adeptos sustentam que todas as relações laborais devem ser chamadas à competência da Justiça do Trabalho, de modo que a tal ramo do Judiciário fossem destinadas as lides cujo objeto seja o trabalho humano realizado sob qualquer roupagem jurídica.

Embora essa última corrente não venha sendo acolhida como majoritária na doutrina e na jurisprudência, identificamos o crescimento em seus adeptos.

DELGADO, inicialmente mais cauteloso na definição da competência material da Justiça do Trabalho, em recente conferência por ocasião do 2º Seminário Nacional sobre ampliação da competência, ocorrido em abril de 2009 em Belo Horizonte, manifestou seu entendimento de que o mudança constitucional em exame ampliou significativamente a competência material da Justiça do Trabalho, alargando-a para todas as lides que envolvem relações de trabalho, independentemente do direito material que as regula, ressalvas feitas apenas ao servidores públicos, ante o entendimento do STF, e, ainda assim, apenas os de ingresso regular, e às relações de consumo.⁽¹⁵⁾

(15) DELGADO, Maurício Godinho. *Ampliação da competência da Justiça do Trabalho* — 5 anos depois. Textos do 2º Seminário Nacional, p. 59.

Também entendemos que ela é a que melhor se afina com a ideia de um Direito do Trabalho envolvente, que possa lançar julgamentos com padrões pelos menos principiológicos próprios dessa disciplina e conduza ao maior prestígio também da Justiça do Trabalho.

O fato de o julgador aplicar diferentes normas de proteção laboral conforme a especificidade da relação de trabalho tratada, em nada prejudicaria a visão de unidade que se pretende o caminhar do Direito do Trabalho e, portanto, da jurisdição que o serve.

Ao contrário. A reunião em jurisdição única dos conflitos de trabalho poderia favorecer a construção desse Direito do Trabalho mais envolvente, e também único, ao regular o trabalho humano em todas as suas manifestações e formas institucionais, valorizando o princípio constitucional da primazia do trabalho humano, o qual não estabelece qualquer excludente de aplicabilidade em face da formatação jurídica de que se reveste tal ou qual trabalho.

3. Considerações finais

Embora, hoje em dia, a economia em todo o mundo dê mostras de sua progressiva recuperação, o trauma ficou. Muitos desempregados ainda permanecem nessa situação no mundo inteiro e diversas empresas faliram, estão em recuperação judicial, entraram em concordata ou estão lutando para compensar os prejuízos que tiveram.

A lição, pois, deve ser extraída, adotando-se o ditado popular que há muito ensina ser melhor prevenir a ter que remediar.

A crise econômica global deflagrada pela quebra de instituições de empréstimo imobiliário dos EUA revelou não apenas a necessidade de uma regulamentação maior no que tange às operações financeiras das empresas, mas demonstrou que os riscos distribuídos em cadeia e desordenadamente alcançam toda a cadeia financeira e produtiva, sendo que nesta, os efeitos são ainda mais permanentes e catastróficos.

Atrair o trabalho ao risco empresarial, não apenas dos produtores, mas também dos agentes financeiros e investidores, é peso grande demais a recair nos ombros dos empregados e trabalhadores em geral.

O mundo tornou-se, de fato, uma aldeia global e todos os países se contaminam pela onda de crise deflagrada em uma economia influente como a norte-americana, abalando todas as demais economias, seja de países de primeira potência, sejam emergentes, sejam em escala mais dramática os de 3º mundo em que a justiça social é ainda mais negligenciada.

Não apenas o Direito do Trabalho carrega a tarefa de modernizar seus institutos, revendo, por exemplo, a necessidade de adoção de mecanismos que inibam, ou pelo menos dificultem, as dispensas em massa e se engaje na tentativa de formulação de um sistema jurídico único a abarcar os direitos fundamentais a todos os trabalhadores.

Também o Direito Processual do Trabalho, nesse passo, deve criar mecanismos para agilizar os processos que tenham por objeto violações de direitos materiais nesses tempos mais prementes e dramáticos, dada a real necessidade do empregado de obter rapidamente nova fonte de renda para sua subsistência alimentar.

Nesse contexto, a Justiça do Trabalho deve assumir seu papel grandioso, de acolher todos os conflitos do mundo do trabalho, logicamente, contando com a aparelhagem institucional necessária ao cumprimento responsável dessa missão.

A sensibilidade do juiz do trabalho, conquistada pela experiência no trato cotidiano dos problemas sociais relacionados ao mundo do trabalho com suas permanentes e céleres transformações, o autoriza a julgar todas as lides concernentes ao trabalho humano, garantindo os direitos fundamentais do trabalhador e forjando a nova tutela do trabalhador do século XXI. Contribuirá, por certo, não apenas na modernização da Justiça do Trabalho, mas na evolução

do Direito do Trabalho e na construção de uma sociedade mais justa e mais fraterna.

É o que queremos e precisamos.

4. Referências bibliográficas

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: mudança que contraria o perfil conservador da reforma do Judiciário. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho — 5 anos depois*. Textos do 2º Seminário Nacional. Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coelho Borges Stern, Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, organizadores. São Paulo: LTr, 2009.

GÉNY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Sirey, 1921.

LIMA, Taísa Maria Macedo de. O sentido e o alcance da expressão “relação de trabalho” no art. 114, inciso I da Constituição da República (Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004). In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

MELHADO, Reginaldo. Da dicotomia ao conceito aberto. As novas competências da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Relação de trabalho – contramão dos serviços de consumo. In: *Revista da AMATRA* 3, jun./jul. 2006.

MORAES FILHO, Evaristo de. *O direito e a ordem econômica*. São Paulo: LTr, 1984.

PIRES, Rosemary de Oliveira Pires. *A natureza jurídica do fato jurídico originário da relação de emprego*. Monografia final do Curso de Especialização promovido pela PUC Minas Virtual. Belo Horizonte: 2006.

Revista Veja. São Paulo: Editora Abril, 29.10.2008.

SILVA, Antônio Álvares. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: COUTINHO, Grijalbo Fernande; FAVA,

Marcos Neves (Coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In: COUTINHO, Grijalbo Fernande; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

A terceirização no setor de papel e celulose e a Justiça do Trabalho

Magda Barros Biavaschi^(*) e Marilane Oliveira Teixeira^(**)

Resumo:

- ▶ A terceirização é uma das formas de contratação flexível que mais avançou no Brasil a partir dos anos 1990, sendo, hoje, prática corrente em quase todos os segmentos econômicos das esferas pública e privada. O presente artigo está fundamentado em pesquisa desenvolvida junto ao Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Unicamp que analisa o papel da Justiça do Trabalho diante do fenômeno da terceirização nas décadas de 1980 e 1990, com foco no setor de papel e celulose. Desenvolvida a partir de processos ajuizados no período, da jurisprudência pesquisada nas páginas da Internet de alguns Tribunais e de entrevistas com magistrados, advogados, sindicalistas e membros do Ministério Público do Trabalho com atuação relevante nesses processos ou no âmbito do setor analisado, essa pesquisa aborda a terceirização em seus vários aspectos, debruçando-se sobre o setor pesquisado. Compreendendo o fenômeno da terceirização como expressão do movimento mais geral do capitalismo, lança elementos para o debate sobre essa forma de contratar e sobre o papel do Poder Judiciário do Trabalho.

Palavras-Chave:

- ▶ Terceirização — contratação atípica — Justiça do Trabalho — capitalismo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A terceirização e a pesquisa
 - ▶ 2.1. Especificando alguns conceitos
- ▶ 3. Os movimentos do capitalismo e o setor objeto da pesquisa
 - ▶ 3.1. O setor de celulose e papel no Brasil: rápida caracterização
- ▶ 4. Os resultados parciais e a Justiça do Trabalho
 - ▶ 4.1. A amostra de Guaíba/RS
 - ▶ 4.2. A amostra da 15^a Região
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Bibliografia consultada

(*) Desembargadora Aposentada do TRT4. Doutora em Economia Social e do Trabalho pelo Instituto de Economia da Unicamp. Pós-doutoranda em Economia Social e do Trabalho no Instituto de Economia da Unicamp, com pesquisa sobre terceirização em andamento no

CESIT/IE/UNICAMP. Pesquisadora voluntária do CESIT/IE/UNICAMP.

(**) Economista. Doutoranda em Economia Social e do Trabalho no Instituto de Economia da Unicamp.

... deixam-se consumir em nome
da integração que desintegra
a raiz do ser e do viver.

[Carlos Drummond de Andrade,
entre Noel e os índios]

1. Introdução

O presente texto, fundamentado em pesquisa em andamento no Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da UNICAMP, CESIT/IE/UNICAMP — “A Terceirização e a Justiça do Trabalho” — que busca analisar o papel da Justiça do Trabalho brasileira diante do fenômeno da terceirização, tem como foco a indústria de papel e celulose e como marco temporal o Enunciado n. 256 e a Súmula n. 331⁽¹⁾ do Tribunal Superior do Trabalho — TST, elegendo, como fonte primária específica, processos judiciais que tramitaram no período.

Dividido em quatro partes, o artigo inicia com a apresentação da pesquisa para, a seguir, especificar os conceitos e as compreensões nela adotadas. Depois, faz considerações sobre o movimento mais geral do capitalismo, abordando a terceirização a partir dessa óptica, com foco no setor da indústria do papel e celulose. Na sequência, a partir certos dados extraídos, sobretudo, dos processos que tramitaram na antiga Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba/RS [TRT4] e, também, daqueles que integram a amostra da 15ª Região [TRT15], complementados por pesquisa na página da Internet do TST e por entrevistas realizadas com atores com atuação relevante nos processos estudados ou no setor pesquisado, procede a algumas análises, traçando comparações. Por último, as considerações finais.

(1) O Enunciado n. 256 do TST, aprovado pela Resolução n. 04/1986 [DJ 30.9.86], foi revisto pela Súmula n. 331, em 1993. No inciso IV, essa Súmula atribui responsabilidade subsidiária ao tomador quanto aos direitos trabalhistas dos trabalhadores contratados pelas terceiras. Em 2000, a Resolução n. 96 [DJ 18.9.2000], alterando o inciso IV, estendeu a responsabilidade subsidiária para os entes públicos.

2. A terceirização e a pesquisa

A terceirização é uma das formas de contratação flexível que mais avançou no Brasil a partir dos anos 1990, sendo, hoje, prática corrente em quase todos os seguimentos econômicos das esferas pública e privada. Podendo expressar tanto um fenômeno interno quanto externo ao contrato de trabalho⁽²⁾, vem sendo adotada como estratégia utilizada pelas empresas para reduzir custos, partilhar riscos e aumentar a flexibilidade organizacional⁽³⁾. A partir de 1990, houve maior pressão no sentido flexibilizador do mercado de trabalho, com reflexos nos regimes de contratação. Nesse contexto, ganhou maior dimensão o movimento de terceirização da mão de obra.

Muitos têm sido os debates em vários setores da sociedade envolvendo economistas, operadores do direito, empresários, trabalhadores, sociólogos e historiadores, sobre a terceirização, focando-a no cenário das transformações que se têm operado no mundo do trabalho a partir, sobretudo, da década de 1990.

O trabalho⁽⁴⁾ elaborado no bojo de pesquisa no Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho — CESIT/IE, que quantifica o serviço terceirizado no País, faz referência à Pesquisa da Atividade Econômica Paulista [PAEP/1996]. Esta demonstra que 96% das empresas industriais que desenvolviam serviços especializados de assessoria jurídica contratavam o serviço de terceiros, quer de forma parcial ou

(2) Cf. VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*, 2006. mimeo.

(3) Cf. KREIN, José Dari. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005*. Tese de doutoramento. IE/UNICAMP, Campinas, 2007.

(4) Márcio Pochmann, professor do IE/UNICAMP, pesquisador do CESIT, hoje, Presidente do IPEA, foi coordenador da pesquisa sobre os trabalhadores terceirizados. O texto: *Terceirização e diversificação nos regimes de contratação de mão de obra no Brasil*. Campinas, agosto de 2006, s. ed., discute os principais aspectos da terceirização no Brasil, tendo como base de dados primários o IBGE [PNAD], e o Ministério do Trabalho e Emprego [RAIS e CAGED].

integral. E, ainda, que 75% das empresas industriais que prestavam serviços de processamento de dados e desenvolvimento de *software* na região metropolitana de São Paulo terceirizavam o serviço. O estudo refere-se, também, à Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo IBGE, entre 1995 e 2004, cujos dados demonstram que, considerado o total da ocupação no período, foram os postos de trabalho terceirizados formais os que mais cresceram⁽⁵⁾.

Esses estudos não têm, no entanto, repercutido em análises mais detalhadas sobre o papel que a Justiça do Trabalho e suas decisões têm desempenhado nesse campo e, muito menos, sobre sua dinâmica. É uma ausência que a pesquisa “A Terceirização e a Justiça do Trabalho” busca suprir, propondo-se a analisar processos de autos findos⁽⁶⁾ que tramitaram nas 4ª e 15ª Regiões, tendo no polo passivo, respectivamente, duas expressivas empresas do setor de papel e celulose, RIOCELL [hoje ARACRUZ] e KLABIN. Valendo-se, ainda, da jurisprudência de alguns Tribunais Regionais e do TST pesquisada em suas páginas da Internet e de entrevistas com magistrados, Ministros do TST, membros do Ministério Público do Trabalho, advogados e sindicalistas, a pesquisa busca interagir pensamentos e decisões com a produção jurisprudencial que, do entendimento consubstanciado no Enunciado n. 256 do TST, desembocou na Súmula n. 331. Dessa forma, envolve um conjunto representativo de decisões e julgadores com atuação destacada nas demandas, tendo como objeto a terceirização, permitindo que as decisões proferidas sejam observadas em suas dinâmicas específicas, abrindo, assim, um campo de investigação novo. Isto é, um olhar sobre o mundo jurídico por meio de caminhos historiográficos⁽⁷⁾. Do bojo das discussões travadas

(5) A terceirização adicionou 2,3 milhões dos 6,9 milhões de empregos formais gerados no setor privado.

(6) São os feitos encerrados por determinação judicial para arquivamento definitivo.

(7) Segundo Ângela Maria de Castro Gomes, em conferência encaminhada ao I Encontro da Memória da Justiça do Trabalho, ainda não são comuns os trabalhos de

nesses pleitos, o contexto socioeconômico aparece com seus significados e significantes. E, ao eleger processos judiciais como fonte primária prevalente, a pesquisa acabou por se inserir em outra discussão, muito atual, sobre a necessidade de serem aprofundados estudos sobre a preservação dos processos judiciais e dos documentos que estes contêm, compreendendo-se a preservação como direito do cidadão⁽⁸⁾.

A pesquisa iniciou-se pela análise dos processos de Guaíba/RS, berço importante das práticas de terceirização no setor. Foi na antiga Junta de Conciliação e Julgamento dessa cidade que tramitou paradigmática a Ação Civil Pública [Processo n. 1927/91], o “carro-chefe”, por assim dizer, da pesquisa. Em 1991, o Ministério Público do Trabalho [MPT], por meio de sua Procuradoria Regional, impetrou essa ação contra a empresa RIOCELL S/A, instalada naquela cidade, visando coibir a prática da terceirização, tal como vinha sendo praticada. Julgada procedente pela JCJ — decisão quase integralmente ratificada pelo Regional [TRT4], com pequena ressalva —, o caso chegou ao TST, que, modificando a decisão do Regional [Acórdão n. 14.676/92⁽⁹⁾], extinguiu o feito sem exame do mérito por entender que o

historiadores que elegem o arquivo como objeto de estudo. No entanto, diz ela, esse interesse está crescendo em número e qualidade [CASTRO GOMES, Ângela Maria de. Justiça do Trabalho no Brasil: notas de uma pesquisa. In: BIAVASCHI, Magda Barros; LÜBBE, Anita; MIRANDA, Maria Guilhermina (Orgs.). *Memória e preservação de documentos: direitos do cidadão*. São Paulo: LTr, 2007. p. 19-30].

(8) As Resoluções dos I e II Encontros da Memória da Justiça do Trabalho estão disponíveis em: <www.trt4.jus.br/memorial>.

(9) A tese do MPT era a de que as atividades terceirizadas pela Riocell/RS eram-lhe indispensáveis, algumas inseridas em suas finalidades estratégicas. O Acórdão concluiu pela legalidade da contratação dos serviços de conservação e limpeza e dos ligados à atividade-meio da Riocell/RS, desde que ausentes a pessoalidade e a subordinação; ilegalidade das atividades de contador, *office boy*, telefonista, analista de recursos humanos e recepcionista, executadas no interior da planta industrial e, incontroversamente, de forma pessoal e subordinada; ilegalidade do plantio, corte e descasque de madeira por atenderem à finalidade básica da RIOCELL S/A.

Ministério Público do Trabalho não tinha legitimidade para propor a ação. Dessa forma, a tese do Regional foi vencida em sede de Recurso de Revista.

Essa ação indica o potencial analítico de todos os processos judiciais ajuizados perante o Poder Judiciário. Potencial que transcende o âmbito do jurídico, possibilitando que em fontes primárias de inegável valor histórico sejam encontrados documentos, testemunhos, rastros, que permitam ao pesquisador recuperar, por exemplo, o papel histórico das lutas dos diversos atores sociais estampadas nos pleitos, a dinâmica desses conflitos, o contexto socioeconômico da época e, especificamente, para a presente pesquisa, o papel do Judiciário Trabalhista diante do fenômeno da terceirização. Com essa referência, sublinha-se a riqueza do estudo da história dos processos judiciais e a relevância do caso *Ministério Público do Trabalho x RIOCELL S/A* para a análise do tema em foco, justificando-se a escolha da cidade de Guaíba como ponto de partida para sua realização. Por isso, o estudo iniciou-se nesses pleitos, com definição de metodologia que, depois, com algumas adequações, será adotada para os demais processos a serem pesquisados.

Há outros elementos, de ordem socioeconômica, que contribuíram para a escolha do acervo e que, em face dos limites deste texto, não serão analisados. No entanto, é importante destacar que no Brasil, no período pós 64, políticas governamentais voltaram-se à formação de florestas e reflorestamentos, na forma de incentivos fiscais e financiamento a baixo custo. Na década de 1970, em meio a uma nova fase de expansão do setor de celulose, enquadrada nos planos do regime militar — o II Plano Nacional de Desenvolvimento, PND e, especificamente, o I Plano Nacional de Papel e Celulose —, surgiu a BORREGARD⁽¹⁰⁾ que se tornou a

expressão econômica em Guaíba e arredores e que, além do impacto econômico, introduziu na agenda a questão ambiental.⁽¹¹⁾ Já os anos 80, marcados pela crise da dívida externa, levaram a uma política geral de recessão no mercado interno e de maiores incentivos à exportação, atingindo as indústrias do setor que se adequara a essa nova realidade. Nos anos 90, a abertura comercial pressionou as empresas nacionais para o que se convencionou chamar de “modernização”, incluindo os temas da redução de custos, aumento de produtividade e qualificação do produto. O tema da terceirização insere-se nessa complexidade.

Quanto à 15ª Região, a escolha justifica-se pela presença da empresa KLABIN em algumas cidades do Estado de São Paulo que a integram e, também, pelo fato de que essa empresa, no período foco da pesquisa, integrava o KIV — Consórcio Controlador da RIOCELL, composto pela KLABIN, IOCHPE e VOTORANTIN. Realidade, aliás, estampada nos autos dos processos historiados os quais revelam que, por período determinado, a própria razão social da RIOCELL foi alterada para KLABIN-RIOCELL S/A. Além disso, tanto a 4ª como a 15ª Regiões, contam,

pele Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico — BNDES, com 12,5%. As ações foram vendidas em valor acima do estimado pelo mercado. Os acionistas minoritários da ARACRUZ, sentindo-se prejudicados, reclamaram à Comissão de Valores Imobiliários, CVM, a ação que se prolongou até o mês de agosto deste ano, quando a assembleia de acionistas terminou por aprovar a transação. A nova empresa, FIBRIA, começa a operar com dívida de cerca de R\$ 10 bilhões [soma de dívidas da ARACRUZ e do endividamento da VOTORANTIM pela desvalorização das *commodities* durante processo de compra]. A empresa que, segundo um dos principais executivos da Votorantim, é a maior de celulose do mundo, conta com 15 mil trabalhadores e com faturamento anual estimado de mais de R\$ 6 bilhões. Disponível em: <www.aracruz.com.br> Acesso em: 7 maio 2009; <www.bndes.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2009; <www.estadao.com.br>.

(10) Depois RIOCELL, KLABIN e ARACRUZ. No início de 2009, o Grupo VOTORANTIM fechou negociações para compra de ações da ARACRUZ. O controle acionário da ARACRUZ passou a ser exercido pelo grupo VOTORANTIM, com 84% do capital votante, e

(11) Em 1973, foi inaugurada a unidade da KLABIN em Jundiá/SP, originada na empresa Igaras Papéis e Embalagens Ltda. A KLABIN produz e exporta papéis, recicla, produz e comercializa madeira. Dados sobre a empresa podem ser encontrados em: <<http://www.klabin.com.br/pt-br/home>> Acesso em 20 jan. 2009.

respectivamente, com o Memorial e o Centro de Memória com acervos preservados e em condições que facilitam a pesquisa.

Do período foco do estudo — 1985-2000 — foram 381 os processos que tramitaram em Guaíba/RS contra a empresa RIOCELL envolvendo terceirização. Definido o universo a ser pesquisado na Região, procedeu-se a uma tipificação com três tipos: A, B e C, respectivamente: processos que findaram no primeiro grau; processos que foram ao TRT; e, por fim, os que, pela via do Recurso de Revista, chegaram ao TST. Quanto à periodização, os processos foram agrupados a partir de três momentos: 1985-1990 — período de construção e vigência do entendimento consagrado pelo, então, Enunciado n. 256 do TST; 1991-1995 — período de transição entre o Enunciado n. 256 e a formação do entendimento que se vai expressar na Súmula n. 331 do TST, em 1993; e, 1996-2000 — período de consagração do entendimento contemplado pela Súmula n. 331. Quanto aos processos da 15ª Região [TRT15], a pesquisa não se limitou a uma unidade judiciária específica, como aconteceu na 4ª Região. Envolveu toda a Região. Mesmo assim, e apesar das incessantes buscas e do esforço incansável dos servidores do CMAC, o número de processos encontrados na Região ajuizados contra a KLABIN discutindo terceirização no período da pesquisa é bastante reduzido quando comparadas às duas amostras, tendo sido localizados 80 processos de autos findos. Tanto os processos de Guaíba/RS quanto os da 15ª Região [TRT15], que compõem as respectivas amostras, foram catalogados, micro-filmados, digitalizados, historiados e fichados, com dados tabulados e análises realizadas a partir do contexto em que foram proferidas as decisões.

Para o presente artigo serão considerados, sobretudo, os resultados obtidos com o exame dos processos de Guaíba/RS, objeto de Relatório Científico Parcial referente à primeira fase da pesquisa, 2007-2008, encaminhado e aprovado pela FAPESP, tecendo-se, ainda, algumas considerações sobre aqueles obtidos a partir do estudo

dos 80 processos que compõem a amostra da 15ª Região [TRT15], procedendo-se a algumas análises comparativas. Como os dados extraídos desses 80 processos — que, depois de dificuldades na busca e localização, foram selecionados, micro-filmados e digitalizados — fizeram parte do Relatório Científico Final encaminhado à FAPESP no final de outubro de 2009, tendo sido comunicada sua aprovação integral apenas na data de hoje, optou-se por priorizar aqueles elementos objeto de Relatório aprovado há mais tempo. No entanto, certos dados extraídos da amostra da 15ª Região [TRT15] serão analisados, os quais, comparados com os de Guaíba/RS e complementados com a pesquisa na página da Internet dos Tribunais e com as entrevistas realizadas, possibilitam algumas reflexões que transbordam os limites regionais, permitindo que se avalie, ainda que parcialmente, a tendência das decisões nos períodos pesquisados.

2.1. Especificando alguns conceitos

Estado e terceirização são compreendidos de formas distintas por diversos autores. Conceituá-los não é tarefa simples.

Quanto ao Estado, adota-se a *teoria relacional do poder*, de Poulantzas⁽¹²⁾. Para ele, o Estado é uma relação. Não pura e simplesmente a condensação de uma relação, mas uma condensação material de forças, isto é, a condensação material e específica de uma relação de forças entre classes e frações de classe. Como o lugar de cada classe, ou do poder que detém, é delimitado pelo lugar das demais classes, esse poder não é uma qualidade a ela imanente; depende e provém de um sistema relacional de lugares materiais ocupados pelos agentes. O poder político de uma classe e a capacidade de tornar concretos seus interesses políticos dependerá não somente de seu lugar de classe em relação às outras classes, mas, também, de sua posição estratégica relativamente a elas.

(12) POULANTZAS, Nicos. *Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

Quanto à terceirização, uma das dificuldades de conceituá-la reside nas distintas formas pelas quais se vem apresentando no mundo do trabalho, bem como na multiplicidade de conceitos e de terminologias que lhes são atribuídas por autores de diversas áreas do conhecimento⁽¹³⁾. Essa multiplicidade conceitual e terminológica se expressa tanto nas distintas normatizações adotadas pelos países quanto nas dificuldades que, em nosso país, se tem encontrado para se estabelecer os parâmetros para a constituição de uma lei regulamentadora⁽¹⁴⁾. Oscar Uriarte, em um estudo no qual busca sistematizar as diversas compreensões do fenômeno na América Latina, comenta que uma das dificuldades de se analisar o fenômeno da “Subcontratação”, terminologia que ele usa, está localizada na variedade de sentidos por meio dos quais a expressão é utilizada⁽¹⁵⁾.

Com contornos variados e, por vezes, de forma simulada, a terceirização pode ser reconhecida, dentre outras, segundo Krein⁽¹⁶⁾: na contratação de redes de fornecedores com produção independente; na contratação de empresas especializadas de prestação de serviços de apoio; na alocação de trabalho temporário por meio de agências de emprego; na contratação de pessoas jurídicas ou de “autônomos” para atividades essenciais; nos trabalhos a domicílio; pela via das cooperativas de trabalho; ou, ainda, mediante deslocamento de parte da produção, ou de setores desta, para ex-empregados. Nessa dinâmica, chega-se a presenciar

o fenômeno da terceirização da terceirização, quando uma empresa terceirizada subcontrata outras, e o da *quarteirização*, com a contratação de uma empresa com função específica de gerir contratos com as terceiras e, mais recentemente, os contratos de facção e de parcerias. Por vezes, a adoção de certos mecanismos jurídicos que ocultam a figura do real empregador pode trazer dificuldades para se definir os verdadeiros polos da relação de trabalho. Por isso, é importante um conceito amplo que melhor dê conta dessa complexidade.

Do ponto de vista jurídico, segundo Viana, a terceirização desafia não só o princípio protetor, mas o próprio conceito de empregador, provocando ruptura no binômio empregado-empregador [= um sujeito que *admite e assalaria* e outro que *dirige* a prestação dos serviços]⁽¹⁷⁾. Há um intermediário na relação entre trabalhador e empresa a quem aproveita da força-trabalho⁽¹⁸⁾, contratando o tomador dos serviços a força de trabalho de que necessita de forma indireta e descentralizada. Ainda juridicamente, a terceirização pode ser compreendida de forma ampla ou restrita, interna ou externa, correspondendo sempre a uma das hipóteses em que um terceiro entra na relação de emprego.

Em sentido amplo, identifica-se com a tendência empresarial e produtiva de realizar parte de suas atividades por meio de outras unidades, mais ou menos independentes, incluindo toda a operação — econômica ou de organização da atividade empresarial — de terceirização ou descentralização, qualquer que seja o instrumento jurídico ou a forma contratual utilizada. Em sentido estrito, a identifica como mecanismo descentralizador que envolve uma relação trilateral estabelecida entre a empresa que contrata os serviços de outra empresa, terceira, a qual, por seu turno, contrata trabalhadores cujos serviços prestados destinam-se à tomadora.

(13) Grün, por exemplo, trata a terceirização no contexto da sociologia dos comportamentos dos mercados financeiros e das Finanças [GRÜN, Roberto. A sociologia das finanças e a nova geografia do poder no Brasil. In: *Tempo social*, revista de sociologia da USP, v. 16, n. 2, p. 151-176].

(14) Esse tema transborda os limites do presente texto, mas foi objeto de investigação na pesquisa que o fundamenta.

(15) URIARTE, Oscar Ermida; COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Uruguay, 2008, mimeo.

(16) Tipologia em José Dari Krein [KREIN, José Dari. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005*. Op. cit.].

(17) Cf. VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito*, 2006.

(18) Cf. VIANA, Márcio Túlio et alii. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei n. 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998.

Em sentido interno⁽¹⁹⁾, a terceirização é usada para expressar uma situação em que alguém se coloca entre o empregado e o tomador dos serviços. Já no sentido externo, expressa fenômeno externo ao contrato de trabalho, evidenciando, por exemplo, a situação em que alguém se coloca entre o empresário e o consumidor. No entanto, esclarece, uma e outra são faces de um mesmo fenômeno, refletindo-se da mesma maneira nas relações de poder entre capitalistas e trabalhadores.

Aborda-se a terceirização de forma ampla para que se possa melhor dar conta de sua complexidade e de suas várias formas de expressão, as quais, por vezes, podem trazer dificuldades à sua caracterização, especialmente em tempos em que se observa um movimento de retorno aos ajustes de natureza civil, como empreitadas, contratos de facção, projetos de fomento que, no setor analisado, são espaços em que a terceirização — quando se a compreende de forma ampla — se tem ampliado consideravelmente. Aliás, esses contratos podem significar formas criativas de ocultamento ou simulação que, no limite, eximem de responsabilidade os verdadeiros beneficiários da força de trabalho.

3. Os movimentos do capitalismo e o setor objeto da pesquisa

Conforme J. Schumpeter, os capitais estão sempre em busca de lucros extraordinários, numa verdadeira “compulsão”. Para tanto, introduzem inovações na forma de produzir e organizar a empresa, e relacioná-la com outras empresas. Movido por um impulso que o mantém em funcionamento, o capitalismo vai engendrando, incessantemente, novas formas de organização.⁽²⁰⁾ O fenômeno da terceirização insere-se nessa complexidade.

Com o esgotamento do padrão de acumulação do pós-guerra — a chamada *Era de Ouro* —, o capitalismo ingressou em nova fase, impulsionando, principalmente nos anos 1980 e 1990, um conjunto de transformações que afetaram a estrutura social das mais diversas formas. É no bojo desse movimento que um amplo processo de reestruturação do capital forjou seus espaços, visando a acelerar seu desenvolvimento, com fortes consequências para o mundo do trabalho e com reflexos importantes na própria organização da classe trabalhadora.⁽²¹⁾

Não se pretende analisar o capitalismo e, tampouco, o processo de mutação no interior de seu padrão de acumulação. Apenas localiza-se esse movimento de transformações com reflexos em diversas esferas da sociabilidade humana, para que, nele, se busque compreender o fenômeno da terceirização. Este, uma estratégia do capital no sentido de sua reorganização, movido por um conjunto de ações embasadas em concepções de caráter liberal, no suposto da integração aos circuitos globais no mercado financeiro e de capitais. Mas é importante ressaltar que essas mudanças aparecem inseridas no contexto de um conjunto de transformações em nível mundial, ainda que as especificidades de determinado país ou região sejam relevantes para definir o raio de manobra dos Estados nacionais no estabelecimento de suas próprias políticas.

Do ponto de vista da composição dos interesses no interior do Estado americano, por exemplo, segundo Belluzzo, houve importantes alterações na política econômica entre 1970 e 1980. Em resposta às ameaças à hegemonia do dólar e associadas à recuperação do predomínio da alta finança, foram impulsionadas mudanças,

(19) VIANA, Márcio Túlio. *Terceirização e sindicato*: um enfoque para além do direito. *Op cit.*

(20) Num processo que revoluciona a estrutura econômica por dentro, destruindo a anterior e gerando uma nova: o processo de “destruição criadora”. Ver SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. New York: Harper & Row, 1975, p. 82-83. Sobre o tema, consultar: SILVEIRA, Carlos E. F. *Desenvolvimento tecnológico*

no Brasil: autonomia e dependência num país periférico industrializado. Tese submetida ao Instituto de Economia da Unicamp para obtenção do título de Doutor em Economia Aplicada. Campinas 2001.

(21) O enfraquecimento da resistência dos trabalhadores foi relevante para abrir caminhos a esse movimento do capital, em sua nova etapa. Ver CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1994.

as quais são um dos fatores que determinaram os movimentos de internacionalização financeira, *gestados pela desorganização do sistema monetário de pagamentos*⁽²²⁾. Ao apagar das luzes dos anos 1970, por meio de elevação sem precedentes nas taxas de juros, os EUA buscaram resgatar a supremacia do dólar como moeda-reserva, questão vital para manter sua liderança do sistema financeiro e bancário no âmbito da concorrência mundial⁽²³⁾. A partir de então, as políticas econômicas dos demais países tiveram que se submeter aos mandamentos do dólar forte.

Nas décadas de 1980 e 1990, a livre circulação mundial do capital financeiro tornou-se de tal maneira predominante que foi capaz de afetar as condições de financiamento da economia real. Sem diques, a riqueza financeira passou a se movimentar “livremente” para países garantidores de maior rentabilidade. Controlar esse livre fluxo passou a ser exceção. Essa circulação mundial ganhou tamanha proporção que invadiu a gestão do setor produtivo, sobretudo nas grandes corporações, entrelaçando o capital produtivo ao fictício, como destacou Braga.⁽²⁴⁾ A articulação entre o sistema financeiro e o produtivo passou a coordenar os investimentos produtivos e os progressos tecnológicos, fundamentais nas estratégias de expansão das grandes empresas mundiais. O conhecimento tecnológico tornou-se cada vez mais restrito aos países avançados, que se especializaram na produção de componentes mais sofisticados. Já os periféricos limitaram-se à produção de itens com baixo valor agregado. Em decorrência, o parque produtivo industrial desses países, em boa parte, se desestruturou. Para atrair filiais estrangeiras, esses países precisaram realizar severos ajustes institucionais, como a

abertura comercial, que expôs o parque produtivo local à agressiva concorrência. As grandes empresas pertencentes a essas localidades foram submetidas às diretrizes mundiais de gestão, como o processo de reorganização e redução dos custos de produção.

No âmbito da estrutura produtiva, as mudanças foram profundas. Novos padrões redefiniram a noção de competitividade internacional. Em tempos de abertura comercial e redução das barreiras internacionais, as empresas, de forma geral, ficaram mais expostas ao processo em que se intensificou a competição, aumentando o grau de concorrência entre elas. Segundo Belluzzo, o potencial de conflito não é desprezível num cenário de grandes instabilidades. No Brasil, a partir dos anos 1990, a economia e a atividade empresarial passaram por um processo significativo de desregulação⁽²⁵⁾, com enxugamento e desverticalização das estruturas organizacionais. No bojo dessas mudanças, a terceirização tornou-se uma forma de contratação atípica das mais significativas, expandindo-se e, também, encadeando a abertura para uma série de outras formas de trabalho igualmente atípicas⁽²⁶⁾. Assim, compreende-se a terceirização como expressão desse movimento, enfatizando-se que, na busca por maior lucratividade, o capitalismo encontra, constantemente, formas criativas, por vezes apresentando “disfarces” múltiplos.

3.1. O setor de celulose e papel no Brasil: rápida caracterização⁽²⁷⁾

Procede-se a uma caracterização mais geral do setor de celulose e papel, reproduzindo-se, em parte, as análises aprofundadas na pesquisa “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”. Os dados apontam para uma especialização do Brasil

(22) Cf. BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. Seleção e organização Frederico Mazzuchelli. São Paulo; UNESP, Campinas; UNICAMP/IE, 2004. p. 20.

(23) *Idem*.

(24) BRAGA, José Carlos. Financeirização global. In: FIORI, José Luís. *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 130.

(25) Ver CARNEIRO, Ricardo. *Globalização produtiva e estratégias empresariais*. Texto para discussão IE/ UNICAMP, n.132, ago. 2007.

(26) Como o teletrabalho, o trabalho em tempo parcial, o trabalho à distância e o trabalho *on-call*.

(27) As análises econômicas da pesquisa são creditadas a Marilane Oliveira Teixeira, co-autora do presente texto.

na produção de celulose para exportação, com redução da exportação de papel que agrega mais valor ao produto, tendência, aliás, que também se reflete em outros segmentos da produção de *commodities*.

O cenário atual do mercado brasileiro indica que a indústria de papel e celulose está cada vez mais voltada à produção de celulose, deixando sua transformação em papel como uma atividade secundária, tendo em vista, a maior rentabilidade proporcionada pela produção da primeira. A crise financeira precipitou um processo que já vinha acontecendo em vários setores da economia, um movimento mundial de aprofundamento de um modelo de especialização como um caminho para o futuro dos blocos econômicos regionais.

Nesse novo cenário caberá à América Latina, especialmente o Brasil, líder da região neste segmento, concentrar-se na produção de fibras, tornando-se, em médio prazo, o maior produtor mundial de celulose. Já os países da Europa, que historicamente posicionaram-se como centro de desenvolvimento tecnológico do setor, se consolidarão como os principais fornecedores das modernas máquinas que viabilizam a transformação das fibras em celulose, e, daí, em papel. A América do Norte, em especial os Estados Unidos, por seu potencial financeiro, se firmará como a grande financiadora da indústria, além de fornecedora de *softwares* para todos os tipos de equipamentos do setor. A Ásia, pelo enorme potencial de consumo da região, se fortalecerá como a grande região produtora de papel, abastecendo todo o mundo. A baixa demanda interna e regional por papel em comparação ao mercado asiático coloca o Brasil numa posição desfavorável para disputar este mercado.

Em 2008 o Brasil passou a ocupar o quarto lugar no ranking dos produtores mundiais de celulose, superando a Finlândia e a Suécia⁽²⁸⁾. Vale registrar que a América do Sul é a região com recursos mais abundantes do planeta e

(28) Dados da Bracelipa para 2008.

com menores custos de produção de celulose. Brasil e Chile, ao lado da Indonésia, são países com elevada competitividade, está associada ao elevado número de trabalhadores prestadores de serviços na área de plantio e colheita da matéria prima, circunstância que sustenta os baixos custos de produção.

O levantamento apresentado no final de 2009 pela FIBRIA⁽²⁹⁾ indica que os custos de produção no Brasil correspondem a 48% dos praticados pela França e Bélgica, e 56% dos custos, dos Estados Unidos. As diferenças de competitividade também são apresentadas em relatório da Pöyry⁽³⁰⁾ que compara os custos de várias unidades industriais para a celulose tipo BHKP [celulose de fibra curta branqueada].

A despeito do crescimento do setor em questão e do desempenho de suas exportações, a posição do Brasil no mercado internacional é pequena quando se comparada com as grandes companhias dos Estados Unidos, Suécia, Finlândia, Japão e Canadá. As vendas das quatro maiores empresas brasileiras correspondem a 30% das vendas totais da maior companhia, a International Paper. No entanto, o que se observa é que, sobretudo pela localização geográfica e disponibilidade de extensas áreas para plantio, a indústria de celulose e de pastas não recicladas estão sendo realocizadas em direção à América Latina [Brasil e Chile] e Ásia [Indonésia e Malásia], rumo às fontes de matéria-prima e papel para o mercado consumidor.⁽³¹⁾ No entanto, a

(29) A FIBRIA é resultado da aquisição da ARACRUZ pela VCP.

(30) Empresa de serviços de consultoria, engenharia e gerenciamento de empreendimentos, especializada no setor de celulose e papel.

(31) Segundo dados da BRACELPA, no Brasil, entre 1990 e 2005, o total de área reflorestada saltou de 26.023.600 hectares para 224.990.000 hectares, mais de 750%. Já o desempenho brasileiro está associado a um conjunto de fatores: sofisticada tecnologia florestal, com 25 anos de pesquisa que possibilitou desenvolvimento genético alcançado para o eucalipto que permite corte para industrialização em 7 anos, com alta produtividade. As florestas boreais têm ciclo de 30 anos. Além disso, a grande concentração do setor permite economias de escala e acesso a capital de longo prazo.

produção e o comércio mundial seguem concentrados em grandes grupos e empresas de capital europeu ou da América do Norte que atuam em diversos segmentos do mercado de papel e celulose em diferentes países.

As perspectivas de longo prazo que estão colocadas para o setor passam pela consolidação de empresas nacionais de grande porte como forma de promover a competitividade no mercado internacional e, com isso, de o Brasil se firmar como grande produtor nesses mercados. Nesse sentido, a formação da FIBRIA, a partir da aquisição da ARACRUZ pela VCP com o apoio do BNDES, é parte dessa estratégia.

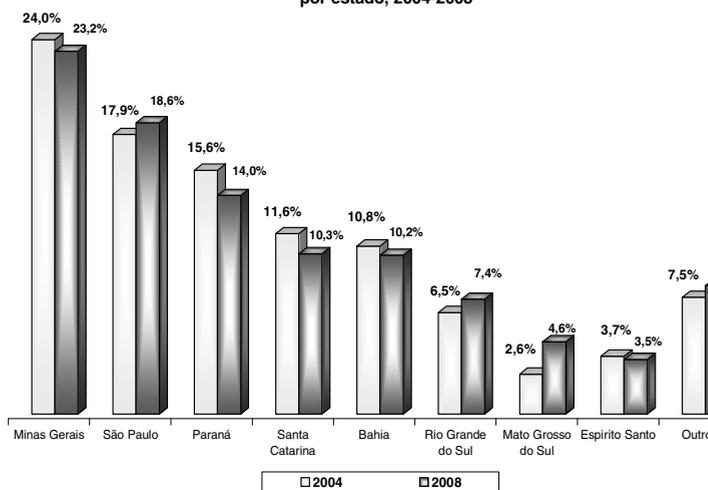
A KLABIN, objeto deste estudo, ocupa o terceiro lugar no ranking das maiores empresas brasileiras do setor de celulose e papel. Já na produção de papéis, ocupa o primeiro lugar, além de ser uma das principais empresas mundiais no segmento. Em termos de receita líquida, cresceu 11% em 2008, comparativamente ao ano anterior. Em volume de vendas, o crescimento foi de 10% e, de volumes exportados, foi de 14% para o mesmo período. Do total da receita obtida com as vendas, 72% são oriundas do mercado interno de 28% do mercado externo, destinando 41% de suas vendas para a América Latina, 21% para a Ásia, 23% para a Europa, 8% para a América do Norte e 7% para a África.

A empresa mantinha, no final de 2007, 7.384 empregados diretos e 6.120 contratados de terceiros — em sua maior parte em serviços gerais, de manutenção e em atividades da área florestal —, totalizando 13.504. Conforme dados obtidos junto à própria KLABIN, no ano de 1999, havia 7.983 empregados diretos e 5.460 terceirizados, totalizando 13.443 trabalhadores, ou seja, 59,4% eram empregados diretos e

40,6% contratados de terceiros. Em 2007, esse percentual caiu para 54,6%, de trabalhadores diretos e para 45,3%, de trabalhadores terceirizados, ampliando-se a terceirização. Em relação à ARACRUZ, de Guaíba/RS, os dados indicam que, em 2003, havia 2.104 trabalhadores, sendo 77,5% terceiros permanentes e 22,5% empregados próprios. Em 2007, o número de trabalhadores passou para 3.051, sendo que a proporção dos terceirizados [terceiros permanente] também cresceu, à razão de 84%.

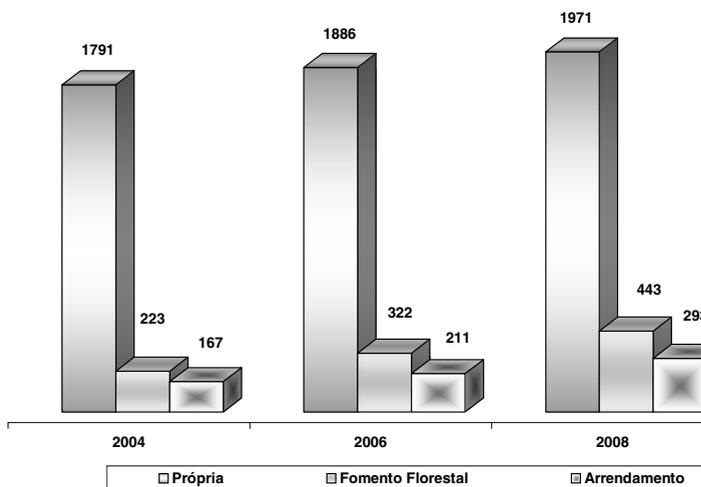
No que se refere à distribuição das florestas plantadas, identificam-se poucas mudanças em termos de distribuição por Estado. A maior produção permanece concentrada nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Paraná, conforme pode ser observado no gráfico 01, que segue:

Gráfico 1 - Distribuição das florestas plantadas de Pinus e Eucalipto, por estado, 2004-2008



Quanto à distribuição das florestas plantadas por tipo de propriedade, constata-se que houve aumento de 7% em propriedades próprias entre 2007 e 2008. O fomento florestal, por sua vez, expandiu-se no período analisado em 16,5% e o arrendamento apresentou um acréscimo de 22%, segundo dados da ABRAF. Em 2008, a distribuição entre os tipos de propriedade foi de: 72,8%, em áreas próprias; 16,4%, em áreas fomentadas; e, 10,8%, em arrendadas. Em 2005, 81% eram áreas próprias; 11%, fomento florestal; e, 8%, arrendamento.

Gráfico 2 - Evolução histórica da distribuição das áreas com florestas plantadas com eucaliptus e pinus nas empresas associadas da Abraf por tipo de propriedade (2004-2008)



Constata-se, assim, que as empresas buscaram o aumento de oferta de madeira em tora por meio de programas de fomento e arrendamento florestal em proporções superiores à aquisição de terra própria.

O que as experiências têm demonstrado é que o fomento florestal tem sido utilizado como alternativa mais viável do ponto de vista econômico para reduzir a verticalização. Com o fomento, as empresas buscam garantir seu suprimento de matérias-primas sem terem de imobilizar recursos em terras e infra-estrutura, transferindo as responsabilidades pela produção de madeira aos produtores. Calcula-se, apenas em relação às empresas associadas à ABFRAF, que o número de contratos de fomento seja da ordem de 22.155. Somente em 2007, foram formalizados 4.250 novos contratos.

Nos contratos de fomento das empresas florestais, especificamente, celulose e papel, são repassados aos produtores mudas, fertilizantes, defensivos, recursos financeiros e assistência técnica⁽³²⁾. A indústria de celulose no Brasil

(32) Segundo a ABRAF, 2006, as modalidades mais frequentes de fomento florestal no Brasil são: doação e venda de mudas de espécies florestais; programa de renda antecipada para o plantio florestal; parcerias, que permitem entre outras combinações, o pagamento antecipado equivalente em madeira pelo produtor pelos serviços oferecidos pela empresa

vinha, até a atual crise, anunciando investimentos de bilhões de dólares para os próximos anos⁽³³⁾. Para tanto, será necessário o aumento de áreas de plantios próprios e de terceiros, via fomento industrial ou arrendamento de terras. A cadeia produtiva do setor começa na floresta, onde são plantadas as áreas para a produção da celulose. A madeira obtida segue para as fábricas de celulose que por sua vez destinam-se: ao mercado externo; ao

mercado interno; e, às fábricas próprias de papel.

Os contratos de fomento podem ser considerados como sendo uma modalidade de terceirização dos serviços — compreendida essa modalidade de contratar em seu sentido amplo —, que pode ocultar a existência da relação de emprego e, em decorrência, fraudar a aplicação das normas sociais de proteção ao trabalho, criando dificuldades à responsabilização da tomadora dos serviços e, mesmo, à aplicação da Súmula n. 331 do TST. Em entrevista realizada no âmbito da pesquisa, obteve-se de um sindicalista do setor de celulose e papel a seguinte informação:

Hoje a terceirização vai muito longe! Há o contrato de fomento, por exemplo. Antes, a empresa era dona da terra e contava com

na propriedade; garantia da compra da madeira pela empresa a época da colheita e o arrendamento de terra por empresas florestais, entre outros.

(33) O BNDES publicou no início de 2009 um estudo "Perspectivas de investimentos 2009/2012 em um contexto de crise", que contempla o mapeamento das perspectivas de investimentos no Brasil para o período entre 2009-2010. Neste documento, os setores de papel e celulose apresentavam níveis de crescimento de investimentos bem acima da média, em decorrência da crise estes projetos foram revistos de R\$ 26,7 bilhões antes da crise para R\$ 9,0 bilhões em dezembro de 2008.

os profissionais que cuidavam do plantio, do acompanhamento do eucalipto, de tirar o mato que ficava em torno, aquela coisa do corte, do transporte. Hoje, ela cede 500.000 mudas para um fazendeiro. Na fazenda, ninguém entra para saber o que está acontecendo e lá há outros funcionários que trabalham para o fazendeiro. Não se sabe se eles têm registro profissional, não se sabe se têm treinamento para trabalhar com pesticidas, enfim, não se sabe se há crianças trabalhando, se há trabalho em condições degradantes. Quer dizer que nesse caso se está diante de uma terceirização indireta, eu chamaria assim, indireta. O nome é bonito, fomento agrícola, mas é terceirização.

A prática de contratar serviços no setor florestal vem da década de 1960, com o início das atividades de reflorestamento no Brasil. As empresas contratavam prestadores de serviços, na forma de “empreitada”, para a execução de diversas atividades, tais como: limpeza do terreno, preparo do solo, plantio, tratamento silvicultural. A partir da metade da década de 1970, o processo se intensificou com a transferência de parte da atividade de transporte da madeira para prestadores de serviços. Na década de 1980, outros setores foram sendo terceirizados: transporte de empregados, manutenção de máquinas, serviços de limpeza, alimentação etc. Já nos anos 1990, o processo de terceirização ampliou-se para atividades-fim como a colheita florestal. Atualmente, até setores essenciais para as empresas [como recursos humanos, contabilidade e outros] são transferidos para prestadores de serviços.

No Rio Grande do Sul, no entanto, os processos examinados demonstram que *já na* década de 1980 tanto o corte, como o descasque e o transporte da madeira envolvia trabalho de terceiras, inicialmente contratadas como “empregadas”. Esse fenômeno desembocou na terceirização no início da década de 1990, ampliada para vários setores de atividades, inclusive recursos humanos, motivando ajuizamento

da Ação Civil Pública, o “carro-chefe” da pesquisa, proposta pelo Ministério Público do Trabalho, referida no item 02.

Segundo Leite, muitas das empresas que prestam serviços no setor florestal são constituídas por ex-empregados⁽³⁴⁾. Nesse setor, a proporção de trabalhadores terceirizados em relação aos empregados diretos [próprios] é crescente. Os dados de 2005 indicam que, do total de 45.305 trabalhadores, 80% são contratados por terceiras. Os Estados com maior incidência da utilização da mão de obra contratada por terceirizadas são: Pará [96%], Espírito Santo [90%], Minas Gerais [90%] e Rio Grande do Sul [90%]⁽³⁵⁾.

Há quem defenda a ideia de verticalização das empresas de base florestal, ou seja, maior imobilização de recursos para domínio de toda a cadeia de suprimento, do plantio até o produto final, o que exige das empresas que imobilizem parte de seus recursos em terras e realizem investimentos em atividades desde o preparo das áreas e plantio até a entrega da madeira na fábrica. Outros, porém, afirmam que o modelo concentrador tende a comprometer o crescimento e desenvolvimento do setor, apontando para uma tendência futura de reduzir a verticalização dos processos produtivos. Alinhadas a essa tendência, algumas empresas vêm adotando sistemas parecidos com os praticados nas agroindústrias de aves e suínos, ou seja, um sistema em que a empresa fornece a matéria-prima e os insumos necessários para o plantio das árvores, enquanto a produção passa a ser realizada por terceiros, sob o controle da empresa contratante. Importante ressaltar que esse sistema também pode ser desenvolvido

(34) LEITE, A. M. P. *Análise da terceirização na colheita florestal no Brasil*. Tese de doutorado. Programa Pós-Graduação em Ciência Florestal — UFV. Minas Gerais, 2002.

(35) A distribuição dos trabalhadores segundo a área de atuação indica que o preparo do solo responde pela maior parte dos serviços terceirizados, em 94%; segue-se a área de manutenção, com 93%; depois, a do plantio, com 87%; e, depois ainda, a da colheita, com 85%.

via contratos de natureza civil ou comercial, por meio dos quais a empresa contratante se beneficia da mão de obra sem contratá-la tanto direta [por meio do contrato de emprego] quanto indiretamente [via terceirização formal, conceito restrito]. Trata-se de um sistema com potencial altamente burlador das normas de proteção social ao trabalho e da própria aplicação do entendimento consagrado pela Súmula n. 331 do TST.

Os processos ajuizados perante a antiga Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba/RS estampam, em boa parte, essa realidade, com decisões que, afastando os óbices invocados pela tomadora, reconhecem, por vezes, sua condição de empregadora ou, então, sua responsabilidade solidária e, em incidência menor no período 1991-1995 e de forma prevalente no período 1996-2000, sua responsabilidade subsidiária, revelando a força dos entendimentos sumulados pelo TST. No entanto, mesmo depois da Súmula n. 331 [dezembro de 1993], os processos de Guaíba/RS continuaram a apresentar questionamentos ao instituto da terceirização tanto na petição inicial, pelos autores, quanto em algumas decisões, as quais continuaram a reconhecer a responsabilidade solidária da tomadora, ou mesmo, a condená-la como real empregadora, marca específica da 4ª Região. Já a leitura dos processos da 15ª Região, que, de resto, não envolvem os trabalhos de corte de mato e descasque de madeira, realizados nos hortos florestais — circunstância analisada com profundidade pela pesquisa —, aponta para uma realidade bastante diversa, desde a petição inicial até as decisões proferidas.

4. Os resultados parciais e a Justiça do Trabalho

4.1. A amostra de Guaíba/RS

O estudo dos processos de autos findos que tramitaram na antiga Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba/RS no período foco da pesquisa apresentaram, em síntese, os seguintes resultados:

- Primeiro período — 1985-1990. Inicialmente, a RIOCELL, dona dos hortos em que eram plantados os pinos e os eucaliptos — matéria prima — contratava para o corte do mato e descasque da madeira empresas sob modalidade de “empreitada”, contrato de natureza civil. Assim, buscava eximir-se das responsabilidades do art. 455 da CLT, ou seja, da condenação solidária. Os trabalhadores, cujos direitos eram lesados, ajuizaram demandas contra as contratantes diretas, “empreiteiras” e contra a tomadora, RIOCELL, pretendendo reconhecimento da responsabilidade das duas frente aos créditos trabalhistas. As decisões da, então, JCJ de Guaíba/RS passaram a afastar o óbice invocado pela defesa da tomadora, que pretendia sua exclusão da lide por ser dona da obra e, nessas condições, por não lhe alcançar a responsabilidade solidária, *ex vi* do art. 455 citado. E o fizeram sob o fundamento de que as atividades de corte de mato e de descasque da madeira contratadas das “empreiteiras” eram essenciais ao empreendimento econômico da tomadora, dona dos hortos florestais que, com essa fundamentação, passou a ser condenada solidariamente.
- Nessa *démarche*, outra empresa, do setor florestal [a seguir referida como FLORESTAL], passou a contratar trabalhadores para o corte de mato e descasque. Novas demandas foram ajuizadas. E a JCJ, analisando a pretensão da tomadora de exclusão da lide sob o argumento de que se tratava de empresa autônoma que, com estrutura e empregados próprios, contratava seus empregados e respondia perante eles, reconheceu haver grupo econômico, condenando ambas, tomadora e FLORESTAL, solidariamente, ao pagamento dos créditos dos reclamantes. Finalmente, pacificada do ponto de vista jurídico a questão da responsabilidade solidária da tomadora RIOCELL, esta assumiu os contratos com os empregados da FLORESTAL, invocando a figura da sucessão de empregadores. Foi nesse momento que se começou a falar em

terceirização⁽³⁶⁾. Foi intensa a produção doutrinária no período defendendo a nova forma de contratar. Nesse processo, a RIOCELL terceirizou. Despediu empregados seus, muitos, contratando-os como “empresas”. Para além do corte, descasque e transporte da madeira, a terceirização foi ampliada para as atividades administrativas e burocráticas.

• 1991-1995. Período de transição. Em meio ao processo de terceirização em andamento, em 18 de dezembro de 1991 foi ajuizada a Ação Civil Pública [ACP] pelo Ministério Público do Trabalho, por meio de sua Procuradoria Regional do Rio Grande do Sul, visando ver coibida a terceirização, como vinha sendo praticada na empresa tomadora. Trata-se de período em que, por vezes, são contraditórias as decisões proferidas. As sentenças e os acórdãos ora reconhecem a condição de empregadora da tomadora RIOCELL, ora afirmam sua responsabilidade solidária. Outras, menos frequentes, reconhecem sua responsabilidade subsidiária. Mas há também as que, em determinadas situações, excepcionais, afastam-na da lide. A ACP foi julgada PROCEDENTE pela CJ, em decisão unânime. Interposto Recurso Ordinário pela tomadora RIOCELL, o feito foi distribuído à 5ª Turma do TRT4, com julgamento em 29 de setembro de 1994. Provendo, em parte, o recurso, a Turma praticamente manteve a sentença, ampliando a ressalva para acrescentar àquela já prescrita na sentença — a da Lei n. 6.019/74 — a possibilidade de serem contratados, não sob a forma de locação de mão de obra, mas os serviços de conservação e limpeza, bem como os especializados ligados à atividade meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Do acórdão, publicado em 14 de novembro de 1994, a tomadora recorreu de Revista para o TST, julgada em

(36) Assumia a defesa da RIOCELL conhecido escritório de advocacia. Um de seus advogados, Dr. Jerônimo Leiria, entrevistado pela pesquisa, publicava livros e artigos em defesa da terceirização.

2 de dezembro de 1998, com extinção do feito sem exame do mérito por inexistência de legitimidade do Ministério Público do Trabalho para propor a ação. Nesse interregno, em dezembro de 1993, entre chegada da Revista ao TST e seu julgamento, o Enunciado n. 256 foi cancelado, sendo construída a Súmula n. 331 que acabou por legitimar a terceirização nas atividades-meio, ressaltando as hipóteses de fraude e definindo como subsidiária a responsabilidade da tomadora. No entanto, e comprovando a tese de que o Estado é uma relação, mesmo depois da vigência da Súmula n. 331 [dezembro de 1993], encontram-se, no período em comento [1991-1995], um número importante de sentenças e acórdãos [1º e 2º graus, respectivamente] concluindo pela responsabilidade solidária da tomadora ou, mesmo, pelo reconhecimento de sua condição de empregadora quando evidenciada simulação, como se apontou no final do item anterior e como demonstra a tabela a seguir [ver período 1991-1995]. Da leitura da tabela percebe-se que, conquanto de forma não prevalente, o TST também ofereceu certa resistência ao fenômeno da terceirização.

• 1996 -2000. Período de consolidação da Súmula n. 331 do TST. O entendimento consagrado pela Súmula n. 331 do TST teve reflexos importantes no ajuizamento das demandas, reduzindo o questionamento da terceirização; por outro lado, as condenações apareceram com novo conteúdo, passando, de forma prevalente, a reconhecer a responsabilidade subsidiária da tomadora, ou, mesmo, a excluí-la da lide, isentando-a de responsabilidade. Ou seja, os processos demonstram a força das decisões sumuladas pelo TST, sobretudo nesse terceiro período, balizando o entendimento dos demais graus de jurisdição.

Dessa forma, os dados tabulados, período a período, e em cada grau de jurisdição, no âmbito da 4ª Região, comprovam que a Justiça do Trabalho, mesmo que com movimentos de avanços

e recuos, foi lócus de resistência à terceirização nos dois primeiros períodos: 1985-1990; 1991-1995⁽³⁷⁾. No terceiro período, 1996-2000, a situação modificou-se. A tabela a seguir, recortada do Relatório encaminhado e aprovado pela FAPESP [daí o número 14], é significativa, merecendo ter sua análise complementada com os demais elementos obtidos na pesquisa, estudo que transborda os contornos deste artigo.

da tomadora, oferece freio à terceirização, procedeu-se a dois exercícios: em um, considerou-se que a decisão moldada pelo entendimento da Súmula n. 331 afirmou a terceirização [exercício que a Tabela 14 contempla]; em outro, alterando-se o critério, entendeu-se como sendo de resistência ao fenômeno da terceirização aquelas decisões que, depois da Súmula n. 331, condenam a tomadora de forma subsidiária.

Tabela 14
Quanto à terceirização das relações de trabalho, a Justiça do Trabalho foi lócus de: número de processos e percentual em relação a cada instância.
Subperíodos 1985-1990, 1991-1995, 1996-2000

		1985-1990		1991-1995		1996-2000	
		Nº	%	Nº	%	Nº	%
Vara	Resistência	50	64,1	23	46,9	0	—
	Afirmação	19	24,4	21	42,9	19	90,5
	Nenhum	9	11,5	4	8,2	2	9,5
	Outros	0	—	1	2,0	0	—
	Total	78	100,0	49	100,0	21	100,0
TRT	Resistência	18	62,1	11	42,3	0	—
	Afirmação	5	17,2	4	15,4	1	50,0
	Nenhum	3	10,3	6	23,1	1	50,0
	Outros	3	10,3	5	19,2	0	—
	Total	29	100,0	26	100,0	2	100,0
TST	Resistência	1	12,5	1	12,5	0	—
	Afirmação	3	37,5	4	50,0	0	—
	Nenhum	2	25,0	1	12,5	0	—
	Outros	2	25,0	2	25,0	0	—
	Total	8	100,0	8	100,0	0	—

Fonte: Acervo Memorial/RS. Elaboração Pesquisa Terceirização / CESIT / FAPESP.

Essa tabela considera como sendo de afirmação ao fenômeno da terceirização aquelas decisões que, invocando a Súmula n. 331 do TST, concluem pela responsabilidade subsidiária da tomadora, na medida em que o entendimento que essa Súmula contempla importou retrocesso em relação àquele expresso no Enunciado n. 256 do TST que, a grosso modo, vedava a terceirização. No entanto, atentando-se para o fato de que há uma expressiva corrente de pensamento que entende que a Súmula n. 331 do TST, ao definir a responsabilidade subsidiária

Com esse segundo exercício, alteraram-se os resultados. No primeiro grau, por exemplo, elevou-se o percentual de resistência. Dos sessenta e oito processos julgados pela Junta *após a publicação da Súmula n. 331*, considerada, agora, a responsabilidade subsidiária como sendo resistência, o percentual das sentenças que resistiram, em relação ao exercício anterior, aumentou de 36,76% para 45,59% dos processos. Já o percentual das que afirmaram a terceirização reduziu de 52,94% para 42,65%. São dados relevantes para o debate sobre o papel do Poder Judiciário Trabalhista diante do fenômeno da terceirização.

Reforça a importância desse segundo exercício o que se apurou a partir do exame de algumas

(37) NOBRE JR., Hildeberto; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros. *A formalização dos contratos e as instituições públicas*. Op cit., p. 119-135.

das entrevistas realizadas com atores que tiveram papel relevante nos processos examinados, em especial com aqueles vinculados ao setor empresarial. O que se percebe de suas considerações é que a condenação subsidiária que a Súmula n. 331 do TST preconiza é considerada por eles obstáculo à busca de maior competitividade e ao progresso, devendo ser eliminada, justificando-se, assim, o segundo exercício.

4.2. A amostra da 15ª Região

Enquanto na 4ª Região a análise dos processos envolvendo terceirização recaiu sobre os da antiga Junta de Conciliação e Julgamento de Guaíba/RS, na 15ª Região, o olhar não se restringiu a uma determinada Junta [hoje Vara].⁽³⁸⁾

Das buscas realizadas pelo CMAC e pelos pesquisadores no sistema informatizado disponível na página da Internet do TRT15, chegou-se a uma listagem significativa, mas em número bastante inferior ao obtido na 4ª Região para o mesmo período. No total, foram localizados 80 [oitenta] processos, distribuídos de 1992 a 2003. Quanto ao período anterior, 1985-1991, como não foram localizados processos envolvendo a terceirização na KLABIN ou sua responsabilização pelos créditos dos trabalhadores das

terceiras, algumas hipóteses foram formuladas a partir de determinadas realidades ou suposições respaldadas pela experiência, pelo costume ou outros elementos, reforçadas pelos dados extraídos das entrevistas realizadas.

Especificamente, quanto aos processos da amostra, uma primeira leitura levou às seguintes hipóteses iniciais:

- Primeiro período — 1985-1990. Apesar de todo empenho na busca dos processos na Região, não se localizou *nenhum* ajuizado nesse subperíodo. Essa ausência levou à formulação de algumas hipóteses específicas: a lacuna se deve ao fato de o sistema informatizado de dados e de buscas do TRT15 ter sido implementado em data posterior, dificultando a pesquisa; as reclamatórias teriam sido ajuizadas no período, tendo como objeto a terceirização na KLABIN, porém os autos estariam eliminados em face da política de gestão em andamento; as reclamatórias que teriam sido ajuizadas no período, questionando a terceirização na KLABIN, foram em número muito inferior àquele obtido em Guaíba/RS contra a RIOCELL; as reclamatórias, que teriam sido ajuizadas no período e suas decisões, teriam seguido a mesma linha decisória dos períodos subsequentes; a de que, em face das especificidades regionais, houve ausência de questionamento da terceirização na KLABIN no período, o que afastaria a hipótese da eliminação dos autos, mas, ainda assim, apontaria para uma grande disparidade de compreensão e tratamento do fenômeno no âmbito da 15ª Região.

- 1991-1995. O segundo período é o da transição. Neste, apesar de localizados alguns processos, o número não chegou, nem de perto, ao de Guaíba/RS. Além disso, o conteúdo dos pedidos, as teses discutidas e as decisões são diferentes. Conquanto reduzida a amostra, a suposição é de uma simetria no conteúdo postulatório e decisório relativamente ao terceiro período, onde se concentra

(38) A proposta original envolvia apenas os processos de Jundiaí/SP. No entanto, no curso da pesquisa o foco precisou ser mudado. Ocorre que, quando das buscas para seleção dos processos, procedeu-se a reiterados contatos com uma das Varas de Jundiaí, inclusive com visitas àquela unidade judiciária, e com o Juiz Titular da 3ª Vara. Houve, também, contatos telefônicos e por e-mail com dirigentes do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Papel e Celulose de Jundiaí, com as empresas KLABIN e ARACRUZ, com outros Juízes do Trabalho da 15ª Região e consultas ao CMAC, buscando-se informações sobre a lista das contratadas e sobre a[s] unidade[s] judiciária[s] em que as reclamatórias teriam tramitado. Essas iniciativas demonstraram que os processos de terceirização envolvendo a KLABIN não estão circunscritos, como acontecera no Rio Grande do Sul, a uma Vara, sendo ajuizados em diferentes unidades judiciárias. Diante dessa realidade, optou-se por incluir não apenas Jundiaí, mas todas as unidades judiciárias do TRT15 que, no período da pesquisa [1985-2000], receberam reclamatórias envolvendo a terceirização na KLABIN.

grande parte dos processos. Essa suposição está fundada em determinadas realidades, respaldada pela experiência, pelo costume e por outros elementos, reforçada pelas entrevistas. Enquanto os processos de Guaíba/RS do período continuam a apresentar questionamento ao instituto da terceirização, com pedidos de reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora ou sua responsabilidade solidária, os da 15ª Região apresentam natureza distinta, evidenciando diferente percepção dos atores sociais sobre esse instituto, com reflexos no seu tênue questionamento desde a petição inicial, esta, em regra, limitada ao pedido de condenação subsidiária da tomadora. Dos dados disponíveis [ainda que a amostra não contemple os processos anteriores] supõe-se que o entendimento consagrado pela Súmula n. 331 do TST já era prevalente na Região antes de sua vigência. O que os processos do período objetivamente revelam é que, a partir dessa Súmula, todas as decisões orientaram-se no sentido por ela consagrado, o que mostra a força vinculante dos entendimentos sumulados pelo TST. Essa realidade é distinta daquela de Guaíba/RS, cujos processos, como se viu, evidenciam que, mesmo após a publicação da Súmula n. 331, houve decisões condenando solidariamente a tomadora e, em certos casos, reconhecendo sua condição de empregadora direta.

- 1996-2000. Período de consolidação do entendimento expresso na Súmula n. 331 do TST. A grande maioria dos processos da amostra é desse período. A primeira leitura desses processos permite a formulação das seguintes hipóteses: a terceirização era muito menos questionada na 15ª Região, quando se compara com os processos de Guaíba/RS; as decisões subordinam-se, em regra, ao conteúdo da Súmula n. 331 do TST, com condenação subsidiária da tomadora, havendo algumas que a excluem da lide, isentando-a de qualquer responsabilidade; as iniciais demonstram a conformidade dos

atores com o instituto da terceirização, limitando a controvérsia ao âmbito do entendimento consagrado pela Súmula n. 331 do TST. Por outro lado, o levantamento dos processos posteriormente encaminhados ao CMAC permite que se constate ter havido ajuizamentos apenas contra as terceiras, sem envolver a tomadora, ainda que, supostamente, esta poderia ter sido vinculada. Ainda, às hipóteses lançadas inclui-se outra, referente à fase de execução da sentença: os processos examinados evidenciam grande dificuldade de se obter o pagamento pela contratante direta, a terceira, responsabilizada de forma principal, do valor reconhecido ao reclamante, demandando do Judiciário grandes esforços e tempo redobrado para proceder à efetiva entrega da prestação jurisdicional [pagamento ao credor]. Por fim, os dados obtidos comprovam a tese de que o Estado é uma relação, com decisões que expressam a correlação de forças presente na sociedade, estampando diferenças importantes em nível histórico, econômico, cultural, social que interferem na interpretação dos fenômenos, sendo a terceirização tratada na 15ª Região de forma diversa quando comparados os processos com os de Guaíba/RS.

Em relação aos processos da 15ª Região, tanto as análises quantitativas quanto as qualitativas expressam a força vinculante dos entendimentos sumulados pelo TST, com reflexos importantes não apenas nas decisões judiciais, mas no conteúdo das próprias demandas dos reclamantes. Ainda, ao serem estudados esses processos, observou-se uma grande dificuldade no andamento das execuções das sentenças quando estas concluíam pela exclusão da lide da tomadora ou por sua responsabilização subsidiária, apresentando lentidão bem maior na entrega da prestação jurisdicional quando comparados com aqueles processos em que as decisões concluíam pela condição de empregadora da tomadora ou por sua responsabilidade solidária. A partir dessa constatação, decidiu-se aprofundar a análise, buscando-se elementos

que permitissem comparar o tempo médio das execuções naqueles feitos em que as decisões, trânsitas em julgado, concluíam pela condição de empregadora da tomadora ou por sua responsabilização responsabilidade com aqueles que a excluía do feito ou a condenavam apenas subsidiariamente. Para tanto, formulou-se a seguinte pergunta: *Qual a diferença no tempo de tramitação do processo na fase de execução quando a condenação da tomadora é solidária e quando é subsidiária?* O resultado estampou dificuldades reais na entrega efetiva da prestação jurisdicional naquelas ações em que a tomadora era excluída da lide ou condenada de forma subsidiária. Mudanças de endereço das terceiras, inexistência de bens, bens penhorados em outras ações, cartas precatórias executórias mal sucedidas provocaram demora na tramitação da fase executória, instigando a que se buscasse obter mais elementos para o debate sobre os aspectos positivos e os negativos contemplados pela Súmula n. 331 do TST, visando uma posição mais segura sobre os pilares de uma regulamentação específica sobre terceirização no país. Para tanto, buscou-se ver, em média, quanto tempo demorou cada processo desde a homologação dos cálculos de liquidação, quando a dívida se tornou líquida, até o pagamento efetivo, com a entrega do dinheiro, ou seja, do *quantum* devido ao credor. Como o objetivo também foi o de comparar os resultados quanto a

seguras puderam ser realizadas quanto às repercussões na execução das formas de condenar a tomadora. Da amostra da 15ª Região, excluíram-se dos 80 [oitenta] processos todos os *outros* [que não envolvem terceirização], os conciliados e os que foram conciliados no início da fase de execução. O resultado foi 27 [vinte e sete] processos.

Os resultados obtidos na 15ª Região apontam para uma maior demora no andamento da execução quando a decisão excluiu da lide a tomadora, seguida das situações em que esta foi condenada apenas de forma subsidiária. Essas duas formas de condenar, a primeira em maior grau, retardaram significativamente a entrega da prestação jurisdicional, em desrespeito aos princípios da economia e celeridade processual. Já nas situações em que a responsabilidade solidária foi reconhecida, o andamento da execução foi mais rápido. Com o intuito de comparar os resultados entre as duas amostras no período de 1993-2000, na segunda etapa da pesquisa, realizou-se igual exercício para os processos de Guaíba/RS, observando-se as mesmas delimitações, sendo possível afirmar que o tempo médio da execução nos processos de Guaíba/RS foi menor em quase todas as opções, conforme ilustra a tabela a seguir, recortada do Relatório Científico Final e, por isso, numerada como segue [Tabela 71]:

Tabela 71
Qual a diferença no tempo de tramitação da fase de execução, com pagamento ao credor, quando

Última decisão	Nº processo	Tempo médio	
		em dias	em meses
Exclui da lide a tomadora	7	385	13
Reconhece a responsabilidade subsidiária da tomadora	5	144	5
Reconhece a responsabilidade solidária da tomadora	12	91	3
Reconhece a condição de empregadora da tomadora dos serviços	5	23	1
Média	29	159	5

Fonte: Acervo Memorial da Justiça do Trabalho – RS. Elaboração Pesquisa Terceirização CESIT/FAPESP.

essa tramitação nas duas Regiões cujas amostras são pesquisadas, consideraram-se todos os processos da amostra da 15ª Região, focando-se, quanto aos de Guaíba/RS, os ajuizados em igual período. Dessa forma, comparações mais

Como se constatou na amostra da 15ª Região, houve maior demora na tramitação dos processos na fase de execução quando a decisão que transitou em julgado excluiu da lide a tomadora. No caso de Guaíba/RS, esse tempo

médio foi de 385 [trezentos e oitenta e cinco] dias, contado da data da homologação dos cálculos de liquidação até o momento do efetivo pagamento ao credor. A segunda maior demora se evidenciou quando a subsidiariedade da tomadora foi reconhecida, com duração de 144 [cento e quarenta e quatro] dias. Em terceiro lugar, apareceram os casos em que a responsabilidade solidária da tomadora foi reconhecida, com tempo médio de 91 [noventa e um] dias. O menor tempo de execução apareceu nos processos em que houve o reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora, quando o credor recebeu os valores que lhes foram reconhecidos judicialmente em apenas 23 [vinte e três] dias, em média. Na tabela a seguir, igualmente recortada do Relatório [daí o número 72] estão os dados das duas amostras:

[um] dos processos, o tempo médio em análise foi de 52 [cinquenta e dois] dias; nos processos de Guaíba/RS, com condenação solidária mais expressiva, esse tempo somou 91 [noventa e um] dias. Por fim, quanto ao reconhecimento de vínculo direto com a tomadora, essa situação apareceu exclusivamente na amostra de Guaíba/RS, sendo, por isso, inviável a comparação entre as amostras. No entanto, destaca-se na amostra da Guaíba/RS a celeridade no andamento do processo quando essa forma de decidir se evidencia: entre homologação dos cálculos, citação da executada e pagamento do valor reconhecido, o tempo médio foi de apenas vinte e três dias.

O único quesito em que a amostra de Guaíba/RS apresentou tempo médio de tramitação maior na execução do que a dos processos da 15ª Região foi quando houve reconhecimento

Tabela 72

Qual a diferença no tempo de tramitação da fase de execução, com pagamento ao credor, quando a condenação da tomadora é: solidária; subsidiária; ou, excluída da lide?

Última decisão	Nº processo			Tempo médio em dias em meses		
	Guaíba/RS			15ª Região		
Exclui da lide a tomadora	7	385	13	2	989	33
Reconhece a responsabilidade subsidiária da tomadora	5	144	5	24	368	12
Reconhece a responsabilidade solidária da tomadora	12	91	3	1	52	2
Reconhece a condição de empregadora da tomadora dos serviços	5	23	1	0	—	—
Média	29	159	5	27	402	13

Fonte: Acervo Memorial da Justiça do Trabalho – RS e Centro de Memória Arquivo e Cultura da 15ª Região/CMAC
Elaboração Pesquisa Terceirização CESIT/FAPESP.

Quando comparados os resultados percebe-se, em primeiro lugar, que em quase todos os quesitos a execução nos processos de Guaíba/RS foi mais rápida. Nos casos em que a tomadora foi excluída da lide, na 15ª Região, o prazo médio para o credor trabalhista receber o que lhe foi reconhecido judicialmente foi de 989 [novecentos e oitenta e nove] dias; nos processos de Guaíba/RS, esse tempo médio foi de 385 [trezentos e oitenta e cinco] dias. Quando a condenação da tomadora envolveu a responsabilidade subsidiária, na 15ª Região, o tempo médio foi de 368 [trezentos e sessenta e oito] dias, enquanto que, nos processos de Guaíba/RS, foi de 144 [cento e quarenta e quatro] dias. Nas condenações solidárias, situação que na amostra da 15ª Região apareceu em apenas 01

da responsabilidade solidária da tomadora. Nesses casos, a demora na 15ª Região foi de 52 [cinquenta e dois] dias, já em Guaíba/RS, foi de 91 [noventa e um] dias. Mesmo assim, no cômputo geral e na comparação entre quesitos, o que se constata é que a responsabilização solidária da tomadora, que perde em celeridade somente para as situações em que o vínculo direto com ela é reconhecido, contribui para concretizar o princípio da celeridade processual, ínsito ao Processo do Trabalho. Isso fica claro quando se comparam, sobretudo, os reflexos dessa forma de condenar com as condenações subsidiárias e com a exclusão da lide da tomadora, o que provoca demora significativa na entrega da prestação jurisdicional, em desrespeito aos princípios da economia e da celeridade processual.

O fato de em Guaíba/RS a condenação solidária ter apresentado tempo médio de duração pouco maior do que na 15ª Região não desconstitui essa análise. O que faz é confirmar, mais uma vez, a hipótese inicial de que as diversidades regionais têm reflexos na forma como as questões do mundo dos fatos rebatem no mundo jurídico e como a compreensão que o jurídico dá a esses fatos acaba refletindo, por turno, no âmbito das relações sociais. Ainda, reforça aquela compreensão do Estado como uma relação, uma condensação material de forças, compreensão essa que contribui para melhor se entender as diferentes posições que a Justiça do Trabalho nas suas diversas Regiões do país adota em um determinado momento histórico, a respeito de certo evento: no caso da pesquisa, a terceirização.

As hipóteses gerais, formuladas para os processos de Guaíba/RS e adotadas para os da 15ª Região, foram fortalecidas pelos estudos aprofundados na segunda etapa da pesquisa [2008-2009], reforçando a tese de que as tensões sociais se refletem no papel que a Justiça do Trabalho desempenha, reproduzindo a condensação material de forças presentes na sociedade.⁽³⁹⁾ Por isso, não são uniformes suas decisões, como não é única a visão de mundo dos magistrados que a compõem.⁽⁴⁰⁾ Tais considerações estendem-se aos demais atores sociais com atuação nos processos [como partes, advogados, membros do Ministério Público do Trabalho, sindicalistas], com reflexos no conteúdo das próprias

(39) Cf. NOBRE JÚNIOR, Hildeberto B; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros. A formalização dos contratos e as instituições públicas. In: *Previdência Social: como incluir os excluídos*. Debates Contemporâneos 4. São Paulo: LTr, 2008. A pesquisa parte dos seguintes pressupostos: o conteúdo das decisões judiciais não aparece descolado da dinâmica das relações sociais e dos movimentos da economia e da política no momento histórico em que produzidas; o fenômeno da terceirização pode ser compreendido como estratégia de negócio ou, mesmo, um “mecanismo de proteção” que as empresas utilizam na busca de condições que lhes garantam competitividade e lucro. Ver item 2 deste Relatório.

(40) Considerações que estão presentes em KREIN, José Dari, 2007.

postulações deduzidas em Juízo. E, nessa linha, as especificidades regionais permitiram a formulação de outras hipóteses, tanto a partir de determinadas realidades ou suposições respaldadas pela experiência, pelo costume ou por outros elementos, quanto do exame dos processos da amostra, com reforço nas entrevistas realizadas. Mas quais seriam essas suposições?

No caso específico, formulou-se a hipótese de que, no período anterior àquele coberto pelos processos encontrados na 15ª Região, o comportamento dos atores sociais teria sido igual ou análogo ao do período em que os processos foram localizados. Essa suposição encontra reforço em algumas das entrevistas realizadas, sobretudo naquela com o Procurador do Trabalho que assinou a ACP/TRT15. Tecendo considerações sobre a familiaridade dos paulistas com a introdução da figura de um terceiro na relação empregado e empregador, muito antes de ter sido cunhada a expressão terceirização, invocou a natureza das relações de trabalho constituídas no âmbito da indústria têxtil, em Americana, Estado de São Paulo, onde ele se criou:

[...] a Terceirização em São Paulo e naquela região é algo como “feijão com arroz”. A indústria têxtil, por exemplo, terceiriza desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e terceiriza atividade fim.

[...]

Portanto, é uma forma de terceirização. Isso está na cultura de São Paulo, desde a primeira fábrica de automóveis, acho que a Volkswagen, em 1950. Na mesma época, na grande São Paulo, na 2ª Região, e em Campinas, na Região de Campinas, especificamente no município de Americana, também nas décadas de 40 e de 50, foi introduzida a terceirização como algo normal, sendo aceita pela sociedade como normal. Era uma forma, em Americana, de fazer com que aqueles operários pudessem sobreviver, porque se não fosse daquela maneira, eles não sobreviveriam. Eles não tinham nenhum direito. Não havia como terem. Recebiam

da Carioba, que faliu. Então, a comunidade viu aquilo como uma bênção.

A suposição de serem análogos os comportamentos dos atores, reforçada pela entrevista parcialmente recortada, estimulou a que se buscassem outros elementos estruturais que a evidenciasse. Para tanto, deslocou-se o olhar para o século XIX das fazendas de café, no interior do Estado de São Paulo, resgatando-se, entre outros de igual relevância, os estudos de Lamounier⁽⁴¹⁾ sobre a contratação de colonos no período de transição do trabalho compulsório para o trabalho “livre”, em tempos de estruturação do mercado de trabalho brasileiro. Analisando as leis de 13 de setembro de 1830 e de 11 de outubro de 1837 que vigoraram até 1879, quando a “nova lei de locações” — a Lei Sinimbu — começou a vigorar, Lamounier desnuda as formas de pactuação dos fazendeiros com os colonos imigrantes, evidenciando, desde àquela época, a sistemática de uma verdadeira “intermediação de mão de obra” por meio da empresa Vergueiro & Cia.

Em 1847, segundo a autora, Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, lavrador em Piracicaba e mais tarde Senador — grande parte dos processos que compõem a amostra da 15ª Região é de Piracicaba — aceitou o convite formulado pela Presidência da Província, em nome do Governo Imperial, para receber colonos que vinham do exterior trabalhar nas fazendas de café, responsabilizando-se pelas passagens e elaboração dos contratos com os proprietários das fazendas. Para tanto, criou, com seus filhos, a Vergueiro & Cia. que, naquele ano, recebeu 423 colonos alemães, instalando-os na fazenda Ibicaba, de sua propriedade.⁽⁴²⁾

(41) LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879*. Campinas: Papyrus, 1988. A autora analisa a construção da “nova lei de locação de serviços”, de dezembro de 1878, regulamentando os contratos efetuados na agricultura com trabalhadores nacionais libertos e estrangeiros, analisando o significado dessa lei, cujas propostas para sua promulgação tiveram, segundo ela, significações distintas ao longo das décadas de 50, 60 e 70, do século XIX.

(42) *Idem*, p. 29.

A Casa Vergueiro, encarregada da intermediação, obrigava-se a adiantar aos colonos uma soma em dinheiro para se deslocarem da Europa até o porto de Santos, custeando-lhes, ainda, o transporte e a subsistência até o momento em que o trabalho na colônia lhes assegurasse sustento. Como o resultado dessa forma de captação da mão de obra para Ibicaba foi exitosa, muitos dos fazendeiros da Província de São Paulo passaram a se dirigir até a Casa Vergueiro para, por seu intermédio, obter colonos. Grande parte das colônias fundadas entre 1853-1854 eram compostas de colonos importados pela Casa Vergueiro.⁽⁴³⁾ Esse caráter que a Casa Vergueiro adquiriu escancara quão familiar era, para a Região, introduzir um terceiro na relação trabalhador e tomador da força de trabalho, passando a ela, a Casa Vergueiro, a condição de intermediadora do braço “livre” imigrante. Nesse sentido, pode-se inferir que a triangularização é instituinte da contratação de mão de obra “livre” nas fazendas de café do Estado de São Paulo e, num esforço de raciocínio, no âmbito da 15ª Região, onde o complexo cafeeiro foi um dos mais expressivos do País, moldando, por assim dizer, uma matriz de relação de trabalho, o que pode ter contribuído para que fosse internalizada, pelo *sensu comum*, como algo natural.

Não está nos objetivos da pesquisa aprofundar esse estudo. Mas são considerações importantes quando, analisando-se e comparando-se dados, buscam-se compreender as razões das diferenças encontradas no conteúdo das demandas judiciais e das decisões proferidas nos processos estudados, formulando-se algumas hipóteses. É que os processos que compõem a amostra da 15ª Região desnudam, em grande parte, um quase inexistente questionamento da terceirização pelos atores sociais, situação bastante diversa daquela observada na amostra de Guaíba, localizada no Rio Grande do Sul.

Talvez porque o Rio Grande do Sul, distintamente do que aconteceu em São Paulo no processo de estruturação do mercado de trabalho

(43) *Idem*, p. 35.

“livre”, não importou mão de obra de imigrantes europeus para substituir o trabalho escravo. Os colonos que foram para o Rio Grande do Sul, especialmente para a região norte [matriz do processo de industrialização no Estado], a grosso modo, eram pequenos proprietários. No campo, por seu turno, à exceção das charqueadas, a relação de trabalho se estabelecia de forma direta entre o proprietário rural, o estancieiro e o peão, em um Estado em que o PRR, antiescravocrata, era um partido forte e esteve à testa do poder, com algumas interrupções e muitos conflitos, desde 1891 até 1930, quando Getúlio foi para a Presidência do país.⁽⁴⁴⁾

Não se tem qualquer pretensão de se aprofundar essa análise e de comprovar à exaustão tais suposições. No entanto, são referências importantes para melhor se compreender as diferenças apuradas a partir dos estudos realizados. Os trabalhos de Herlein e de Targa apontam para a singularidade do processo de desenvolvimento do capitalismo do Rio Grande do Sul, com uma economia voltada ao mercado interno e que, desde muito cedo, fez uso da mão de obra “livre”, diferentemente das economias agroexportadoras da cana e do café. Por outro lado, esses autores mostram que a formação histórica da sociedade gaúcha, distintamente das demais regiões do país, contemplou a existência de uma classe de pequenos proprietários rurais e urbanos, com reflexos na instituição

de um mercado de trabalho igualmente diferenciado. Segundo Targa, a singularidade na evolução histórica das relações de trabalho, com a institucionalização de um sistema fundado em bases mais igualitárias, levaram a uma solução regional para as relações de classe. Como destaca Ana Costa⁽⁴⁵⁾, o programa do Partido Republicano Riograndense, o PRR, incluía cláusulas referentes aos direitos dos trabalhadores, como: educação popular; ensino profissionalizante; férias; jornada de 8 horas; direito de greve; aposentadoria por invalidez; e criação de um tribunal de arbitragem para resolver os conflitos trabalhistas. Mas a ideia de integrar o proletariado não se limitou ao programa partidário. Foi concretizada pela Constituição Castilhistas de 1891 que estendeu aos jornaleiros — diaristas a serviço do estado — vantagens dos funcionários públicos, observados os princípios positivistas de que a lei deveria ser igual para todos e de que o Estado deveria incorporar o proletariado à sociedade moderna. A Constituição de 1891, norma fundamental da República do Piratini, escreveu regras de proteção social ao trabalho, próprias de uma sociedade moderna.

Outra hipótese formulada pela pesquisa foi a de que o sentido que o jurídico dá ao acontecimento — no caso, a terceirização — repercute na materialidade das relações sociais e, portanto, no próprio conteúdo do questionamento dos atores sociais. Segundo Ricardo Wagner Garcia, o julgamento de *improcedência* em todos os graus de jurisdição de uma Ação Civil Pública, ajuizada em 1987 na 15ª Região,⁽⁴⁶⁾ em que o MPT se insurgiu contra a terceirização, pode ser um elemento importante para explicar o reduzido número de processos questionando essa modalidade de contratar. Ou seja: os atores sociais, prevendo o resultado negativo das ações por

(44) Ver as teses de Ronaldo Herlein e Luiz Roberto Pecoits Targa sobre o processo de desenvolvimento do capitalismo gaúcho, diferente, segundo eles, do que aconteceu no resto do país: HERRLEIN Jr., R. *Rio Grande do Sul, 1889-1930: um outro capitalismo no Brasil meridional*: 2000. Tese de Doutorado em Economia. Programa de Pós-Graduação do Instituto de Economia, UNICAMP. Campinas; TARGA, L. R. P. [Org.]. *Gaúchos & paulistas: dez escritos de história regional comparada*. Porto Alegre: FEEE, 1996, p. 17-47; TARGA, L.R.P. Elites regionais e formas de dominação. In: TARGA, L.R.P [Org.]. *Breve inventário de temas do sul*. Porto Alegre: UFRGS; FEEE; Lajeado; UNIVATES, 1998, p. 63-85; TARGA, L. R. P. *Le Rio Grande do Sul et la création de l'Etat 'développementiste' brésilien*, Universidade Grenoble 2 – Pierre Mendès France, tese defendida em junho de 2002.

(45) COSTA, Ana Maria Machado da. *Origens do Direito do Trabalho no Brasil: o legado castilhistas*. In: *Júlio de Castilhos e o paradoxo republicano*. Porto Alegre: Nova Prata, 2005.

(46) Informação concedida pelo entrevistado Ricardo Wagner Garcia.

meio das quais se insurgiriam contra o instituto da terceirização, buscando o reconhecimento do vínculo de emprego direto com a tomadora ou sua responsabilização solidária, preferiram não questioná-la para concentrar seus esforços postulatórios nos créditos trabalhistas, ajuizando as demandas diretamente contra as terceiras contratantes.

Essa hipótese é reforçada pela entrevista do líder sindical Iduiges, profundo conhecedor do setor pesquisado, Presidente do Sindicato Nacional dos Papeleiros, SINAP, que afirmou:

[...] Fomos percebendo que a manutenção ia diminuindo a cada ano que passava, ao ponto de ficar na manutenção apenas aqueles que a empresa não podia despedir por algum tipo de estabilidade. Aí, percebemos que a terceirização, inicialmente, tomou desses setores: vigilância, alimentação, manutenção. Houve, sim, questionamentos na Justiça do Trabalho em alguns momentos, mas as sucessivas derrotas judiciais serviram para desanimar os Sindicatos, uma vez que nós não conseguimos êxito nas ações que sindicatos ingressavam e os patrões faziam questão de propagandear isso — “Está vendo! A Justiça do Trabalho considera legal a terceirização”. E ela foi avançando, avançando⁽⁴⁷⁾.

As análises quantitativas, complementadas pelas análises qualitativas e pelas entrevistas realizadas, reforçam tanto as hipóteses gerais formuladas para os processos de Guaíba/RS e para os da 15ª Região quanto àquelas específicas formuladas para a 15ª Região: o reduzido número das ações discutindo a terceirização na KLABIN reflete as especificidades estruturais da Região; a compreensão da terceirização [interna ou externa] repercute no seu questionamento; o ingresso de um terceiro na relação de trabalho internalizada como algo natural; o desestímulo dos atores no seu questionamento

(47) Entrevista com Iduiges Ferreira Martins, disponível no MEMORIAL/RS.

em face de insucessos em suas demandas, optando por ajuizá-las apenas contra as contratantes diretas.⁽⁴⁸⁾

5. Considerações finais

De fato, o sistema capitalista requer um constante revolucionar de suas forças produtivas.⁽⁴⁹⁾ Comprovada pela observação histórica da evolução do sistema ao longo do tempo, essa afirmativa se evidencia quando se estuda o tema da terceirização a partir dos processos judiciais. Os capitais estão sempre em busca de lucros. Para tanto, introduzem inovações na forma de produzir e organizar a empresa e relacioná-la com outras empresas. Por outro lado, as tensões sociais refletem-se no papel que a Justiça do Trabalho tem desempenhado, reproduzindo a condensação material de forças presentes na sociedade. Por isso, não são uniformes as soluções dadas às demandas judiciais, como não é única a visão de mundo dos magistrados que a compõem.⁽⁵⁰⁾ O que se verifica dos dados levantados é, em síntese, que os processos judiciais e suas decisões se inserem na complexidade das relações sociais em um determinado momento histórico, refletindo a forma pela qual o acontecimento — terceirização — rebate no mundo jurídico trabalhista e como o sentido que o jurídico dá a esse acontecimento acaba repercutindo na vida das relações sociais. Assim, o conteúdo das decisões judiciais não aparece descolado da dinâmica das relações sociais e dos movimentos da economia e da política de um determinado país, no momento em que produzidas; os entendimentos sumulados pelo TST repercutem, com força, nas sentenças e nos acórdãos, conquanto existam resistências; a tendência das decisões é a de coibir a fraude quando evidenciada simulação; o fenômeno

(48) Foi a partir dessas hipóteses que se passou a investigar a existência de ações ajuizadas somente contra as contratadas pela KLABIN, cujas dificuldades foram objeto de relato anterior.

(49) MARX, Karl. *El capital — crítica de la economía política*. *Op cit.*

(50) Considerações que estão presentes em KREIN, José Dari, 2007.

da terceirização pode ser compreendido como uma estratégia de negócio ou, mesmo, um “mecanismo de proteção” do qual as empresas se utilizam na busca de condições que lhes garantam competitividade e lucro; a ausência de uma regulação específica sobre terceirização suscita e aprofunda o debate sobre sua importância e necessidade.

Sem dúvida, um desafio que se coloca para que não se deixe *consumir em nome da integração que se desintegra a raiz do ser e do viver*.⁽⁵¹⁾

6. Bibliografia consultada

BALTAR, Paulo; MORETTO, Amilton; KREIN, José Dari. O emprego formal no Brasil: início do século XXI. In: KREIN, José Dari *et alli*. *As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2006.

BELLUZZO, L. G. Prefácio. In: MATTOSO, J.; OLIVEIRA, C. [Orgs.]. *Crise e trabalho no Brasil: modernidade ou volta ao passado?* São Paulo: Scritta, 1996.

_____. Dinheiro e as transformações da riqueza. In: FIORI, J. L. *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Ensaio sobre o capitalismo no século XX*. Seleção e organização Frederico Mazzuchelli. São Paulo; UNESP, Campinas; UNICAMP/IE, 2004.

BELLUZZO, L. G.; ALMEIDA, J. S. *Depois da queda*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

BIAVASCHI, Magda Barros; LÜBBE, Anita; MIRANDA, Maria Guilhermina [Orgs.]. *Memória e preservação de documentos: direitos do cidadão*. São Paulo: LTr, 2007.

BRACELPA [2005] *Relatório Estatístico Florestal*.

BRACELPA [2008] *Setor celulose e papel*.

BRAGA, J. C. Financeirização global. In: FIORI, J. L. *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

CARNEIRO, R. M. *Desenvolvimento em crise: a economia no último quarto do século XX*. São Paulo: UNESP, 2007.

(51) Em referência à epígrafe que abre o presente texto.

_____. Globalização produtiva e estratégias empresariais. In: *Texto para discussão 132*. Campinas: IE/Unicamp, 2007.

CHESNAIS, F. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1994.

DORES, A. M.; CHAGAS, F. B.; MATTOS, R. L. G.; GONÇALVES, R. M. *Panorama setorial: setor florestal, celulose e papel*. Rio de Janeiro: BNDES, 2006.

DRUCK, G. E THÉBAUD-MONY, A. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, G.; FRANCO, T. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

GRÜN, Roberto. A sociologia das finanças e a nova geografia do poder no Brasil. In: *Tempo social*, revista de sociologia da USP, v. 16, n. 2, p. 151-176.

IKPC [2000] *Indústrias KLABIN de Papel e Celulose S/A. Relatório Anual*.

JUVENAL, T. L.; MATTOS, R. L. *O setor de celulose e papel*. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

KLABIN. *Relatório de sustentabilidade*. São Paulo: Klabin, 2007.

KREIN, J. D. A reforma trabalhista de FHC: análise de sua efetividade. In: *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. II, abr. 2002, p.133-164.

_____. *As tendências recentes na relação de emprego no Brasil: 1990-2005*. Tese de doutoramento. Campinas: IE/UNICAMP, 2007.

LEITE, A. M. P. *Análise da terceirização na colheita florestal no Brasil*. Tese de doutorado. Programa Pós-graduação em Ciência Florestal — UFV. Minas Gerais, 2002.

LIMA, G. B.; FILHO, P. T.; NEVES, M. F.; CARVALHO, D. T. *Estratégias e organizações*. Integração e coordenação vertical na cadeia de papel e celulose: o caso Votorantim.

MACEDO, A. R. P.; VALENÇA, A. C. V. O terceiro ciclo de investimentos da indústria brasileira de papel e celulose. In: *BNDES Setorial*, n. 4, set. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

MATTOS, R. L. G. *A década de 90 — mercado de celulose*. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

MATTOS, R. L.; JUVENAL, T. L. O setor de celulose e papel. In: *BNDES 50 Anos: histórias setoriais*. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

MONTEBELLO, A. E. S. [2006.] *Análise da evolução da indústria brasileira de celulose no período de 1980 a 2005*. Piracicaba: dissertação de mestrado, ESALQ/USP.

NOBRE JÚNIOR, Hildeberto B; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros. A formalização dos contratos e as instituições públicas. In: *Previdência Social: como incluir os excluídos*. Debates Contemporâneos 4. São Paulo: LTr, 2008.

PANORAMA SETORIAL. *Estudo especial: celulose [a indústria e o mercado]*. São Paulo: Vertical, 2004.

POCHMANN, Márcio. *Terceirização e diversificação nos regimes de contratação de mão de obra no Brasil*. Campinas, agosto de 2006, mimeo.

POULANTZAS, Nicos. *Estado, o poder, o socialismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

RIBEIRO, B. A. M. *Coordenação vertical de transporte de madeira: análise empírica das estruturas organizacionais existentes*. Piracicaba: Dissertação de mestrado — ESALQ/USP, 1997.

SANTOS, G. V. *Globalização, estratégias gerenciais e celulose*. Campinas: tese de doutorado, IFCH/Unicamp, 2005.

SCHUMPETER, J. *Capitalismo, socialismo e democracia*. New York: Harper & Row, 1975.

SILVEIRA, Carlos E. F. *Desenvolvimento tecnológico no Brasil: autonomia e dependência num país periférico industrializado*. Tese de doutorado. Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2001, mimeo.

SOTO, F. *Da indústria de papel ao complexo florestal no Brasil: o caminho do corporativismo tradicional ao neocorporativismo*. Campinas: tese de doutorado, IE/Unicamp, 1992.

URIARTE, Oscar Ermida; COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Uruguay, 2008, mimeo.

VIANNA, M. T. *Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito*. Belo Horizonte, 2006, mimeo.

VIANNA, M. T. *et alii*. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei n. 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998.

Sites consultados:

ABRAF <<http://www.abraflor.org.br/>>

Associação Brasileira de Celulose e Papel <www.bracelpa.org.br>

Aracruz Celulose S.A. <www.aracruz.com.br>

BNDES <www.bndes.gov.br>

Bracelpa <www.bracelpa.com.br>

Embrapa <www.embrapa.br>

Instituto de Pesquisas e Estudos Florestais <www.ipef.br>

KLABIN <www.klabin.com.br>

Portal Exame – Maiores e Melhores <<http://app.exame.abril.com.br/servicgs/melhores/maiores>>

GLOGAL 21 – Informes setoriais <<http://www.global21.com.br//informesetoriais/setor.asp?cod=9>>

MORAES, R. Revista Química e Derivados. Papel e Celulose. 2007 <<http://www.quimicaederivados.com.br/revista/qd469/papel-celulose.html>>

Setor: Celulose e Papel. <http://www.acionista.com.br/setor/dt_05_04_04_papelecelulose.htm>

A competência da Justiça do Trabalho para determinar o restabelecimento de benefícios previdenciários em caso de incapacidade laborativa

Marco Aurélio Marsiglia Treviso^(*)

Resumo:

- ▶ No cotidiano da vida forense, é cada vez mais comum a situação de empregados e empregadores não saberem o caminho que deverão tomar quando aquele trabalhador, que esteve por um período afastado de suas atividades laborativas percebendo benefício previdenciário, recebe a *alta* médica do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), comparece à sede da empresa e esta, porém, não autoriza o seu retorno ao trabalho, porque ainda o considera inapto para o regular desenvolvimento das atividades profissionais para as quais foi contratado. É retirada do trabalhador a sua fonte de renda. Não recebe salário e outras vantagens. Não recebe benefício previdenciário. Não consegue atrelar a sua mão de obra à outro tomador de serviços. O resultado é danoso: não consegue garantir os meios necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais indispensáveis para se viver com dignidade. O valor social do trabalho e a dignidade do cidadão trabalhador são desrespeitados. O trabalhador bate às portas do Poder Judiciário, requerendo a prolação de uma decisão que lhe restitua tal dignidade. É preciso, por isso, buscar uma solução que seja juridicamente viável para conferir a tutela jurisdicional perseguida. É necessário que a decisão judicial resguarde a garantia do *mínimo existencial*. E, em nossa visão, com a re-interpretação das normas constitucionais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, diante da reforma trazida pela EC n. 45/04, podemos atribuir à Justiça do Trabalho a competência para apreciar e julgar uma única demanda, proposta pelo empregado em face do empregador e do INSS, com vantagens para todos os envolvidos e, ainda, para a sociedade em geral.

Palavras-Chave:

- ▶ Competência — Justiça do Trabalho — INSS — incapacidade laborativa — empregado — empregador.

(*) Juiz Auxiliar da 2ª Vara do Trabalho de Uberlândia (MG). Pós-graduando em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Mestrando em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Universidade Federal de Uberlândia (MG). Membro da Associação

Latino-americana de Juizes do Trabalho. Sócio-fundador do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Juiz Colaborador do GEMT — Grupo de Estudos da Magistratura e Ministério Público do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em Uberlândia (MG).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. A angústia do trabalhador
- ▶ 2. A interpretação das normas constitucionais e a competência da Justiça do Trabalho
- ▶ 3. As vantagens para o trabalhador
- ▶ 4. As vantagens para o empregador
- ▶ 5. As vantagens para o INSS
- ▶ 6. As vantagens para o próprio Poder Judiciário
- ▶ 7. A reserva do possível
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. A angústia do trabalhador

Situação muito comum que bate as portas do Poder Judiciário Trabalhista refere-se ao fato de que o empregado, com regular contrato de trabalho, encontra-se afastado de suas atividades profissionais por receber benefício previdenciário (auxílio-doença de origem comum ou profissional).

Em um dado instante, este trabalhador é submetido a uma perícia médica junto ao INSS que, geralmente, o considera apto ao trabalho, procedendo, assim, ao imediato cancelamento do respectivo benefício; o trabalhador, então, em virtude desta decisão de natureza administrativa, dirige-se à sede da empregadora para retomar as suas atividades laborativas, quando, agora, é comunicado pelo médico da empresa que, na verdade, ainda encontra-se inapto ao labor, razão pela qual não é possível desenvolver as suas funções profissionais.

Inicia-se, então, um grande martírio e uma angústia na vida do trabalhador: passa, a partir da decisão administrativa exarada pelo INSS, a não receber mais qualquer valor a título de benefício previdenciário; ao mesmo tempo, por força da avaliação clínica realizada pelo médico da empresa, não poderá retomar, normalmente, as suas atividades laborativas, ficando, também, sem receber salários e outras vantagens decorrentes da regular prestação de serviços (adicionais,

horas extras, comissões, etc.); não poderá, ainda, em virtude deste problema, desempenhar qualquer outra atividade perante outras empresas, ficando, literalmente, sem condições de arcar com o sustento próprio e familiar.

O caminho processual geralmente percorrido é o seguinte: o trabalhador que, de repente, viu-se sem qualquer fonte de subsistência, formula, com base no laudo médico apresentado pelo empregador, um pedido administrativo de reconsideração do cancelamento do benefício que, na maior parte das vezes, é negado pela autarquia federal; busca, então, o trabalhador, o Poder Judiciário, ingressando com uma demanda perante a Justiça Federal, ocasião em que postula o imediato restabelecimento da prestação previdenciária, às vezes, até com pedidos de antecipação dos efeitos da tutela que, ordinariamente, não são concedidos.

O trabalhador, portanto, continua sem receber a sua principal (quicá, a única) fonte de subsistência pessoal e familiar. Por esta razão, ele retorna à sede da empregadora, requerendo retomar a sua vida profissional, o que não é aceito diante da suposta incapacidade. Então, o trabalhador ajuíza uma segunda ação, contra seu empregador, dizendo que o INSS o considerou apto ao trabalho, inexistindo razão jurídica para não retornar às atividades laborais. Postula-se, assim, o pagamento de salários, desde a alta

médica até o efetivo retorno, ou, ainda, a rescisão indireta do contrato de trabalho por descumprimento de obrigações basilares desta relação jurídica.

Neste segundo caso, o empregador se defende, dizendo, exatamente, que o trabalhador ingressou com uma ação perante a Justiça Federal, relatando a sua inaptidão ao trabalho. A situação começa a ficar absolutamente contraditória. Afinal de contas, está apto ou inapto o autor das demandas para o desempenho de sua atividade laborativa?

Esta é a pergunta que geralmente se faz no Poder Judiciário. Mas, será esta mesmo a questão de fundo ou o tema principal a ser debatido? Acreditamos que a resposta é negativa.

Na realidade, não há dúvidas que esta situação contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, por retirar do trabalhador os meios necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, já que, num simples *passe de mágica*, deixa de receber salários e benefício previdenciário, não tendo como aceder aos bens se a fonte de subsistência é suprimida de maneira abrupta, lembrando que, dificilmente, conseguirá o trabalhador outra fonte de renda (salvo o caminho da informalidade).

Veja que o caminho percorrido pelo trabalhador pode, inclusive, ser considerado *suicida*. Expliquemo-nos.

As duas ações tramitam em órgãos distintos do Poder Judiciário (Justiça Comum, Estadual e/ou Federal e Justiça do Trabalho). Em ambos os processos, provavelmente, serão realizadas perícias médicas. Basta, para tanto, que os laudos sejam contraditórios: aquele realizado perante a Justiça Comum, considerando o trabalhador apto ao trabalho, dando razão ao INSS no cancelamento do benefício previdenciário; o apresentado pelo perito nomeado pela Justiça do Trabalho, por sua vez, considera o trabalhador inapto, dizendo que a postura do empregador está correta.

E agora? As decisões judiciais, calcadas nos referidos laudos médicos, serão provavelmente contraditórias. O Poder Judiciário, em vez de pacificar o conflito, agravou a situação do trabalhador! A conclusão, neste caso, é inequívoca: existe algo de *errado*, uma vez que, até para o mais leigo ser humano, ou aquele trabalhador está apto ou está inapto ao trabalho. Não existe, nesta situação, aptidão e inaptidão simultâneas. A dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, é frontalmente desrespeitada.

Também não podemos esquecer que a dúvida sobre a aptidão ou inaptidão para o trabalho poderá desencadear graves consequências jurídicas para o empregador e para o trabalhador. Dizemos isso porque os riscos de que uma pessoa, sem plenas condições laborativas, venha a sofrer um acidente do trabalho aumentam consideravelmente. E neste caso? Terá o empregador a responsabilidade de indenizar aquele empregado vítima de infortúnio laboral, quando o médico por ela contratado elabora um laudo dizendo que há efetiva incapacidade, contrariando a alta médica exarada pelo INSS? Dúvidas não há de que a situação do trabalhador apenas se agrava, já que foi vítima de um acidente que poderia, tranquilamente, ser evitado, com a simples convergência de opiniões clínicas a respeito de sua saúde.

Devemos, neste compasso, buscar uma solução mais adequada para esta grave situação. Uma resposta que esteja calcada nos primados do valor social do trabalho, no respeito à pessoa humana e na garantia do *mínimo existencial*. A nossa principal preocupação é buscar um mecanismo que possa, efetivamente, equilibrar esse problema, já que, enquanto o trabalhador se vê suprido de sua fonte de subsistência (seja pelo não recebimento do benefício previdenciário, seja pelo não pagamento dos salários), o princípio da dignidade da pessoa humana será frontalmente desrespeitado.

Começaremos, agora, a delinear a nossa proposta para resolvermos, de maneira definitiva

e concreta, com os mecanismos processuais já existentes, esta situação que retira do trabalhador a possibilidade de se viver com dignidade.

2. A interpretação das normas constitucionais e a competência da Justiça do Trabalho

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são princípios fundamentais insculpidos, expressamente, no art. 1º, incisos III e IV, de nossa Constituição Federal. O preâmbulo da CF, por sua vez, dispõe que o Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o efetivo exercício dos direitos sociais, além de promover a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia para a busca da solução pacífica das controvérsias. Estes são os pilares que devem nortear o intérprete e o aplicador do Direito.

Discorrendo sobre a interpretação das normas constitucionais, ensina LUIS ROBERTO BARROSO⁽¹⁾ que:

As especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

(...)

(1) BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 488-489.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável aos problemas a serem resolvidos, revelando a solução nele contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimentos, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra relato abstrato no texto normativo. Muitas vezes, só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Pois bem. Com o advento da EC n. 45/04, foi rompido o antigo paradigma de que a Justiça do Trabalho possuía competência restrita, diretamente relacionada aos sujeitos da relação processual: empregado *versus* empregador. A partir de então, a competência desta Especializada deixou de se guiar pelo aspecto subjetivo, para adotar um critério puramente objetivo, no sentido de que todas as matérias decorrentes

da relação de trabalho devem ser apreciadas e julgadas por esta Justiça (art. 114, inciso I, da CF), sem qualquer referência à condição jurídica das pessoas envolvidas no conflito. Abrange-se, assim, a administração pública direta e indireta (entre os quais se inserem as autarquias).

Esta mudança constitucional superveniente, atrelada ao princípio fundamental da duração razoável do processo, tendo como escopo a ser perseguido, a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser levada em consideração para a análise dos demais preceitos constitucionais que regulamentam as competências atribuídas aos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Ganha especial destaque e relevo a previsão contida no art. 109, § 3º da CF, *in verbis*:

Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar:

Inciso I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de acidente do trabalho, e as sujeitas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho.

§ 3º – Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro de domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, poderá a lei permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

A disposição constitucional acima transcrita parece revelar que a competência dos juízes federais ou estaduais é plena, em relação aos benefícios previdenciários. Porém, a interpretação literal da norma constitucional, sem atentar-se para as demais disposições, também de caráter constitucional e, principalmente, para o princípio da dignidade da pessoa humana, não se amolda ao contexto apresentado por BARROSO.

É inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para apreciar algumas matérias de natureza previdenciária. A execução das contribuições sociais, o reconhecimento incidental de acidente do trabalho para concessão da estabilidade prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91 ou, até mesmo, para a condenação em pedidos de indenização por danos morais e materiais são absolutamente corriqueiras no âmbito desta Justiça Especializada.

A situação ganha novo enfoque, com o advento da EC n. 45/04. É de extrema importância frisar que determinadas matérias, num primeiro momento, não afeta à competência da Justiça do Trabalho, a cada dia, são trazidas sistematicamente para este ramo especializado.

A título exemplificativo, a denúncia à lide de seguradoras em processos de natureza acidentária. É inquestionável que não compete à Justiça do Trabalho processar e julgar uma ação originariamente proposta pela empresa em face de seguradora (relação de natureza obrigacional decorrente do contrato de seguro firmado). Porém, por força de um acidente do trabalho, quando o obreiro resolve ajuizar uma ação de reparação contra a sua empregadora, a esta, sistematicamente, é dada a possibilidade de denunciar à lide a empresa seguradora contratada para eventual infortúnio. E, como estabelecido no Enunciado n. 68, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo TST, “*admitida a denúncia à lide, é possível decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como corresponsável*”. É incontroverso que nesta hipótese de intervenção de terceiros (denúncia à lide) estar-se-á analisando uma situação envolvendo duas empresas, cuja matéria não era de competência da Justiça do Trabalho.

A problemática apresentada é semelhante a este exemplo e, por isso, comporta interpretação semelhante.

Na realidade, para podermos solucionar este problema, precisamos adotar uma postura que analise a situação concreta vivenciadas

pelas partes envolvidas, buscando soluções que visem resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Os ensinamentos de BARROSO apontam para o mesmo sentido. Devemos interpretar as normas constitucionais buscando a sua máxima efetividade, eliminando eventuais lacunas existentes e solucionando questões jurídicas para que a pacificação social seja alcançada. Precisamos adotar o espaço emancipador de interpretação das normas constitucionais, notadamente aquelas de ordem processual, para buscar uma solução que não seja considerada *suicida* para o trabalhador. Torna-se necessário, ainda, concretizar, promover e efetivar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Como afirma DANIEL SARMENTO⁽²⁾, devemos ter em mente que:

“A dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo, por isso, condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-se na pessoa humana, que passa a ser concebida como ‘valor-fonte fundamental de Direito’. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de ‘direito justo.’”

A interpretação das normas constitucionais (inclusive daquelas que versam sobre a competência atribuída a cada ramo do Poder Judiciário) deve buscar, sempre, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão-trabalhador, tendo, neste caso, como escopos máximos a serem perseguidos, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Neste sentido, foi aprovado, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Enunciado de n. 01, que corrobora a nossa nova visão a

(2) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 86.

respeito da interpretação dos os direitos sociais, *in verbis*:

ENUNCIADO 01: DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em um contrato de emprego regular, ao trabalhador são garantidos, entre vários outros, 02 direitos sociais que, para nós, possui especial importância para o desenvolvimento deste estudo: o direito à percepção de salário, observando os patamares mínimos fixados pela CF; e, na hipótese de, por algum motivo, ficar impossibilitado de laborar, por exemplo, pela aquisição de uma doença (profissional ou não) e, desde que preenchidos os chamados períodos de carência (quando existentes), o direito ao recebimento de uma prestação social, de natureza previdenciária.

No contexto do ramo previdenciário, existem várias formas de se atrelar à Previdência Social (segurados *facultativos* e *obrigatórios*). Porém, a maneira mais comum de um trabalhador encontrar a proteção previdenciária decorre, sem dúvida, da relação jurídica havida com o seu empregador. A simples formalização de um vínculo de natureza empregatícia automaticamente gera a inscrição daquele empregado em nosso sistema previdenciário. Torna-se plenamente possível, neste contexto, entender que a responsabilidade do INSS (autarquia federal responsável pela concessão dos benefícios previdenciários) e do empregador são, em um paralelismo, os *dois lados da mesma moeda*. Assim, quando o empregado encontra-se perfeitamente apto ao desenvolvimento de suas atividades laborativas, receberá do empregador a devida contraprestação; porém, se no curso deste contrato de emprego, vier a ser constatada eventual incapacidade, passará

aquele mesmo trabalhador a perceber o benefício previdenciário tipificado em lei.

Agora, indaga-se: por que obrigar o trabalhador a ajuizar uma ação (contra o INSS) perante um ramo do Poder Judiciário e outra ação (contra o empregador) contra outro órgão do mesmo poder, dentro da problemática por nós apresentada na introdução deste trabalho, quando tal conflito envolve os *dois lados da mesma moeda*? Ora: se o trabalhador está inserido num contrato de emprego, a responsabilidade pela garantia de pagamento dos valores mínimos necessários para se viver com dignidade, quando apto ao labor, é, sem dúvidas, do empregador; e, quando inapto, a responsabilidade é *transferida* para o INSS, por força do mesmo vínculo jurídico base.

A nossa resposta para toda a problemática exposta é absolutamente simples: deverá ser concedida, ao trabalhador, a *faculdade* de, em vez de propor ações distintas, ajuizar demanda única, contra o empregador e o INSS, cujo feito, por força da EC n. 45/04, deverá ser processado e julgado pela Justiça do Trabalho, já que, no caso específico, a relação previdenciária é *decorrente* do contrato de emprego havido.

É importante deixar expressamente consignada a nossa posição a respeito do tema: não se pretende, neste trabalho, dizer que a Justiça Especializada possui competência ampla e irrestrita para apreciar todas e quaisquer questões referentes ao ramo previdenciário. Muito pelo contrário. Na verdade, as matérias relacionadas à revisão de benefícios, períodos de carência, concessão de prestações quando o contrato de trabalho não está mais em vigor ou, ainda, quaisquer outras demandas ajuizadas, apenas, contra o INSS, permanecem na órbita da competência da Justiça Comum, Estadual ou Federal. O que se busca é, apenas, consagrar ao trabalhador um caminho alternativo, mais rápido, célere e eficaz, que respeite os princípios da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho, em nossa visão, estaria *restrita* à discussão envolvendo a eventual (in)capacidade laborativa do autor em um contrato de trabalho vigente ou que foi rescindindo de maneira indevida (quando se postula, então, a declaração de nulidade da dispensa, por força da suspensão do contrato, com efeitos *ex tunc*), já que decorrentes da mera relação empregatícia e que, por força destes fatos jurídicos, envolvem obrigações devidas pelo empregador ou pelo INSS.

Utiliza-se, para tanto, o princípio da *unidade de convicção*, reconhecido como existente na seara processual pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal CEZAR PELUSO, quando do julgamento do famoso CC n. 7.204. Assim, quando um mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo juízo. Em outras palavras: incumbe atribuir ao *mesmo* órgão do Poder Judiciário os fatos decorrentes da *mesma* relação jurídica base, neste caso, a eventual (in)capacidade laborativa do trabalhador, “por conta dos graves riscos de decisões contraditórias, sempre inteligíveis para os jurisdicionados e depreciativas para a justiça”.⁽³⁾

Como se vê, o STF adota este princípio porque reconhece que a cisão de competência não favorece a aplicação da *justiça*, além do fato de que a divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação jurídica base, entre órgãos jurisdicionais distintos, causa incontestável impacto perverso para o jurisdicionado e para a credibilidade do próprio Poder Judiciário.

A possibilidade de divergências de decisões deixa o jurisdicionado, quando portador de doença incapacitante para o trabalho, sem solução concreta e adequada para o *problema* apresentado, uma vez que, além de não poder receber o benefício previdenciário, também não lhe é dada a possibilidade de retornar ao trabalho, já que a empresa o considera inapto.

(3) Trecho extraído do voto de lavra do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do CC n. 7.204. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 7 dez. 2009.

A conclusão é única: o trabalhador não recebe benefício previdenciário nem salário, restando-se privado do seu único meio de subsistência.

Nesse sentido, a mencionada cisão de entendimentos, além de causar impacto deletério ao jurisdicionado, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em razão da denegação de solução efetiva para o caso concreto por parte do Judiciário, o trabalhador se vê tolhido do *mínimo existencial* para sua sobrevivência.

Em nossa forma de pensar, em situações como esta, o trabalhador poderá ajuizar demanda única, que será processada e julgada pela Justiça do Trabalho, colocando no polo passivo, não só o empregador, mas também a autarquia federal (INSS). A causa de pedir é a mesma: a existência, ou não, de incapacidade laborativa num contrato de emprego. O que existe são meros *desdobramentos* relacionados ao pedido: se o autor estiver apto para o trabalho, possui o direito incontestado de voltar a desempenhar as suas atividades laborativas, sendo a empregadora, neste contexto, responsável pelo pagamento dos salários, desde a alta médica até o efetivo retorno. Porém, se estiver inapto, a responsabilidade recai, agora, sobre o INSS, que deverá restabelecer o benefício previdenciário, com o pagamento integral dos valores indevidamente suprimidos.

São esclarecedoras, neste contexto, as palavras de JOSÉ EDUARDO REZENDE CHAVES JÚNIOR⁽⁴⁾, para quem:

“Parece interessante resgatar a conceituação de competência perpetrada por CELSO NEVES, que abandona a tradicional ‘medida da jurisdição’, concebendo-a como a relação

de *adequação legítima* entre o processo e o órgão judiciário, ou seja, uma noção concreta, pragmática, porém, racional de competência. A ideia do processualista paulista é superar as conceituações *quantitativas* da competência — competência enquanto medida — para caminhar em direção a uma conceituação *qualitativa*. A conceituação *qualitativa*, segundo CELSO NEVES, tem um aspecto subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a competência é definida como atributo para o exercício da jurisdição, decorrente da investidura legítima. Do ponto de vista objetivo, que aqui nos interessa, mais especificamente, como a relação *necessária*, de adequação legítima, entre o processo e o órgão jurisdicional.

Para isso, é necessário que a ampliação de competência, que deflui da locução *relação de trabalho*, não se limite à definição do número de categorias do labor humano subsumidas na respectiva locução conceitual, mas proceda, também, a uma intensificação *qualitativa* na tutela do trabalho humano. Em outras palavras, ampliar a competência da Justiça do Trabalho tem de significar também ampliar o grau de *intensidade* de proteção ao trabalho humano, mormente aquele prestado sob *alheação*.”

Uma solução simples para uma problemática tão complexa, calcada apenas na re-interpretação das normas constitucionais, na linha proposta por BARROSO. Afinal de contas, se o direito é indivisível, em si, também indivisível deve ser a sua tutela, notadamente quando *una* é a jurisdição. A *vis attractiva protectionis* da Justiça do Trabalho autoriza, sobremaneira, o entendimento ora proposto.

Partimos da situação concretamente vivenciada pelos trabalhadores, frontalmente contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana. Buscamos interpretação sistemática das normas constitucionais, sem qualquer proposta de alteração legislativa, para solucionar o caso. Como afirma LUIZ GUSTAVO BÓIAM

(4) JÚNIOR, José Eduardo Rezende Chaves. A Justiça do Trabalho enquanto *vis attractiva protectionis*: o trabalho ‘biopolítico’ na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciários. In: *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*. Foro de Estudios Europeos de Múrcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2007. p. 931-944

PANCOTTI⁽⁵⁾, “o hermeneuta deverá dar à norma constitucional a interpretação adequada com a realidade social no momento histórico em que se encontra, de forma que promova uma constante atualização da regra com os anseios sociais, sem alterar o seu texto”. Na esteira dos ensinamentos de BARROSO, o *papel do juiz* (intérprete e aplicador do Direito) não se restringirá a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete, efetivamente, atua na qualidade de coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, fazendo as valorações necessárias, escolhendo uma solução possível e, principalmente, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a apresentação de nossa proposta e visando demonstrar os efeitos práticos desta linha de pensamento, passaremos, agora, a discorrer sobre as principais *vantagens* para o trabalhador, empregador e INSS ao se adotar tal posicionamento. Traremos, ainda, ao final, algumas considerações a respeito da reserva do possível, que geralmente é apontada como sendo o grande entrave para a concessão de direitos sociais de cunho prestacionais (adotando-se a diferenciação apontada por SARLET). Assim, estaremos num campo sólido, concreto, seguro, para tentar convencer os nossos leitores a adotarem o caminho aqui proposto.

3. As vantagens para o trabalhador

Não há dúvidas que o manejo de uma única demanda traz inúmeras vantagens para o trabalhador. Em primeiro lugar, devemos frisar que a Justiça do Trabalho é a mais célere do País, possuindo totais condições de analisar esse tipo de demanda. O princípio da duração razoável do processo, trazido pela EC n. 45/04, sem dúvidas, será respeitado.

A simples possibilidade de ajuizamento de única ação impede, sem dúvidas, a possibilidade

(5) PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. *Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTr, 2009. p. 47.

de prolação de decisões contraditórias. Afinal de contas, ou se reconhece que o trabalhador estará apto ao trabalho fazendo jus aos salários, ou se declara a sua inaptidão, passando a ter o direito de receber o benefício previdenciário correspondente. O trabalhador poderá, assim, em curto espaço de tempo, recuperar a sua dignidade, seja voltando ao labor, seja recebendo o benefício previdenciário correspondente, não precisando recorrer aos caminhos da informalidade.

Além disso, por força da sua vinculação à previdência social, poderá o trabalhador, muito bem, no curso do processo, ser agraciado com a concessão da benesse previdenciária. O Juiz do Trabalho, de posse do laudo exarado pelo médico da empresa, poderá antecipar os efeitos da tutela, determinando o restabelecimento do benefício suprimido.

Indaga-se: e se ao final do processo for constatado que o autor realmente estava apto ao trabalho, ao contrário do que foi declarado pelo médico da empresa, recebendo, por força da antecipação de tutela concedida, benefício previdenciário de maneira indevida?

A solução jurídica é extremamente simples, senão, vejamos:

- a) prolata-se a decisão de mérito, neste sentido;
- b) condena-se a empresa a efetuar o pagamento dos salários, desde a alta médica até efetivo retorno ao trabalho;
- c) solicita-se que o INSS, na fase de liquidação de sentença, traga aos autos um simples extrato, demonstrando os valores pagos ao trabalhador a título de benefício previdenciário;
- d) determina-se, então, a dedução dos valores devidos pelo empregador ao trabalhador, com vistas a se evitar enriquecimento indevido;
- e) com a condenação do empregador, efetua-se a devolução ao INSS dos valores percebidos pelo trabalhador;

f) havendo valores remanescentes em favor do autor da demanda, passa-se a executar a empresa.

O laudo pericial exarado pelo médico do INSS poderá ser objeto, ainda, de questionamento judicial, trazendo para o *contraditório* as partes que serão atingidas pela decisão administrativa: o empregador, o trabalhador e o INSS.

Pacificase, desta forma, de maneira concreta, o conflito existente.

4. As vantagens para o empregador

Todas as vezes que o empregado é considerado, pelo INSS, apto ao trabalho e o médico da empresa apresenta um parecer em sentido diametralmente oposto, surge uma dúvida para o empregador: o que fazer? Qual é a postura a ser adotada?

Há quem entenda que, neste caso, deverá o empregador efetuar o pagamento dos salários, porque deverá prevalecer a decisão administrativa exarada pela autarquia federal. Mas, como obrigar o empregador a efetuar o pagamento de salários, sem poder utilizar-se da mão de obra? E se a decisão administrativa, de fato, estiver equivocada?

Apontamos, ainda, um grande problema, imperceptível aos olhos de alguns: o risco daquele trabalhador que está inapto para o desenvolvimento de suas atividades laborativas venha a sofrer um acidente nas dependências da empresa aumenta consideravelmente. Assim, poderá a empresa ser condenada ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais decorrentes daquele infortúnio laboral, simplesmente pelo fato de ter assumido o risco de colocar, no posto de serviço, uma pessoa que, segundo o médico contratado pela própria empregadora, estava incapacitada para o exercício daquela tarefa.

Como se vê, a simples contradição entre pareceres médicos poderá prejudicar, sensivelmente, não só a capacidade laborativa do trabalhador, atentando, mais uma vez, contra a sua

dignidade, como também trazer sérias responsabilidades e consequências jurídicas à empregadora.

Por isso, entendemos que a empresa também será beneficiada com a possibilidade por nós apresentada. Haverá *segurança jurídica* a respeito da situação clínica do trabalhador, diante da prolação de uma decisão judicial reconhecendo a capacidade ou incapacidade para o labor.

5. As vantagens para o INSS

As perícias médicas realizadas pela autarquia passarão a sofrer controle jurisdicional perante o órgão do Poder Judiciário mais *apto* na análise destas questões. Os médicos que prestam serviços para o INSS poderão, ainda, atuar no processo na qualidade de assistentes técnicos, trazendo elementos necessários para o julgamento do feito.

Além disso, em casos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, a empresa poderá ser condenada a arcar com despesas médicas e cirúrgicas, para o restabelecimento completo da saúde do trabalhador, que, assim que alcançada, autorizará o INSS a cancelar o benefício, contribuindo, assim, para se evitar a *indústria* do pagamento indevido de prestações previdenciárias. Soma-se, ainda, o fato de que a empresa poderá, neste último caso, ser condenada a promover a efetiva reabilitação profissional do trabalhador, em atenção ao que prevê o art. 62 da Lei n. 8.213/91.

Ademais, em casos típicos de acidente do trabalho, a instrução processual contribuirá para que o INSS, posteriormente, tenha os elementos jurídicos necessários para o ajuizamento da demanda regressiva em face do empregador, postulando o ressarcimento dos valores pagos a título de benefício previdenciário ao erário público, na esteira do que expressamente dispõe o art. 120 da Lei n. 8.213/91.

Não haverá, ainda, possibilidade de questionamentos pelo empregador, no que diz respeito ao campo probatório, uma vez que todos os

envolvidos produziram as suas provas calcadas nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

6. As vantagens para o próprio Poder Judiciário

O verdadeiro escopo da jurisdição é pacificar um conflito subjetivo de interesses. A prolação de decisões contraditórias, sobre o mesmo *tema-base* (incapacidade laborativa do autor), não existirá, o que apenas contribui para o crédito que a sociedade deve conferir a esta importante tarefa estatal.

O processo será resolvido de maneira mais rápida e ágil, já que sabemos o elevado número de ações que tramitam na Justiça Federal, contribuindo para desafogar este órgão. O número de ações, ao final, diminuirá, uma vez que não haverá necessidade de se provocar a jurisdição, em órgãos distintos, sobre o mesmo *plano de fundo* jurídico.

7. A reserva do possível

Um dos grandes entraves para a efetividade e concretização dos direitos sociais, notadamente aqueles considerados de caráter prestacional, está relacionado à chamada *reserva do possível*. Discorrendo sobre este assunto, ensina SARLET⁽⁶⁾ que a:

Reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guardam íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclamada equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto de nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do

eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade e, nesta quadra, também a razoabilidade.

E, prossegue SARLET⁽⁷⁾ dizendo que:

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas, inclusive, como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Pois bem. Para a concretização da tese ora proposta, verifica-se, de maneira singela, que nenhum dos empecilhos apontados estará presente. Isso porque, ao se constatar a existência de efetiva incapacidade laborativa, o Estado brasileiro, diante do nosso sistema previdenciário, de caráter meramente contributivo e retributivo (ou seja, inicialmente, toda a sociedade faz a sua contribuição pecuniária para a previdência social, para, num segundo momento, os segurados serem beneficiados com o pagamento das prestações), já possui todas as reservas necessárias para promover o pagamento do benefício previdenciário adequado ao caso ao trabalhador.

Portanto, existe reserva financeira para contemplar o trabalhador com uma parcela que, diga-se, teria sido indevidamente suprimida. Além disso, a matéria relacionada à concessão destas prestações encontra-se minuciosamente prevista em lei. O titular deste benefício é certo e determinado, sendo não apenas proporcional e razoável, mas absolutamente devida a quitação da prestação beneficiária, no caso de incapacidade laborativa e, quando respeitados os períodos de carência, se necessários. Nasce, aqui, um verdadeiro direito material subjetivo

(6) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

(7) *Ibidem*, p. 287-288.

colocando à disposição do trabalhador, cujas bases principais para a sua usufruição encontram-se vigentes no ordenamento jurídico nacional. O que se deve buscar, como se vê, é apenas uma nova interpretação das normas constitucionais, utilizando-se de todo o arcabouço jurídico já existente, num pensamento de natureza sistemática.

É de se entender, portanto, que a solução apresentada neste trabalho apenas beneficiará todas as partes envolvidas na relação (trabalhador, empregador e INSS), bem como a própria sociedade, que terá a certeza de que o Poder Judiciário cumpriu o seu papel de pacificador dos conflitos existentes. Inexistem entraves para este pensamento, salvo a interpretação absolutamente literal da regra constante no art. 109 da CF que, *data venia*, não se justifica, porque não atende aos postulados da dignidade da pessoa humana, da unidade (inclusive do Poder Judiciário) e da justiça social.

A tutela jurisdicional dará efetividade e concretude aos direitos fundamentais do trabalhador, restabelecendo a sua dignidade, com a certeza e garantia de que perceberá os proventos necessários para a aquisição dos bens materiais e imateriais necessários para a subsistência própria e familiar, seja através do pagamento de salários, seja por meio do benefício previdenciário adequado ao caso.

É por isso que finalizamos este trabalho dizendo que a re-interpretação das normas constitucionais, concedendo à Justiça do Trabalho a competência para apreciar e julgar, de maneira concreta, o conflito apresentado, sem que haja ofensa à previsão contida no art. 109, § 3º da CF é, em nossa visão, a única forma de se garantir a efetividade do direito fundamental ao recebimento de valores necessários para a aquisição dos bens necessários para uma vida digna, garantindo-se, assim, o mínimo existencial.

8. Considerações finais

Ao longo deste trabalho, apresentamos, inicialmente, a situação que tanto aflige a vida

de vários trabalhadores. A possibilidade de decisões contraditórias, no caminho normalmente percorrido é latente, o que contribui para o descrédito e a insatisfação geral da sociedade para com o Poder Judiciário Brasileiro.

Este problema deve ser analisado sob outro viés. Reconhecer a existência de um caminho *alternativo*, concedendo ao trabalhador a possibilidade de ajuizamento de única demanda contra o empregador e o INSS, em casos como tais, é, em nossa visão, a maneira mais prática, efetiva e célere de equacionar esta questão.

As vantagens para todos os envolvidos (empregado e empregador, INSS e Judiciário) são várias. Algumas foram apontadas, o que não impede o reconhecimento de outras. A única desvantagem está calcada na interpretação literal da disposição contida no art. 109 da CF que, como procuramos demonstrar, não deverá mais subsistir, porque esta sim pode vir a prejudicar, ainda mais, a pessoa do trabalhador.

A Justiça do Trabalho é a mais célere do País. É a única que possui como mandamento constitucional o escopo de trazer a efetiva proteção angariada em lei ao trabalhador. Os Juízes do Trabalho já estão plenamente acostumados e adaptados com a inclusão do INSS no polo passivo das demandas que são processadas por este ramo do Poder Judiciário. Não haverá novidades.

Temos a convicção que o trabalhador e a sociedade serão os grandes beneficiários desta tutela, por força de uma simples re-interpretação das normas constitucionais. Torcemos para que os juristas (juízes, advogados, estudantes e demais operadores) abracem esta causa social, para que os trabalhadores, nos momentos mais críticos de suas vidas, não fiquem à margem da possibilidade de adquirir os meios necessários para viverem com dignidade.

9. Referências bibliográficas

ANTUNES, Davi José Nardy. Gasto social e desigualdade social. In: FAGNANI, Eduardo; POCHMANN, Márcio (Orgs.). *Mercado de trabalho, relações sindicais, pobreza e ajuste fiscal*. São Paulo: LTr, 2007.

- ANTUNES, Ricardo. O neoliberalismo e a precarização estrutural do trabalho na fase da mundialização do capital. In: SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- CAMPOS, Cristiane Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. Globalização e dignidade da pessoa humana. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 73, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CAPLAN, Luciana. O direito do trabalho e a teoria crítica dos direitos humanos. In: SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- COLUSSI, Luiz Antonio. *Direito, estado e regulação social: o papel do contrato de trabalho na sociedade em transformação*. São Paulo: LTr, 2009.
- COMERCIO CON JUSTICIA. OXFAN INTERNACIONAL. *Cambiar las reglas: comercio, globalización y lucha contra la pobreza*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em : 24 ago. 2009.
- COMUNIDADE BAHÁ'Í DE PORTUGAL. *Indivisibilidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.bahai.pt/bahai/content/download/228/853/file/Indivisibilidade%20dos%20Direitos%20Humanos.doc>> Acesso em: 17 abr. 2008.
- CORREIA, Marcus Orinone Gonçalves. *A teoria da Constituição à luz da teoria da norma — um enfoque com destaque para as normas de direitos sociais*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 10 dez. 2008.
- COSTA, Flávio Divino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas do Brasil. In: *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 16 nov. 2008.
- DELGADO. Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- FLORES. Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- _____. *Los derechos humanos como procesos de lucha por la dignidad*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 20 ago. 2009.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GIMENEZ, Denis Maracci. Desenvolvimento e ajuste de mercado de trabalho no Brasil sob a ordem liberal. In: *Revista da AMATRA XV*, n. 1, São Paulo, LTr, 2008.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalhado decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2008.
- HINKELAMMERT, Franz J. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. In: HERRERA FLORES, Joaquín (Ed.). *El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000. Disponível em: <<http://www.pime.org.br/mundoemissao/atualidadesafricasul.htm>> Acesso em: 17 dez. 2009.

- <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 7 dez. 2009.
- JÚNIOR, José Eduardo Rezende Chaves. A Justiça do Trabalho enquanto *vis attractiva protectionis*: o trabalho 'biopolítico' na perspectiva de uma especialização democrática dos ramos judiciários. In: *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*. Foro de Estudios Europeos de Múrcia. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2007.
- MAIOR, Jorge Luis Souto. Direito social, direito do trabalho e direitos humanos. In: SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Yes, nós temos sociedade e direito*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/ler_noticiaa.php?idNoticia=182> Acesso em: 24 ago. 2009.
- MEDICI, Alejandro. *Globalización y violencia social*. Los derechos humanos como obstaculos a la valorización del capital a escala mundial. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 20 ago. 2009.
- MONTORO, Franco. Cultura dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Orgs.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.
- PAPA BENTO XVI. *Discurso dirigido à Assembleia Geral das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.verbonet.com.br/conteudo/article.php/20080418170040523>> Acesso em: 17 abr. 2008.
- PANCOTTI, Luiz Gustavo Bóiam. *Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTr, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *A indivisibilidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan1.html>> Acesso em: 17 abr. 2008.
- PISARELLO, Gerardo. *DEBATE: Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?* Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 10 out. 2009.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>> Acesso em: 10 dez. 2008.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SANÉ, Pierre. *Os novos desafios da desigualdade*. Disponível em: <<http://www.france.org.br/abr/label/label34/inegalites.html>> Acesso em: 17 abr. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, 2001, p. 10.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um Direito Humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Dos direitos sociais na Constituição do Brasil*. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf> Acesso em: 11 dez. 2008.

Proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda^(*)

Resumo:

- ▶ Trata-se de estudo acerca da configuração jurídica da atividade da prostituta como trabalho, podendo assumir a forma de trabalho autônomo ou trabalho subordinado, a depender das circunstâncias fáticas de cada caso concreto e da necessidade de sua proteção para efetivação de direitos fundamentais. Defende a aplicação das normas constitucionais e juslaborais para proteção do trabalho, destacando-se a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Discorre, ainda, sobre a legalidade das casas de prostituição e sobre a necessidade de proteção do trabalho da prostituta, para a aplicação de normas trabalhistas e de segurança, medicina e higiene do trabalho. As pesquisas bibliográfica e documental foram utilizadas para demonstração da tese, ora sufragada, sendo estabelecidas, ainda, as premissas conceituais da dignidade humana e sua influência sobre o tratamento da prostituição no Brasil.

Palavras-Chave:

- ▶ Prostituição — relação de emprego — relação de trabalho — dignidade da pessoa humana.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Princípio da dignidade da pessoa humana
 - ▶ 2.1. Escorço histórico
 - ▶ 2.2. Dignidade da pessoa humana e pós-positivismo
 - ▶ 2.3. Dimensões
- ▶ 3. Relação de trabalho e de emprego: aspectos de direito material e processual
 - ▶ 3.1. Distinções fundamentais
 - ▶ 3.2. Da competência da Justiça do Trabalho
- ▶ 4. Da configuração jurídica da prostituição
 - ▶ 4.1. Da legalidade da prestação de serviços sexuais

(*) Procuradora do Trabalho da 5ª Região/Bahia. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

- ▶ 4.2. Da prostituição como relação de trabalho
- ▶ 4.3. Da necessidade de proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo demonstrar que a atividade exercida pela prostituta é uma relação de trabalho, que pode ser configurada como trabalho autônomo ou subordinado, a depender do caso concreto, e que deve haver a sua proteção constitucional e trabalhista para efetivação dos direitos fundamentais.

Ab initio, cumpre esclarecer que, conquanto o presente trabalho se refira em inúmeras oportunidades apenas às prostitutas, em verdade, são abrangidos os exercentes da atividade de *ambos os sexos*, sem qualquer distinção, desde que exerçam a prestação de serviços sexuais para satisfação de outrem.

No primeiro item, são tecidas considerações gerais sobre a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do ordenamento jurídico pátrio, seu embasamento filosófico, sua origem histórica, sua relação com o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo e as dimensões do preceito constitucional.

Em seguida, são estabelecidas as premissas doutrinárias e jurisprudenciais para a configuração da relação de trabalho e da relação de emprego, bem como para sustentar a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos oriundos das relações jurídicas travadas entre os atores sociais. Adiantando as críticas, é discutido, ainda, o tema da competência da Justiça do Trabalho para relações de consumo cujo objeto seja exclusivamente a prestação de serviços.

A configuração jurídica da prostituição é pormenorizada no terceiro e último item, especificamente quanto à legalidade da prestação de serviços sexuais, a configuração da relação de trabalho autônomo ou de relação de emprego

com a prostituta e, por derradeiro, mas não menos importante, sobre a necessidade de proteção do seu trabalho para efetivação dos direitos fundamentais, estabelecendo toda a fundamentação constitucional e juslaboral para tanto.

A importância do tema escolhido reside na circunstância de que a concretização dos direitos fundamentais perpassa por uma modificação da mentalidade jurídica e da forma de enfrentamento dos problemas sociais, que demandam uma resposta mais efetiva por parte de todos aqueles cujo discurso é de aplicação imediata das normas constitucionais. Fechar os olhos à realidade da prostituta, sem reconhecer que a prestação de serviços sexuais enseja o reconhecimento de um contrato de trabalho, autônomo ou subordinado, significa negar a um ser humano a sua dignidade como pessoa, negando-lhe o direito ao reconhecimento do seu trabalho. Este entendimento equivocado, porém majoritário, não aumenta e nem diminui as estatísticas da exclusão social, mas embrutece as relações humanas.

As metodologias utilizadas, precipuamente, foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

A pesquisa bibliográfica envolveu a busca de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e revistas, tudo no escopo de conformar a estrutura conceitual da pesquisa, incluindo os fundamentos da tese ora vigente e buscando os alicerces para firmar o novo entendimento sobre o tema.

A coleta de informações através de pesquisa documental ocorreu, especificamente, mediante a pesquisa de artigos sobre a matéria e pesquisa, dentre os relatórios anuais da COORDIGUALDADE (Coordenadoria Nacional de Combate

à Discriminações nas Relações de Trabalho) e documentos fornecidos pela Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região/Bahia, quanto à atuação do Ministério Público do Trabalho para efetivação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho travadas com as prostitutas.

2. Princípio da dignidade da pessoa humana

2.1. Escorço histórico

Apenas para que se possa desenvolver a sua evolução, e como intróito das ideias a serem elucidadas, será adotado o conjunto de características do princípio da dignidade da pessoa humana explicitadas por Mauricio Godinho Delgado⁽¹⁾:

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos, é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu *status* econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.

Deste entendimento também não discrepa Ives Gandra da Silva Martins Filho⁽²⁾:

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de 'ser' humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com Fábio Konder Comparato⁽³⁾, despontou na Antiguidade, entre os séculos VIII e II a. C., como resultado da posição e reconhecimento social do indivíduo. Somente eram dignos os membros das classes mais abastadas. A partir do Cristianismo, essa concepção se modificou e se difundiu como imperativo ético, precipuamente devido aos ensinamentos de Jesus acerca da igualdade e do amor entre os homens. Essa igualdade do cristianismo, entretanto, em seu período inicial, era apenas no plano divino, uma vez que a religião admitiu, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão e da inferioridade da mulher em relação ao homem.

Durante a Idade Média, e principalmente devido a São Tomás de Aquino, a dignidade da pessoa humana adquiriu contornos mais próximos do que atualmente possui, pois foi elaborado o princípio tendo por alicerce a igualdade material entre todas as pessoas, a despeito de todas as suas diferenças individuais, biológicas, culturais ou sociais.

O marco fundamental na filosofia moderna acerca dos direitos fundamentais encontra-se, indubitavelmente, em Kant, no século XVIII. Para o filósofo prussiano, o homem, como todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não podendo se tornar objeto (meio) de que uma outra vontade possa se servir. O embasamento da dignidade, portanto, é a autonomia da vontade. Afirma que⁽⁴⁾:

A lei moral é *santa* (inviolável). O homem, conquanto bastante profano, deve conceituar a *humanidade* em sua pessoa como santa. Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder, poderemos empregar como *simples meio*; unicamente o homem, e com ele toda a criatura racional,

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 31.

(2) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O que significa dignidade da pessoa humana?* Disponível em: <<http://www.comunidademaconica.com.br/Artigos/5778.aspx>> Acesso em: 1ª jul. 2009.

(3) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 12.

(4) KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 69.

é fim em si mesmo. É ele, efetivamente, o sujeito da lei moral, que resulta santa graças à autonomia da sua liberdade.

Segundo Kant, a verdade encontra-se nos juízos universais, absolutos e necessários, sendo um *a priori*, ou seja, estando independente das vicissitudes da experiência, que é sempre parcial e relativa. Assim, a dignidade humana também é uma ideia apriorística, na medida em que existe independentemente das circunstâncias históricas e na medida em que independe das condições sociais (*status*, condições econômicas ou de escolaridade, etc.) ou fáticas nas quais o indivíduo vive. *A pessoa, portanto, é digna porque é um ser racional e, como tal, tem autonomia da vontade.* Por esta razão, não seria jamais admissível que uma vontade sobrepujasse a outra.

As coisas do mundo real, considerando que não têm autonomia, possuem um preço; o ser humano, ao contrário, possui um valor. A par de todas essas considerações, conclui-se que o pensamento de Kant alinha-se com o jusnaturalismo, que à sua época já não possuía uma matriz teológica, mas racionalista.

O jusnaturalismo, como base filosófica que tem acompanhado o Direito ao longo de séculos, possui duas grandes vertentes: a) a de um direito natural estabelecido por Deus; b) a de um direito natural ditado pela razão. A sua base teológica encontra-se, precipuamente, em parte dos filósofos da Antiguidade e em todo o pensamento da Idade Média; já o fundamento racionalista surge com a modernidade, no século XVI, que tem por contexto histórico inicial a reforma protestante e a formação do Estado Nacional. Esse pensamento, portanto, prevaleceu durante toda a Idade Moderna, tendo sido o principal combustível ideológico para as revoluções burguesas do século XVIII, que marcam o início da Idade Contemporânea.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, estão fulcradas no pensamento jusnaturalista

de John Locke. Não existe ainda, entretanto, qualquer menção documental ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao tempo em que representou o apogeu do jusnaturalismo, a incorporação dos direitos naturais ao direito positivo significou, contraditoriamente, também o início do seu ocaso. A partir do século XIX, surge o positivismo jurídico como crença na onipotência do direito normado; simultaneamente, verifica-se a internacionalização e a positivação dos direitos fundamentais.

O positivismo jurídico traduziu-se na redução do Direito à norma, negando a existência de qualquer direito que não fosse conferido pelo ordenamento jurídico de cada Estado. Segundo Luís Roberto Barroso⁽⁵⁾,

(...) correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;

(ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;

(iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

O que há de comum em todas as correntes do positivismo é a assepsia valorativa do Direito. Conforme ensinamento de Hans Kelsen, maior expoente desta corrente doutrinária de todos os tempos, cuja influência se espalha por todo o século XX, os valores existem no Direito, não

(5) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-25.

há como negar a sua importância. Todavia, no momento em que o juiz prolata a sua decisão, ou seja, no momento em que deve densificar a carga valorativa da norma, pratica ato de vontade, não ato de razão. Desta sorte, a sentença é um ato que escapa ao âmbito da ciência do direito, sendo considerado um simples ato de vontade. A sua grande contribuição, portanto, consistiu em separar do Direito todo o conhecimento que anteriormente se encontrava a ele amalgamado, como a sociologia, a moral e a ética.

Historicamente, coincide o positivismo jurídico com a internacionalização e a positivação dos Direitos Fundamentais, após a Revolução Francesa. A sua decadência coincide com a derrocada do nazifascismo, no final da II Guerra Mundial, após a constatação de que o mito da “neutralidade” do Direito assegurava a primazia dos detentores do poder, olvidando os limites éticos para a sua atuação.

O princípio da dignidade da pessoa humana constou, pela primeira vez em um documento, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU, em Paris. A partir de então, muitas outras declarações e convenções internacionais o têm mencionado, e, atualmente, encontra-se incorporado ao texto constitucional de inúmeros Estados, inclusive o Brasil.

Nesta linha, afirma a Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, logo em seu art. 1º, que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”⁽⁶⁾. Já a Constituição Espanhola, em vigor desde 1978, em seu art. 10, também dispõe que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela

(6) PORTUGAL. *Constituição da República portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 1º jul. 2009.

lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”⁽⁷⁾.

A Carta Magna de 1988 também proclama, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil.

Após a derrocada do positivismo, inúmeras reflexões acerca do Direito e sua função social surgiram no cenário mundial, dando origem a um ideário difuso denominado, genericamente, de pós-positivismo.

A evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, tem por finalidade estabelecer as premissas filosóficas que originaram o instituto, para analisar qual a sua importância no contexto jurídico atual, como um dos pilares do pós-positivismo contemporâneo e como valor fundante do ordenamento jurídico pátrio.

2.2. Dignidade da pessoa humana e pós-positivismo

Nenhum outro autor, com tanta poesia e precisão, soube conceituar o momento histórico contemporâneo, quanto Boaventura de Sousa Santos⁽⁸⁾:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. [...] Vivemos, pois, numa sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática.

A partir da segunda metade do século XX, os jusfilósofos percebem que a assepsia valorativa promovida pelo positivismo já não correspondia aos anseios da humanidade por Justiça e não oferecia respostas convincentes para os graves problemas éticos originados na

(7) ESPANHA. *Constituição espanhola*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos>> Acesso em: 1º jul. 2009.

(8) SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 41.

Segunda Guerra Mundial. O pós-positivismo, surge, assim, com a quebra de paradigmas da modernidade, que foram construídos sobre o cientificismo, a hegemonia do poder estatal, o legalismo e o mito da neutralidade do jurista. No pós-positivismo, entretanto, o novo paradigma ainda não está assentado, e a angústia é a tônica em todos os filósofos.

Na pós-modernidade, o Direito é plural, discursivo, relativo e busca resgatar os valores e reconhecer a sua normatividade. De fato, os valores, a ética e a Justiça não são conceitos alheios ao Direito; pelo contrário, foram essas ideias o fundamento para o jusnaturalismo. A diferença, no panorama atual, é que a doutrina tem reconhecido, reiteradamente, a *normatividade dos princípios*.

Aos princípios, portanto, foi reconhecida efetividade, porquanto foram conduzidos ao centro do sistema como instrumentos precípuos para plasmar valores, conferir unidade ao ordenamento jurídico e estabelecer diretrizes concretas para a atividade do jurista. O constitucionalismo moderno incorporou a distinção, preconizada por Ronald Dworkin, entre princípios e regras. Segundo o filósofo, a doutrina tradicional apenas contemplava a existência de regras jurídicas (normas). Os princípios possuíam, então, apenas uma dimensão axiológica, sem qualquer aplicabilidade, que apenas poderiam, romanticamente, servir como bússola para a atividade do legislador, ao elaborar as leis, ou para o juiz, ao prolatar a sentença.

Esta concepção é superada pelo neoconstitucionalismo, uma das vertentes filosóficas do pós-positivismo. Segundo Dworkin⁽⁹⁾, as regras são proposições normativas aplicadas sob a forma do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios regem-se pela dimensão do peso ou importância.

Ao se deparar com uma regra, o jurista deve observar se os fatos nela estabelecidos como

premissa de incidência se encontram consumados na realidade concreta; uma vez verificada a hipótese, a norma incide de forma imediata, ordinariamente por subsunção, não dando margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. A regra, portanto, pode ser válida ou inválida para o caso concreto, nunca admitirá uma aplicação flexível e ponderada. Existindo colisão entre as regras, somente uma delas prevalecerá, pelos postulados de que a lei posterior revoga a anterior, a lei especial sobrepõe-se à geral e pelo princípio máximo da hierarquia, cujo enunciado é de que as regras de maior hierarquia devem sempre prevalecer.

Os princípios, ao revés, densificam uma carga valorativa e abrigam decisões políticas. Por esta razão, a colisão entre princípios não se resolve pela exclusão de um deles, mas pela ponderação, ou seja, utiliza-se uma técnica pela qual se busca estabelecer o peso de cada um dos princípios envolvidos. Na decisão, serão sopesados os princípios, para determinar em que medida cada um irá ceder em função do outro, porquanto *ambos* serão aplicados e terão incidência sobre o caso concreto. Em algumas hipóteses, todavia, a interpretação pode conduzir à ilação de que o afastamento de um dos princípios estabeleceria a decisão mais justa; este é um caso possível e até admissível, em face da flexibilidade, maleabilidade e indeterminação que caracterizam os princípios.

As regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios consubstanciam mandados de otimização. As regras são biunívocas, ou seja, somente admitem duas espécies de situação; ou são válidas, e incidem sobre o caso concreto, ou são inválidas, e devem ser rechaçadas. Este raciocínio não se coaduna com os princípios, que admitem diferentes intensidades de aplicação, de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem comprometer a sua validade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como conformador de todo o ordenamento

(9) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39-43.

jurídico pátrio, não é absoluto, podendo entrar em choque com outros princípios e podendo também ser ponderado e sopesado a depender das circunstâncias fáticas. Por mais relevante que seja, não existe princípio jurídico absoluto.

2.3. Dimensões

A par de toda esta digressão acerca de sua evolução histórica e sua caracterização como pilar do pós-positivismo contemporâneo, é possível afirmar, com esopeque em Luís Roberto Barroso⁽¹⁰⁾, que:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. o desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Esta ideia de dignidade da pessoa humana incorpora uma tendência doutrinária de considerar que o seu núcleo material é composto por um *mínimo existencial*, cujos contornos são históricos e temporais.

Segundo Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é constituído de “quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”⁽¹¹⁾, sendo estes elementos, em nosso sentir, necessários, porém não suficientes para completa

definição do instituto, cuja abrangência é ainda maior.

No respeito à dignidade da pessoa humana, vislumbram-se quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez que integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹²⁾, em acurado artigo sobre o tema da dignidade da pessoa humana, vislumbra as seguintes dimensões para o instituto:

- a) dimensão ontológica;
- b) dimensão intersubjetiva, relacional ou comunicativa;
- c) dimensão histórica;
- d) dimensões positiva e negativa.

Na dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana exsurge como princípio irrenunciável da própria condição humana, não podendo ser criada, concedida ou renunciada, embora possa ser violada. Alinhando-se ao jusnaturalismo, entende o referido autor que a ordem jurídica de cada Estado não confere a dignidade a quem quer que seja, porquanto se trata de uma característica ontológica, relacionada à própria essência do ser humano. Contraditoriamente, porém, o mesmo jusfilósofo admite uma dimensão histórica para o instituto.

A fim de conciliar as duas posições, esposa-se no presente estudo o entendimento de que o direito à dignidade é um atributo inafastável da

(10) BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 37-38.

(11) BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

(12) SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./ jun. 2007, p. 361-379.

condição humana; o seu conteúdo, todavia, deve ser preenchido historicamente e de acordo com as circunstâncias fáticas de cada caso. Em outras palavras, a sua porosidade permite que o denominado mínimo existencial varie no tempo e no espaço — o que não se admite é deixar de ser considerada a própria dignidade do ser humano, como um valor em si mesmo.

Esta compreensão decorre do fato de que a dignidade da pessoa humana surgiu como resposta da civilização ocidental às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, que ocasionaram a morte de milhões de pessoas nos campos de concentração, submetidas que foram a formas de vida indignas e a uma morte infamante. Deste raciocínio também decorre a conclusão de que, por pior que seja a conduta do ser humano, a sua dignidade jamais poderá ser rechaçada. Pouco importa se se trata de um criminoso ou de um santo; deve ser respeitado como ser humano, ainda que cometa as ações mais execráveis.

Esta ilação, portanto, consubstancia uma evolução no pensamento de São Tomás de Aquino, para quem o homem, ao delinquir, decairia de sua condição de humanidade, rebaixando-se à condição de besta. A dignidade da pessoa humana não é algo a ser conquistado ou agregado de acordo com a conduta do indivíduo; se assim o fosse, os incapazes, os loucos e os criminosos não a possuiriam. É um atributo, portanto, oriundo da própria condição humana, fulcrada na sua capacidade potencial de autodeterminação — por esta razão, esta dimensão, por vezes, é denominada também de ontológico-biológica.

Para a dimensão intersubjetiva, relacional ou comunicativa, a dignidade apresenta-se como um atributo coletivo, reconhecido a todos os seres humanos, em relação intersubjetiva, que convivem em determinada comunidade. Neste contexto, permite-se reconhecer a relatividade do princípio, que tem de ser flexibilizado em função de outras dignidades e de outras liberdades dos demais membros da comunidade.

Implica, ainda, o reconhecimento da dignidade como um feixe de direitos e deveres que, no âmbito da pluralidade, devem ser observados pelo indivíduo e pela comunidade, de maneira dialética.

Neste ponto, é imperiosa a lição de Jürgen Habermas, para quem o Direito somente pode cumprir a função de integração social se possuir um elemento de legitimidade que, por detrás de sua pura imposição coativa, como pretende Hans Kelsen, necessita contar com uma aceitação e adesão dos atores sociais envolvidos. De acordo com a sua teoria da ação comunicativa, o processo de convencimento do outro é o instrumento que confere legitimidade às normas jurídicas — e este convencimento perpassa pela carga valorativa dos princípios, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. Toda a concepção atual de Direitos Fundamentais está calcada na teoria da ação comunicativa de Habermas, que teve profunda influência no pensamento de Robert Alexy. Sustenta, ainda, que tudo é interpretação, ou seja, as coisas do mundo real (e nestas estão incluídos os institutos jurídicos) não existem por si mesmas, mas de acordo com a significação que o homem lhes empresta. Afirma que “a realidade constitui-se na moldura de uma forma vital exercitada por grupos que se comunicam e organizada nos termos da linguagem ordinária. Nesse sentido, é real aquilo que pode ser experimentado de acordo com a interpretação de uma simbólica vigente”⁽¹³⁾.

Nesta perspectiva intersubjetiva, é inarredável a técnica de ponderação de valores preconizada por Dworkin, na medida em que, nos denominados *hard cases*, é possível que cada uma das dignidades pessoais ontológicas encontre-se em jogo e necessite ser delimitada e flexibilizada. Essa dimensão, portanto, ressalta o caráter político e relacional do princípio.

A perspectiva histórica resulta do reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana, em

(13) HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 214.

seu conteúdo material, é variável e historicamente determinada, plasmando um conjunto de valores que se modifica de acordo com as conjunturas sociais, econômicas e culturais de cada época e de cada comunidade.

O princípio da dignidade de pessoa humana, destarte, é evolutivo. Por possuir uma faceta cultural, a dignidade não é alcançada ou conquistada pela pessoa, a partir de uma conduta autodeterminada para construção de sua identidade. Assim, mesmo os que não são capazes de se autodeterminar, são dignos como seres humanos.

Por derradeiro, o princípio também comporta a dimensão negativa, que consiste no dever do Estado de se abster da prática de atos que vilipendiam a condição do ser humano, bem como uma dimensão positiva, que significa o dever de prestação estatal, para promoção de ações que dignifiquem o ser humano e tornem efetivo o preceito constitucional.

Atualmente, porém, o sentido desta dimensão tem sido ampliado para alcançar não apenas o Estado, mas também os particulares e as pessoas jurídicas de direito privado. Ora, num mundo globalizado, em que as empresas multinacionais detêm maior poder político que os Estados, em que a noção de soberania tem sido paulatinamente flexibilizada, não é de estranhar que a dignidade da pessoa humana esteja sendo violada por organismos não estatais, mas econômicos.

Segundo Maria Celina Bondin de Moraes⁽¹⁴⁾, do conceito de dignidade decorrem quatro princípios cardeais: o da igualdade (na medida em que todos os seres humanos, ontologicamente, possuem dignidade); o da liberdade (fulcrado na capacidade de autodeterminação), o da integridade física e moral (intimamente relacionado ao mínimo existencial) e o da

(14) MORAES, Maria Celina Bondin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116-118.

solidariedade (que se conecta à dimensão comunicativa do princípio, vez que a existência humana é um fenômeno coletivo).

Contemplando todas essas dimensões e perspectivas, Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹⁵⁾ densifica a dignidade humana como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo ou qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Esta é, portanto, a dimensão filosófica e axiológica indispensável ao princípio da dignidade da pessoa humana, para melhor compreensão de sua aplicação no trato da relação jurídica que envolve a prostituição.

3. Relação de trabalho e emprego. Aspectos de direito material e processual

3.1. Distinções fundamentais

A doutrina já consolidou as distinções entre relações de trabalho e relações de emprego, sendo, todavia, imprescindível a realização de digressões sobre a matéria para elucidação da natureza jurídica da atividade de prostituição.

A relação de trabalho é gênero do qual é espécie a relação de emprego. Toda relação de trabalho é, em sua essência, relação de labor humano, na qual há uma obrigação fundamental do contratado, de fazer, e outra fundamental do contratante, de remunerar. Toda e qualquer relação de prestação de serviços, admitida no ordenamento jurídico pátrio, é relação de trabalho, não existindo uma especificação quanto à

(15) SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 383.

obrigação de fazer para caracterização do vínculo jurídico. Engloba, portanto, a relação de trabalho subordinado, autônomo, eventual, avulso, dentre outras figuras congêneres.

A relação de emprego configura-se quando presentes os elementos essenciais de prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Não há que se cogitar de vínculo trabalhista quando a prestação de serviços for realizada por pessoa jurídica, salvo nas hipóteses de fraude ao regime de emprego. Este fenômeno, mediante o qual o efetivo empregador busca eximir-se do pagamento de obrigações trabalhistas, é denominado na atualidade de “pejotização”, em alusão à sigla de pessoa jurídica — PJ — e se caracteriza pela contratação formal de uma pessoa jurídica para prestação de serviços, estando, porém, presentes, na realidade fática, todos os elementos caracterizadores da relação de emprego.

A pessoalidade do vínculo significa que o empregado não poderá se fazer substituir por outra pessoa na prestação de serviços, ou seja, existe uma infungibilidade da obrigação quanto ao trabalhador. Além de serem prestadas por uma pessoa física, as atividades somente poderão ser prestadas pelo contratado, jamais por um terceiro. É evidente, contudo, que uma substituição eventual do trabalhador, e consentida pela parte contratante, não descaracterizará o liame empregatício.

O contrato de trabalho é concretizado mediante pagamento de remuneração, que comporta diversas modalidades de adimplemento, e não apenas em moeda. A prestação de serviços gratuitos, motivados por questões religiosas, por voluntariado ou por assistência social, descaracteriza o vínculo empregatício, sendo imprescindível gizar que a simples falta de pagamento, durante relevante interstício de tempo, não demonstra a ausência de pactuação em sentido contrário. É, portanto, precipitado rejeitar a alegação de existência de contrato de trabalho, na hipótese de não pagamento de salários, sem

a apreciação dos demais elementos de convicção do caso concreto.

O elemento da não eventualidade é o que mais suscita divergências doutrinárias e jurisprudenciais. De logo, cumpre destacar que a Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente, não adotou a teoria da continuidade, de modo que não há a exigência de que o serviço seja prestado todos os dias da semana. Ao revés, uma pessoa contratada para laborar apenas nos finais de semana, tais como os garçons ou os folguistas, não será eventual, mas empregado efetivo, com todos os direitos e deveres trabalhistas inerentes ao vínculo. A eventualidade deve ser avaliada de acordo com a finalidade do empreendimento, ou seja, de acordo com a atividade desenvolvida pelo empregador. Desta sorte, deve ser sopesada a necessidade do serviço prestado, sob o ângulo do desenvolvimento ordinário das atividades empresariais — se necessidade corriqueira, permanente ou eventual, esporádica, cujo labor do do empregado, por longo período de tempo, não se justifica.

Dentre todos os elementos conformadores, contudo, o de maior relevância para caracterização da relação de emprego é a subordinação jurídica. Na dicção de Mauricio Godinho Delgado⁽¹⁶⁾:

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).

O contrato de trabalho gera para o empregado um *status subjectiones*, ou seja, deverá o contratado se submeter aos ditames do empregador

(16) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2002. p. 295.

quanto ao *modus faciendi* da sua obrigação de fazer, bem como ao tempo e lugar de sua execução. Mesmo quando se tratar de empregado com maior grau de escolaridade ou que não dependa das determinações técnicas do empregador, verifica-se a existência de subordinação jurídica, vez que não se afasta, ainda nestas hipóteses, o poder diretivo daquele que assume o risco do empreendimento. Os critérios de dependência econômica ou dependência técnica são ordinariamente rejeitados pela doutrina, sendo prevalectente o entendimento de que a subordinação do empregado é jurídica ou hierárquica. Ora, como sói acontecer em pequenos empreendimentos que a remuneração do empregado encontra-se muito próxima dos valores obtidos a título de lucro pelo empregador, o que descaracteriza a dependência econômica; ademais, a exclusividade não é um elemento conformador do contrato de trabalho, de sorte que o sustento do trabalhador pode ser obtido por diversas fontes, e não apenas pelo vínculo empregatício. A dependência técnica, como já asseverado, em muitas oportunidades, não se encontra presente na relação de emprego, porquanto o trabalhador detém conhecimento técnico ou acadêmico muito superior ao contratante, de modo que a execução do seu trabalho não é determinada *ad minuciam*, mas apenas em termos de resultados. O mestre Orlando Gomes dirimiu quaisquer controvérsias sobre o tema⁽¹⁷⁾:

(...) O equívoco dos que adotam critérios extrajurídicos reside exatamente no fato de não se preocuparem com a fixação do elemento característico do contrato de trabalho, mas, sim, com a qualidade da pessoa que deve ser juridicamente protegida. Evidentemente, focalizam mal a questão. Que os indivíduos economicamente fracos devem ser juridicamente tutelados, não resta a menor dúvida.

(17) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Atualizador: José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 126.

Estendam-se a todos os sujeitos de contratos de atividade que necessitam dos benefícios do Direito do Trabalho, ou se lhes protejam de outro modo. Mas se não subvertam as coisas, afirmando que estão ligados por contrato de trabalho, que são empregados, somente porque esta categoria de trabalhadores está especialmente protegida e amparada.

Assim, somente o critério da subordinação jurídica, extraído de rigorosa análise da relação de emprego, pode fornecer uma orientação segura para a identificação do contrato de trabalho, e, portanto, da *condição de empregado*. Todas as vezes, por conseguinte, em que se manifesta a subordinação hierárquica numa relação jurídica que tenha por objeto o trabalho do homem, o contrato de que provém esta relação é desenganadamente um *contrato de trabalho*, e o trabalhador é insofismavelmente, um *empregado*. (grifos no original)

Toda essa digressão, portanto, tem por objetivo elucidar a caracterização do contrato de trabalho e de emprego, a fim de configurar a relação jurídica travada pela prostituta com a casa de prostituição e com o seu cliente.

3.2. Da competência da Justiça do Trabalho

Prima facie, é mister destacar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 estabelece profundas alterações no Direito Processual do Trabalho e no rol de atribuições da Justiça do Trabalho. Entretanto, o Direito Material do Trabalho, embora sofra influências da Reforma do Judiciário, permaneceu intacto.

Em seu conteúdo, o Direito Material do Trabalho disciplina as relações jurídicas entre empregado e empregador, já estabelecidas as premissas de diferenciação da relação de emprego em face da relação de trabalho. Isto significa que um número ingente de trabalhadores não se encontram alcançados por suas normas legais, tais como os autônomos, os estagiários, os eventuais, os servidores públicos estatutários,

além dos empregados domésticos, que são disciplinados por legislação específica e somente alcançaram os direitos celetistas expressamente designados pela Carta Magna.

Outros, por expressa determinação de norma constitucional, recebem a guarida do Direito do Trabalho, como os avulsos, muito embora a relação jurídica triangular mantida entre as partes em muito se diferencie do vínculo empregatício.

Em síntese, o Direito Material do Trabalho, plasmado em grande medida na CLT, continuará a reger as relações jurídicas entre empregado e empregador, porém nem sempre será a legislação aplicável quando se tratar de relação de trabalho *lato sensu*. Ou seja, a competência será da Justiça do Trabalho, que aplicará as regras pertinentes ao Direito Processual do Trabalho; quanto ao direito material, as normas estão disciplinadas no Direito Comum, precipuamente, no Direito Civil.

Toda esta ilação tem por objetivo tornar indene de dúvidas a circunstância de que nada impede, nem causa estranhamento, que sejam aplicadas as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil por magistrado trabalhista, em jurisdição laboral.

O debate acerca dos critérios de fixação de competência perpassa, necessariamente, pela interpretação do sintagma “relação de trabalho” insculpido no art. 114, I, da Constituição Federal.

Atualmente, recrudescer entre os juristas o sentimento de que os métodos tradicionais de interpretação de normas (gramatical, sistemático, teleológico, e histórico) encontram-se defasados e desacreditados. O Neoconstitucionalismo, movimento que ganhou corpo durante o século XX, especialmente após a derrocada do positivismo com a Segunda Guerra Mundial, juntamente com os regimes fascistas e nazistas, abre um leque de técnicas interpretativas que desbordam dos estreitos limites impostos pelo método lógico-formal.

Propugnava o positivismo jurídico, que floresceu durante todo o século XIX, que o juiz não cria o Direito, mas apenas o aplica, e que a interpretação deve obedecer ao padrão do silogismo, em que a premissa maior é a norma em abstrato, a premissa menor é o fato concreto e a conclusão é a decisão judicial, sendo apenas admitida uma resposta “correta” para situação posta *sub examine*.

O neoconstitucionalismo se opõe veementemente ao positivismo e apresenta uma nova proposta de hermenêutica constitucional, pautada nos valores e defendendo a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social. Entendem os estudiosos, portanto, que o Direito deve ser compreendido como instrumento de transformação social, em vez de se converter em simples reproduzidor desta realidade fática. Em suma, os doutrinadores contemporâneos alicerçam toda a interpretação constitucional na axiologia, imperando o processo criativo do Direito, e ressaltando a premissa de que não há norma sem interpretação. Consoante Francisco Amaral, o primeiro comando de toda interpretação dirigida ao intérprete é livrar-se do arbítrio das ideias preconcebidas e da estreiteza dos hábitos de pensar já ultrapassados, para adaptar-se às exigências da nova realidade⁽¹⁸⁾.

Quando ocorrem alterações no ordenamento jurídico, principalmente no texto constitucional, os doutrinadores são tomados por um certo espanto que confundem o verdadeiro alcance das mudanças. Por esta razão, somente podemos compreendê-las a partir do entendimento do passado, de como era a disciplina anterior sobre a matéria.

O fato é que a Justiça do Trabalho já possui competência para apreciação e julgamento de

(18) AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005, p. 54-79.

demandas que versassem sobre relações de trabalho. Como reza o art. 652, III, da CLT, era a Especializada competente para dirimir conflitos da pequena empreitada, na qual o empreiteiro figurasse como operário ou artífice. Estas lides, embora raras, tanto poderiam envolver o inadimplemento da parcela pactuada em ação movida pelo empreiteiro, quanto o erro na execução dos serviços, ou sua incompletude, reclamados pelo tomador dos serviços. Esta situação não foi alterada pela Emenda Constitucional n. 45; ao revés, foi ampliada.

Em síntese, portanto, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias oriundas das relações de emprego ou das relações de trabalho autônomo. A relação jurídica travada pelas prostitutas insere-se nestes dois conceitos, a depender do caso concreto, como adiante se demonstrará. Em qualquer hipótese, contudo, a competência para solução do litígio é da Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, encontra-se o Ministério Público do Trabalho legitimado para defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos que possam originar-se destas circunstâncias fáticas.

Antes de ser encerrada a questão acerca da competência, é mister uma pequena digressão acerca da competência da Justiça do Trabalho para relações de consumo, já antecipando as possíveis críticas sobre a matéria que serão apresentadas.

A relação de consumo pode ser definida como a relação jurídica pela qual o fornecedor oferece no mercado de consumo bens ou serviços aos consumidores, para uso privado deles. Como se vê, os sujeitos da relação de consumo são o fornecedor e o consumidor⁽¹⁹⁾.

Reza o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,

(19) ROMITA, Arion Sayão. Prestação de serviços por trabalhadores autônomos: relação de trabalho ou relação de consumo? In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 08, ago. 2006, p. 903-914.

que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Dispõe também o art. 2º do mesmo Diploma Legal:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Segundo Cláudia Lima Marques⁽²⁰⁾, o destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir, ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo, por sua vez, ao seu cliente, seu consumidor.”

Essa conceituação é de fácil visualização quando se trata, por exemplo, do fornecimento de produtos, em uma cadeia produtiva; porém, tal simplicidade não se observa quando há a prestação de serviços. Por exemplo: quando um arquiteto contrata um gesso para realização de um serviço, sendo um terceiro o dono da obra ou do apartamento, não poderá ele valer-se das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor se o serviço estiver com defei-

(20) MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 338.

tos? Não poderá pedir o abatimento do preço, ou a sua execução forçada, ainda que o trabalho do gesseiro seja um *iter* na sua própria prestação de serviços ao dono da obra, como arquiteto?

Do conceito doutrinário exsurge a conclusão de que o conceito de destinatário final tem por objetivo não proteger a relação jurídica se o consumidor aplicar o produto ou serviço na cadeia produtiva, inserindo-o, mais adiante, no processo com o intuito de obtenção de lucro. Não se deve olvidar que na noção de mercado de consumo impera a soberana ideia de lucro.

Quanto às distinções entre relação de consumo e relação de trabalho, firmaram-se duas correntes doutrinárias acerca do tema. Para os adeptos da *primeira corrente*, não existe distinção ontológica entre relação de consumo e relação de trabalho, sendo esta última gênero do qual a primeira é espécie. E, não havendo distinção, a competência é da Justiça do Trabalho, *ex vi* do inciso I do art. 114 da Constituição Federal. Os defensores da *segunda tese* distinguem relação de consumo e relação de trabalho, colocando cada uma sob a égide de um ramo distinto do Poder Judiciário, divergindo entre si, contudo, quanto aos exemplos do que se configuraria relação de consumo e relação de trabalho.

Segundo Andrea Presas Rocha⁽²¹⁾, são seguidores da primeira corrente, que não vislumbra diferença ontológica entre relação de consumo e relação de trabalho, entre outros, Arnaldo Süssekind, Edilton Meireles, Estêvão Mallet, Jorge Luiz Souto Maior, José Augusto Rodrigues Pinto, Manoel Antonio Teixeira Filho e Rodolfo Pamplona Filho.

Sufragam a segunda corrente, que distingue os conceitos, Arion Sayão Romita, Cássio Mesquita Barros, José Affonso Dallegre Neto, Lelio Bentes Corrêa, Otávio Amaral Calvet e Sérgio Pinto Martins. Esta segunda

tese foi também sufragada por Jorge Luiz Souto Maior, em 2005, quando escreveu seu primeiro artigo sobre o tema, pensamento logo depois reformulado, em 2006, para sustentar que a competência, para todas essas ações, é da Justiça do Trabalho.

Os defensores da tese de que a competência para relações de consumo é da Justiça Comum sustentam seu ponto de vista sob o fundamento de que:

- a) haveria uma enxurrada de processos para a Justiça do Trabalho, que deixaria de ser uma Justiça de prestação jurisdicional célere e eficiente para se tornar morosa, em detrimento daqueles que realmente dela necessitam, os empregados;
- b) perda da identidade da Justiça do Trabalho como justiça célere e relacionada a questões em que uma das partes está em situação de inferioridade sócio-econômica em relação à outra; a Justiça do Trabalho não pode ser reduzida à categoria de uma justiça de cobrança.
- c) a Justiça do Trabalho deixaria de ser Especializada para se tornar Justiça comum, porquanto quase todas as atividades humanas envolvem trabalho.

Todos estes argumentos, contudo, não são jurídicos; são sociológicos e ideológicos. Caem por terra ao se verificar que assegurar a todos os trabalhadores, empregados ou autônomos, o acesso à Justiça do Trabalho, muito mais desburocratizada e ágil que a Justiça Comum, significa assegurar o pleno acesso ao Judiciário.

A tese que infirma ser da Justiça do Trabalho a competência para dirimir conflitos oriundos das relações de trabalho, inclusive as de consumo, que são espécies daquela, é a que melhor se coaduna com os preceitos do neoconstitucionalismo, que preceitua uma nova técnica de hermenêutica constitucional, e confere efetividade aos princípios do amplo acesso à Justiça, do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

(21) ROCHA, Andrea Presas. *Manual de competências da Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Todos os profissionais autônomos que necessitam da tutela jurisdicional deverão, a partir do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, bater às portas do Judiciário Trabalhista, quer se trate de pequeno empreiteiro, dentista, advogado, cabeleireiro, ou prostituta, pouco importando a existência, ou não, de dependência econômica, critério equivocado de diferenciação de relações jurídicas que, *em sua essência, são uma coisa só: atividade humana, trabalho, serviço.*

A posição majoritária na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região corrobora o entendimento de que tanto as ações envolvendo relações de consumo quanto as demais estão sob a égide da Justiça do Trabalho. Vejamos:

EMENTA: EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Do texto legal depreende-se que foi ampliada a competência da Justiça do Trabalho para abranger toda modalidade de trabalho humano, inclusive dos trabalhadores autônomos, ainda que a prestação de serviço esteja no âmbito de um vínculo de consumo, como ocorre na hipótese de cobrança de honorários advocatícios, prestados por trabalhador autônomo. (...) É o relatório. Voto. PRELIMINAR DE NULIDADE — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Busca o recorrente a nulidade da sentença que, declarando a incompetência desta justiça, extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Com razão. A pretensão formulada na exordial está relacionada à cobrança de honorários advocatícios decorrentes de suposta prestação de serviço como profissional liberal. A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, modificou, substancialmente, as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho. Dentre as inúmeras alterações trazidas pela EC n. 45/2004, no tocante à ampliação da competência desta especializada, cabe destacar a ampliação para abranger todo tipo de relação de trabalho, tendo passado a constar expressamente da redação do item I, do art. 114 da Constituição Federal: “Art. 114.

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;”. Do texto legal depreende-se que foi ampliada a competência da Justiça do Trabalho para abranger toda modalidade de trabalho humano, ainda que a prestação de serviço esteja no âmbito de um vínculo de consumo que é exatamente o caso em exame, ou seja, envolvendo a lide sujeitos que estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador desse serviço, a competência será da Justiça do Trabalho. Isto porque, mesmo em uma relação de consumo, quando o prestador seja a pessoa física, há um trabalho humano que merece tutela. Trata-se de competência material estabelecida na Constituição Federal, sem qualquer tipo de ressalva, sendo a competência da Justiça Comum estadual meramente residual.⁽²²⁾

Esta também parece ser a tônica adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho⁽²³⁾:

EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. EC N. 45/2004 — ART. 114, IX, DA CF. RELAÇÃO DE TRABALHO — COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ampliada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, a atual competência da Justiça do Trabalho abrange as controvérsias relativas ao pagamento de honorários advocatícios decorrentes da atuação do advogado em juízo, por se tratar de ação oriunda de relação de trabalho estrita, que não se confunde

(22) BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região – 1ª Turma; Recurso Ordinário n. 00044-2006-037-05-00-2-RO; Acórdão n. 28429/06; Recorrente: Ademar Costa dos Santos; Recorridos: Dilson Ramos Schindler e Outros; Relatora Desembargadora Vânia Chaves. Disponível em: <www.trt5.jus.br> Acesso em: 13 jan. 2009.

(23) BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho – 7ª Turma; Recurso de Revista RR – 1280/2006-451-04-00; Recorrente: Paulo Waldir Ludwig; Recorridos: Rejane Cristina Rossini Martins e outro; DJ 7.12.2007; Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 13 jan. 2009.

com relação de consumo. Nesta última, o consumidor pleiteia a prestação do serviço. Na ação trabalhista, o causídico é que postula o recebimento dos honorários pelo trabalho desenvolvido. Recurso de revista provido. (...) É o relatório. (...) Mérito. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Nos termos do inciso IX do art. 114 da CF, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho. Pode-se definir a relação de trabalho como uma relação jurídica de natureza contratual entre trabalhador (sempre pessoa física) e aquele para quem presta serviço (empregador ou tomador dos serviços, pessoas físicas ou jurídicas), que tem como objeto o trabalho remunerado em suas mais diferentes formas. Assim, essa relação não se confunde com a relação de consumo, regida pela Lei n. 8.078/90, cujo objeto não é o trabalho realizado, mas o produto ou serviço consumível, tendo como polos o fornecedor (art. 3º) e o consumidor (art. 2º), que podem ser pessoas físicas ou jurídicas; nem com a relação estatutária, regida, na esfera federal, pela Lei n. 8.112/90, que não possui natureza contratual, mas de vínculo estável entre o servidor público e o órgão estatal, no qual ocupa cargo ou função para prestação de serviço público. O divisor de águas entre a prestação de serviço regida pelo CC, caracterizada como relação de trabalho, e a prestação de serviço regida pelo CDC, caracterizada como relação de consumo, está no *intuitu personae* da relação de trabalho, pelo qual não se busca apenas o serviço prestado, mas que ele seja realizado pelo profissional contratado. Nesse contexto, o liame entre o advogado e seu representado revela-se uma típica relação de trabalho, na qual o trabalhador, de forma pessoal e atuando com independência relativa, administra os interesses de outrem por meio de mandato, na forma dos arts. 653 a 692 do CC. Assim, ampliada pela EC 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, a atual competência da Justiça do Trabalho abrange as controvérsias relativas ao pagamento de honorários advocatícios

decorrentes da atuação do advogado em juízo, por se tratar de ação oriunda de relação de trabalho. Ressalte-se que, em face do cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 138 da SBDI-2 do TST, não tendo sido ainda editada uma nova diretriz por esta Corte, resta ao julgador adotar seu posicionamento em cada caso concreto, até que se gere uma nova jurisprudência pacífica sobre a matéria.

O equívoco capital dos defensores da segunda corrente, que sufraga a tese de que refogem à competência da Justiça do Trabalho as relações de consumo, decorre da tentativa de interpretar o texto constitucional a partir de conceitos estabelecidos em norma infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor. Escorregia seria a tomada de direção oposta: interpretar a lei ordinária em consonância com o art. 114 da Carta Magna, por dois substratos jurídicos primordiais: pelo princípio da prevalência da norma superior sobre a norma inferior e pelo princípio de que a *lex posterior derogat priori*, vez que o Código de Defesa do Consumidor é de 1990 e a Emenda Constitucional teve o seu advento em 2004.

Por tais razões, conclui-se que, ainda que se entenda que o serviço prestado pela prostituta configura uma relação de consumo, a competência será da Justiça do Trabalho.

4. Da configuração jurídica da prostituição

4.1. Da legalidade da prestação de serviços sexuais

Cumpra destacar, de modo incisivo e contundente, que PROSTITUIÇÃO NÃO É CRIME, NEM É ILEGAL.

O Código Penal e a Lei de Contravenções Penais não estabelecem, em nenhum dos seus artigos, que seja crime ou contravenção a prática de atos sexuais mediante pagamento, como autêntica prestação de serviços.

Formalmente, o Código Penal, em seu art. 229, dispõe sobre o tipo penal da exploração de casa de prostituição:

Art. 229 – Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena — reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

A jurisprudência, contudo, tem afastado em inúmeras decisões a configuração do crime, vez que há uma tolerância social para com a atividade econômica⁽²⁴⁾:

Casa de Prostituição. Descriminalização por força social. À sociedade civil é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador. A eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do estado democrático de direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como ‘acompanhantes’, ‘massagistas’, motéis, etc., que, ainda que extremamente publicizada, não sofre qualquer reprimenda do poder estatal, haja vista que tal conduta, já há muito, tolerada, com grande sofisticação, é divulgada diariamente pelos meios de comunicação, não é crime, bem assim não serão as de origem mais modesta e mais deficiente economicamente. Apelação improvida. (TJRS, Ap. 70000586263, Rel. Aramis Nassif, j. 16.2.2000)

Em acórdão mais recente, também tem se posicionado da mesma forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁽²⁵⁾:

2.1. Casa de Prostituição

Não desconheço que o tema é polêmico, porém concordo com o entendimento de

(24) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 914. Ressalte-se, contudo, que a posição do autor é de vigência e eficácia social da norma penal sob comento.

(25) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70023422744, Apelante: Ministério Público; Apelados: Arioaldo dos Santos Neves, Arno Henrichsen e Maria Elisabete da Rosa; Relator Danúbio Edon Franco; DJ 30.10.2009. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

que a conduta não chega a lesar a coletividade uma vez que admitido socialmente o fato, inclusive pelo próprio poder público, que permite o funcionamento de estabelecimentos desta natureza, mascarados muitas vezes por nomes fictícios, mas de notório prostíbulo, seja a cidade que for.

A partir da ideia da necessidade, para configuração do tipo, também de uma tipicidade material, ou seja, o exame da lesividade causado ao bem jurídico protegido, sob aspecto social, cabível a conclusão adotada.

A norma penal incriminadora, em dado momento e considera a espécie, não se pode negar, cede à nova realidade social. Foi o que aconteceu com o delito de adultério, como exemplo.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁽²⁶⁾:

CASA DE PROSTITUIÇÃO — CP, ART. 229 — ILICITUDE AFASTADA PELA REALIDADE SOCIAL E EVOLUÇÃO DOS COSTUMES — CONCEITO MORAL ULTRAPASSADO E JÁ SEM SUSTENTÁCULO NA ATUALIDADE — SUA CONSEQUENTE ATIPICIDADE — Embora ainda figure no Código Penal vigente — este dos idos de 1940 —, a conduta a que se refere o seu art. 229 (casa de prostituição) deixou de ser vista à conta de delituosa. E deixou de sê-lo, porque se trata de um conceito moral reconhecidamente ultrapassado e que já não tem mais como se sustentar nos dias atuais. A sociedade hodierna culminou por ditar uma realidade que acabou por afastar a ilicitude daquela conduta — a do art. 229 —, tornando-a, em consequência, atípica, em nome da evolução dos costumes.

É mister destacar, contudo, que em inúmeras oportunidades os Tribunais Superiores têm admitido a existência do crime em face da ocorrência de outras condutas socialmente reprováveis, tais como o lenocínio e a prostituição de

(26) BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0151.02.001455-2/001; Apelante: Maria da Conceição Ferreira Silva; Apelado: Ministério Público; Relator: Hyparco Immesi; DJ 26.2.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

menores. Ora, a tese ora defendida é de *liceidade da conduta de manutenção de estabelecimento comercial destinado à prestação de serviços sexuais por pessoas maiores de 18 anos e que validamente consentiram para a prática do sexo seguro como atividade econômica*. É evidente que, se a prestação de serviços for obtida mediante violência ou grave ameaça, ou se houver qualquer indício de trabalho escravo, degradante ou por menores, deverão ser responsabilizados criminal e civilmente os donos do estabelecimento. Aliás, a repressão a tais condutas pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério do Trabalho, sempre notória e de grande impacto social, tem muito contribuído para a erradicação do trabalho escravo no Brasil.

A casa de prostituição, ora referida, é o típico prostíbulo, localizado em zona de meretrício, que funciona como estabelecimento comercial destinado à prática de atos sexuais, nos quais a manifestação de vontade das contratadas e dos clientes é livre e não evada por vícios de consentimento.

Entretantes, é preciso gizar que o entendimento ora sustentado não é unânime na jurisprudência⁽²⁷⁾:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EVENTUAL LENIÊNCIA SOCIAL OU MESMO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS E POLICIAIS NÃO DESCRIMINALIZA A CONDUTA DELITUOSA LEGALMENTE PREVISTA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA, RECONHECENDO COMO TÍPICA A CONDUTA PRATICADA PELOS RECORRIDOS, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE A ACUSAÇÃO, COMO ENTENDER DE DIREITO.

(27) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp n. 820.406/RS; Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Recorridos: Vanderlei Pires Martins, Patrícia Uggeri e Maria de Assunção Caldeira; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; DJe 20.4.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

1. O art. 229 do CPB tipifica a conduta do recorrido, ora submetida a julgamento, como sendo penalmente ilícita e a eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas e policiais não descriminaliza a conduta delituosa.

2. A Lei Penal só perde sua força sancionadora pelo advento de outra Lei Penal que a revogue; a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade, razão pela qual não pode ela elidir a disposição legal.

3. O MPF manifestou-se pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido para, reconhecendo como típica a conduta praticada pelos recorridos, determinar o retorno dos autos ao Juiz de primeiro grau para que analise a acusação, como entender de direito.

O acórdão, todavia, não foi unânime, tendo sido juntado voto vencido do Exmo. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que cita inúmeras doutrinas penais acerca da insignificância do tipo penal, que merecem ser transcritas⁽²⁸⁾:

(...) o saudoso professor alemão Hans Welzel (precursor da Teoria Finalista do Delito/1945) foi quem inicialmente vinculou o fato típico à interpretação social da realidade — base do desenvolvimento da Teoria da Imputação Objetiva —, afirmando que uma conduta não poderia, ao mesmo tempo, ser socialmente aceita e penalmente tipificada.

Atualmente, a Teoria Constitucionalista do Delito de Luiz Flávio Gomes — construída sobre a Teoria Funcionalista de Roxin/1970 e a Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni — da relevância social ao bem jurídico e a sua ofensa, entendendo a tipicidade penal como tipicidade formal + tipicidade material, sendo que esta última se dividiria em 3 juízos valorativos diversos, a saber: a) a desaprovação da conduta — criação ou incremento de risco proibido relevante, b) desaprovação do resultado jurídico — lesão ou perigo de lesão concreto

(28) *Idem*.

ao bem jurídico tutelado, e c) nexos de imputação ou imputação objetiva do resultado — relação entre o resultado e a criação ou incremento do risco proibido relevante.

Em relação à desaprovação do resultado jurídico, ela ocorre quando a ofensa é, ao mesmo tempo, a) real ou concreta — afastando o perigo abstrato, b) transcendental — dirigida a terceiros, c) grave — princípio da insignificância, e d) intolerável — não aceitação social.

Daí, aderindo a esta moderna teoria, para a configuração da tipicidade, deve-se levar em conta não só os aspectos formais (conduta, resultado, nexos de causalidade e adequação do fato a lei), mas também os aspectos materiais ou normativos.

Assim, o princípio da insignificância e o da aceitação social (irrelevância penal do fato) devem ser examinados tanto na conduta quanto no resultado para se concluir por típico o ato praticado, em outras palavras, condutas ou resultados socialmente aceitos ou tolerados devem ser afastados do âmbito de atuação do direito penal, *v. g.*: STF, HC n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Todas as modernas teorias do tipo penal, portanto, conduzem à ilação de que, sendo aceito e tolerado socialmente, não pode ser considerada crime a manutenção de casa de prostituição.

4.2. Da prostituição como relação de trabalho

Considerando a legalidade dos lupanares, como acima sustentado, é preciso verificar se a prestação de serviços sexuais pode ser configurada como relação de trabalho, através da análise de seus elementos.

Quando a casa mantém em seus quadros prostitutas para prestação de serviços sexuais a seus clientes, não há dúvida de que o trabalho é prestado com pessoalidade e mediante remuneração. A permanência, por seu turno, é evidente,

vez que a contratada exerce suas atribuições em determinados dias da semana, ou em todos a depender da exigência de seu empregador. Quanto ao elemento da subordinação jurídica, é indene de dúvidas que o dono do prostíbulo ou empreendedor determina como devem se portar no atendimento dos clientes, como deve ser abordagem, se deve ou não ser oferecida bebida alcoólica, qual o período de tempo deve ser utilizado com cada cliente e qual o montante do seu pagamento. Tudo, enfim, caracteriza a prostituição em estabelecimento comercial como relação de emprego, existindo subordinação aos poderes de direção do empregador ou sócio do empreendimento.

Tratando-se, porém, de serviços prestados a um cliente, fora da casa de prostituição e sem pessoalidade ou permanência, não será configurado o vínculo empregatício, mas a prestação de serviços na qualidade de autônomo, razão pela qual podem surgir litígios relativos aos honorários de pagamento.

O trabalho realizado pelos profissionais do sexo, homens ou mulheres, consiste em acompanhar clientes e atender aos seus pedidos e fantasias sexuais, sem colocar em risco a sua saúde ou a de terceiros. A Classificação Brasileira de Ocupações — CBO, instituída pela Portaria Ministerial n. 397, de 9 de outubro de 2002, do Ministério do Trabalho e Emprego, reconhece em seu Código n. 5.198-05 o denominado Profissional do Sexo — garota de programa, garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, prostituta, trabalhador do sexo. A CBO tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares.

Formalmente, portanto, é reconhecida a profissionalização do sexo como ocupação, denominação para a qual há discordância, por consistir, efetivamente, em trabalho, com todos os efeitos jurídicos inerentes à típica relação de trabalho autônomo ou subordinado.

Como destacado pela doutrina⁽²⁹⁾, trabalho, ofício e profissão são conceitos distintos, estando protegidos pelo princípio da liberdade de ação profissional, insculpido no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Ofício é “toda atividade humana lícita, remunerada e especializada, cujo aprendizado se transmite entre gerações ou por meio de ofícios ou liceus”. Profissão é “toda atividade humana lícita, remunerada, especializada e regulamentada por lei em sentido material e formal”⁽³⁰⁾

Logo, conclui-se que a prostituição não é ofício e nem é profissão, porquanto não há aprendizado, no sentido restrito do termo, nem regulamentação legal sobre a atividade. Conclui-se, destarte, que as circunstâncias fáticas demonstram que a atividade de prostituição deve ser considerada *trabalho*, porquanto todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício ou do serviço autônomo encontram-se presentes. E, como trabalho, deve sua atividade ser valorizada, na forma do art. 1º, inciso IV, da Carta Magna.

Em síntese, o sexo é uma necessidade humana e biológica como qualquer outra, e o seu tratamento como *tabu* pela sociedade somente privilegia o esfacelamento das relações familiares e torna desprotegidos os trabalhadores, que são colocados à margem da proteção jurídica e da tutela constitucional. A prestação de serviços sexuais não significa, de modo algum, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Será demonstrado, ao final do presente trabalho, que indigna é a hipocrisia e a falta de proteção ao trabalho, prestado com ou sem subordinação jurídica.

(29) SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 36, ano XVIII, p. 13-34, set. 2008.

(30) *Idem*.

4.3. Da necessidade de proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais

Prima facie, antes de discorrer sobre a efetivação dos direitos fundamentais, é mister uma breve digressão sobre o conceito de questão social, que o discurso neoliberal teima em focar na pobreza como critério exclusivamente numérico.

Em instigante tese de doutorado, Vivian Dominguez Ugá⁽³¹⁾ discorre sobre a massificante vinculação dos conceitos de questão social e pobreza realizada pelos organismos internacionais de intervenção na economia, notadamente, o Banco Mundial. A autora ressalta que esta vinculação não é aleatória; muito ao contrário, atende a interesses do capitalismo neoliberal para identificação, estratificação e quantificação dos pobres no mundo, com o escopo de retirar a dimensão social do problema e transportá-lo para uma dimensão individual e alheia à história de acumulação de riquezas, o que esvazia todo o discurso sociológico do problema.

No Relatório Sobre Desenvolvimento Mundial de 2000/2001, o Banco Mundial afirma que a pobreza deve ser entendida a partir de três eixos fundamentais: falta de renda e de recursos para atender necessidades básicas, incluindo níveis aceitáveis de educação e saúde; falta de voz e de poder nas instituições estatais e na sociedade e vulnerabilidade a choques adversos e exposição a riscos, combinados com uma incapacidade de enfrentá-los⁽³²⁾. Em sua ótica, contudo, o organismo internacional não se afasta de uma visão monetarista da pobreza. A uma, porque a falta de recursos está intimamente relacionada à renda percebida pelo indivíduo e à

(31) UGÁ, Vivian Dominguez. *A questão social como “pobreza”*: crítica à conceituação neoliberal. 2008. Tese de Doutorado em Ciência Política pelo IUPERJ – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Universidade Cândido Mendes.

(32) *Ibidem*, p. 135.

sua capacidade de consumo de bens, mercadorias ou serviços. Assim, nesta lógica, pobre é todo aquele cuja renda se encontra abaixo dos níveis de pobreza estabelecidos pelo Banco Mundial, que são variáveis de país para país, em consonância com as diferenças dos seus custos de vida e níveis salariais. Este é, pois, o primeiro critério de definição de pobreza — exclusivamente numérico.

A duas, porque os outros dois critérios, embora pretendam se afastar do paradigma monetarista, ao final a ele retornam. O organismo criou um conceito de “capital social”, a partir das ideias de James Coleman, segundo o qual, cada indivíduo seria sujeito de determinadas relações pessoais, sociais e profissionais que o dotariam de determinados recursos para alcançar seus interesses. O termo capital social, portanto, abarca todas as relações sociais — relações informais, de parentesco, de clubes, de escolas, profissionais, etc. — e se traduz na possibilidade de utilização dessas mesmas relações sociais pelo indivíduo para sua promoção pessoal e para aumento de sua produtividade⁽³³⁾. O caráter instrumentalista do discurso é inequívoco. Os pobres, portanto, são aqueles dotados de poucos recursos em termos de relações pessoais e sociais — e, por esta razão, não podem influir de modo decisivo na política ou nas demais decisões importantes para a comunidade ou para si mesmo. Embora não esteja vinculado à renda, não há como negar o caráter instrumentalista e individualista do critério, com o inafastável objetivo de quantificar a pobreza por um viés elitista e que privilegia a formação de lideranças pouco éticas na comunidade. Quanto ao terceiro e último item, a vulnerabilidade, é conceituada como a posse de recursos e de ativos para fazer face a situações de revezes de sorte, tais como o desemprego, a falência, etc. São ativos financeiros os bens imóveis, os móveis, a formação profissional, a escolaridade, etc.

(33) *Ibidem*, p. 143-144.

Em síntese, portanto, de acordo com o Banco Mundial, a questão social está umbilicalmente ligada à pobreza, como sua causa primordial — e pobreza é uma questão de números.

É possível afirmar, portanto, de acordo com esse entendimento, que a pobreza é encarada com naturalidade, como um problema que existe e sempre existiu. Desta sorte, o objetivo do pobre ou da política contra a pobreza está relacionado a alcançar uma renda superior à linha demarcatória: em momento algum está relacionado a discussões sobre a emancipação da pessoa humana ou sobre a garantia da sua dignidade independente dos números ou das cifras que expresse⁽³⁴⁾. O pobre é o não empregável, o não competitivo, o não produtivo, o que não se coaduna com o modelo de *homo economicus* do capitalismo moderno. O indivíduo, portanto, deve ser a “empresa de si mesmo”, tornando-se atrativo para o mercado de trabalho através da escolarização e do seu capital social.

Essa visão de pobreza, por seu turno, acarreta a naturalização e a individualização de um problema social. Ademais, corrobora o discurso neoliberal de desestabilização do *welfare state* — ora, deve o Estado enxugar as suas instituições e se resumir à assistência aos pobres, voltando-se a ações que os tornem exemplares mais competitivos e capacitados, para que, assim, suas oportunidades sejam expandidas. Toda essa lógica, portanto, atende aos interesses econômicos neoliberais. Assim, o discurso do combate à pobreza é um discurso de desestruturação do *welfare state*. Propõe-se um modelo de sociedade calcada no individualismo e nas leis de mercado, na qual o papel do Estado é o de ser complementar e funcional ao mercado, assumindo a obrigação de se dedicar aos indivíduos que não conseguem competir.

Em lapidar lição, discorre Vivian Dominguez Ugá⁽³⁵⁾:

Consequentemente, pode-se concluir que, enquanto a questão social continuar sendo

(34) *Ibidem*, p. 203.

(35) *Ibidem*, p. 213.

tratada a partir dessa noção específica de “pobreza”: (i) as perspectivas sociológicas capazes de dar alguma explicação para a questão social entram em declínio, dando lugar a uma abordagem individualizante e des-historicizada; (ii) vai sendo construído um conceito que ajuda a recortar e modelar a realidade social à luz dos marcos neoliberais; (iii) reforça-se um discurso do poder que tem como objetivo legitimar o projeto neoliberal-globalizante dos organismos internacionais e, ao mesmo tempo, desmontar o mundo social construído pelo *welfare state*.

Toda essa digressão acerca da pobreza e da utilização de um conceito monetarista pelo neoliberalismo teve por objetivo fundamentar importante conclusão no âmbito do presente trabalho: *a questão do trabalho da prostituta, como questão social que é, não está necessariamente vinculada à visão monetarista da pobreza. A questão a ser discutida, portanto, é de emancipação da pessoa humana pela valorização do seu trabalho, que a dignifica e deve justificar sua visibilidade social, independente de uma análise financeira ou numérica sobre a sua situação.*

A sociedade burguesa construiu uma imagem dicotômica da prostituta, que se apresenta entre duas figuras polarizadas: a da mulher fatal e a da vítima. A projeção masculina ora a concebe como *femme fatale*, com enorme capacidade destruidora de sedução, ora como vítima de movimentos exteriores contra os quais não há possibilidade de luta. A realidade econômica das prostitutas também é muito diversa: se por um lado há garotas de programa com vida dupla, alunas regularmente matriculadas em universidades particulares, carros importados e roupas de marca, existem aquelas que necessitam da profissão para sobreviver, muitas vezes em condições subumanas.

O presente trabalho, portanto, compreende que a desmistificação da imagem da prostituição, retirando toda e qualquer carga dramática ou pejorativa do seu conteúdo, em muito poderá contribuir para a concretização de direitos

fundamentais e para a regularização de sua atividade. Pretende-se, portanto, conceituar a prostituta como sujeito de direitos e obrigações em uma relação contratual que ora pode se caracterizar como contrato de emprego, ora como contrato de trabalho autônomo.

Nesta ordem de ideias, a proteção de seu trabalho significa a concretização do princípio da cidadania, da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, insculpidos no art. 1º, incisos II, III e IV, da Constituição Federal.

A primeira providência para efetividade dos direitos fundamentais, por conseguinte, é de mudança de mentalidade: a prostituição precisa ser encarada como uma prestação de serviços — com traços bastante peculiares, por envolver a satisfação sexual, mas, irrefutavelmente, uma prestação de serviços.

O princípio da valorização do trabalho, por seu turno, preconiza que o trabalho não é apenas um dos fatores produtivos do mundo capitalista; muito ao revés, é instrumento de emancipação pessoal do trabalhador, fonte de recursos materiais para sua subsistência e fonte de visibilidade social e de qualidade de vida. Sendo rechaçado o preconceito contra a atividade da prostituta e desnudada a sua natureza jurídica — trabalho — é possível asseverar a necessidade de sua tutela jurídica, com ênfase aos preceitos constitucionais que incidem sobre a matéria.

Deixar a descoberto, à margem das normas trabalhistas e constitucionais esta atividade, sob fundamentos morais ou até religiosos, é negar a dignidade da pessoa humana e olvidar a necessidade de proteção pessoal desses trabalhadores. Casos de violência cometidos contra prostitutas são frequentes e necessitam ser coibidos, por força policial e por força da opinião pública, como conduta criminosa e socialmente reprovável.

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é realizado no âmbito dos fatos quando, por exemplo, ao ser reconhecida a relação de

trabalho ou de emprego, são oferecidas condições de prestação de serviços mais benéficas ao obreiro e consentâneas com as normas de higiene e medicina do trabalho. O reconhecimento, também, perpassa pela necessidade de vigilância das condições sanitárias dos estabelecimentos pelos órgãos de fiscalização do trabalho e demais órgãos encarregados da segurança e da saúde públicas.

A proteção jurídica torna-se imperiosa em face dos inúmeros problemas sociais verificados na realidade prática da execução do contrato de prestação de serviços, dentre os quais se destaca a violação a regras de segurança do trabalho. Verifica-se a imposição pelo empregador, em alguns casos, de proibição de uso da camisinha⁽³⁶⁾, o que recrudescer sobremaneira o risco da profissão, não apenas no tocante a Aids, que tem maior mortalidade, mas também quanto a outras doenças sexualmente transmissíveis.

Outra circunstância agravante são os inúmeros casos de alcoolismo observados entre as prostitutas, devido à imposição do empregador para que consumam bebidas alcoólicas juntamente com os clientes, a fim de aumentar a lucratividade do clube noturno.

Estes são, portanto, exemplos de que a situação fática do trabalho da prostituta demanda a proteção das normas constitucionais e a atuação incisiva dos órgãos incumbidos da proteção do trabalhador, destacando-se, destarte, a ingente necessidade de atuação do Ministério Público do Trabalho, como defensor dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis⁽³⁷⁾. É imprescindível uma campanha

educativa para prevenção da violência, do alcoolismo, das doenças sexualmente transmissíveis e para melhoria das condições de trabalho. A repressão, contudo, torna-se imperiosa na medida do descumprimento das normas de proteção.

Reconhecer que a prostituta é destinatária do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas por ser pessoa mas também pelo seu trabalho, é assegurar a cidadania pela concretização dos direitos sociais. Ora, como trabalhador autônomo ou como empregado, a garota de programa ou o michê fazem jus a prestações positivas por parte do Estado brasileiro, que lhe assegurem a fruição dos direitos denominados pela doutrina de segunda geração — direitos sociais. Incumbe ao poder público a realização de programas e políticas públicas para proteção dos direitos dos trabalhadores e fomento do pleno emprego, de forma geral; de forma específica, portanto, os profissionais do sexo também estariam tutelados nesse roldão e poderiam ser criados programas consentâneos com a sua realidade laboral.

Em apertada síntese, por conseguinte, o reconhecimento da atividade da prostituta está fulcrado em três normas constitucionais primordiais, insculpidas no art. 1º da Constituição Federal: princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III), princípio da valorização social do trabalho (inciso IV) e princípio da cidadania (inciso II). Mas existem outros dispositivos constitucionais, não menos importantes, nos quais fundamenta-se a tese ora defendida.

Destaca-se, indubitavelmente, o princípio da liberdade de exercício profissional (art. 5º, inciso XIII), cuja distinção entre trabalho, ofício

(36) SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 36, ano XVIII, p. 13-34, set. 2008. Depoimento da Coordenadora-Geral da Associação das Prostitutas da Bahia, Sra. Fátima Medeiros, transcrito do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil n. 001412.2008.05.000/3-05, arquivado na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região.

(37) Ressalte-se, neste diapasão, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado no Procedimento Preparatório de Inquérito Civil n. 001412.2008.05.000/3-05, arquivado na Procuradoria Regional do Trabalho

da 5ª Região. O signatário, hotel da região do baixo meretrício da cidade de Salvador que recebia prostitutas autônomas e seus fregueses para encontros, comprometeu-se à realização de campanha educativa contra a violência, através da afixação de cartazes em sua portaria, bem como à identificação de pessoas, adoção de medidas contra a violência (por exemplo, medida simples como a observação da permanência de alguém no quarto após o encerramento da estadia) e, por fim, mas não menos importante, ao fornecimento de preservativos.

e profissão já foi refletida no item 4.2. anterior. A liberdade individual, por seu turno, harmoniza-se e aglutina-se ao princípio da não discriminação, insculpido no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Todos são livres para escolher a profissão, ofício ou trabalho que melhor atendam às suas necessidades materiais e que representem uma função social relevante, bem como que lhes proporcionem qualidade de vida e chance de emancipação pessoal; ao mesmo tempo, não é lícita a discriminação tendo por fundamento a atividade que a pessoa desenvolve. Em outras palavras, é lícito a qualquer pessoa, maior e que manifeste livremente a sua vontade, exercer atividade relacionada à satisfação sexual de outrem; ilícito é tentar excluí-la da proteção jurídica constitucional e trabalhista apenas pela natureza da atividade que desenvolve. E nem se pode argumentar que a prostituição coisifica a pessoa; muito ao contrário, deixar de proteger e de agir positivamente para concretização de seus direitos é embrutecer as relações sociais. Ao lado desses princípios, é mister salientar que é também objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da Carta Magna).

No âmbito trabalhista, cumpre gizar ainda que sustentar a tese da nulidade do contrato e, por consequência, de ausência de direitos, significa corroborar a hipocrisia social e deixar à margem da jurisdição pessoas que necessitam da proteção jurídica e que a todo momento têm os seus direitos violados devido a uma compreensão equivocada de que a sua atividade não é trabalho, mas “vadiagem”. Em outras palavras, a nulidade do contrato somente favorece ao empregador, que mantém a atividade, dele obtendo lucros, muitas vezes com exploração extorsiva dos valores auferidos, e não têm, em contrapartida, quaisquer deveres em face das contratadas. Em vez da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda

submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubres.

Quanto às vicissitudes pelas quais perpassa a atividade e exploração a que são submetidas as mulheres, discorre Margareth Rago⁽³⁸⁾:

Como muitos, ambos (Robert Neumann e Albert Londres) revoltavam-se profundamente contra a extrema exploração sexual das prostitutas europeias pelos caftens, contra a intensificação do seu ritmo de trabalho, contra a maneira pela qual eram devoradas por um mecanismo vampiresco e cruel. (...)

No entanto, à percepção desolada e trágica dos jornalistas, contrapunha-se a representação que os próprios rufiões elaboraram sobre as mulheres que comandavam, como se desprende de seus depoimentos. A reificação das relações entre os sexos é aqui levada ao limite: as prostitutas se tornam capital fixo, título de renda e, frequentemente, são identificadas com metáforas das máquinas e do cavalo. (...)

Na lógica mercantil que permeia a relação entre os sexos, segundo essa forma de sociabilidade subterrânea, a constituição da prostituta como força de trabalho que deve produzir lucro ao proprietário, taylorizando a ativação sexual de seu corpo serializado, não é incompatível com a construção da auto-imagem protetora do rufião.”

É imprescindível, por conseguinte, que a relação mantida pela prostituta com o cliente ou com o dono da casa de prostituição seja alçada à categoria de relação jurídica.

No âmbito constitucional, portanto, há basicamente seis fundamentos para a proteção do trabalho da prostituta:

a) *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III), de relevância fulcral, como princípio fundante de todo o ordenamento jurídico pátrio;

(38) RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite – prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 308/309.

- b) princípio da valorização social do trabalho (art. 1º, inciso IV);
- c) princípio da cidadania (art. 1º, inciso II);
- d) princípio da liberdade de exercício profissional (art. 5º, inciso XIII);
- e) princípio da não discriminação (art. 3º, inciso IV); e
- f) princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I).

Estes princípios constitucionais necessitam ser efetivados, na realidade fática, através:

- a) do reconhecimento da atividade da prostituta como trabalho, seja na condição de autônoma, seja na condição de empregada;
- b) da aplicação das normas constitucionais de proteção do trabalhador;
- c) da aplicação das normas trabalhistas e/ou civis nas relações jurídicas travadas (pagamento de verbas trabalhistas próprias, tais como FGTS, horas extras, férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, etc, ou pagamento de honorários de trabalhador autônomo, ou indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, etc.);
- d) da aplicação das normas de segurança e medicina do trabalho nas relações jurídicas travadas;
- e) da criação e implementação de políticas públicas específicas para o trabalho dos profissionais do sexo, de ambos os sexos, para fomento e desempenho da atividade em situações menos degradantes e mais humanizadas de trabalho.

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, perpassa por uma modificação da mentalidade jurídica e da forma de enfrentamento dos problemas sociais, que demandam uma resposta mais efetiva por parte de todos aqueles cujo discurso é de aplicação imediata das normas constitucionais. Fechar os olhos à realidade da prostituta, sem reconhecer que a prestação de serviços sexuais enseja o reconhecimento de um contrato de trabalho, autônomo

ou subordinado, significa negar a um ser humano a sua dignidade como pessoa, negando-lhe o direito ao reconhecimento do seu trabalho. Este entendimento equivocado, porém majoritário, não aumenta e nem diminui as estatísticas da exclusão social, mas embrutece as relações humanas.

5. Conclusões

5.1. Na pós-modernidade, o Direito é plural, discursivo, relativo e busca resgatar os valores e reconhecer a sua normatividade.

5.2. O constitucionalismo moderno confere efetividade aos princípios, que foram conduzidos ao centro do sistema como instrumentos precípuos para plasmar valores, conferir unidade ao ordenamento jurídico e estabelecer diretrizes concretas para a atividade do jurista.

5.3. O elemento diferenciador primordial entre a relação de trabalho e a relação de emprego é a subordinação jurídica.

5.4. Nada impede, nem causa estranhamento, que sejam aplicadas as normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil por magistrado trabalhista, em jurisdição laboral.

5.5. Quanto às distinções entre relação de consumo e relação de trabalho, firmaram-se duas correntes doutrinárias acerca do tema. Para os adeptos da *primeira corrente*, não existe distinção ontológica entre relação de consumo e relação de trabalho, sendo esta última gênero do qual a primeira é espécie. E, não havendo distinção, a competência é da Justiça do Trabalho, *ex vi* do inciso I do art. 114 da Constituição Federal. Os defensores da *segunda tese* distinguem relação de consumo e relação de trabalho, colocando cada uma sob a égide de um ramo distinto do Poder Judiciário, divergindo entre si, contudo, quanto aos exemplos do que se configuraria relação de consumo e relação de trabalho.

5.6. A tese que infirma ser da competência da Justiça do Trabalho a competência para dirimir conflitos oriundos das relações de trabalho,

inclusive as de consumo, que são espécies daquela, é a que melhor se coaduna com os preceitos do neoconstitucionalismo, que preceitua uma nova técnica de hermenêutica constitucional, e confere efetividade aos princípios do amplo acesso à Justiça, do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

5.7. Ainda que se entenda que o serviço prestado pela prostituta configura uma relação de consumo, a competência será da Justiça do Trabalho.

5.8. O Código Penal e a Lei de Contravenções Penais não estabelecem, em qualquer dos seus artigos, que seja crime ou contravenção a prática de atos sexuais mediante pagamento, como autêntica prestação de serviços.

5.9. É lícita a conduta de manutenção de estabelecimento comercial destinado à prestação de serviços sexuais por pessoas maiores de 18 anos e que validamente consentiram para a prática do sexo seguro como atividade econômica.

5.10. Todas as modernas teorias do tipo penal, portanto, conduzem à ilação de que, sendo aceito e tolerada socialmente, não pode ser considerada crime a manutenção de casa de prostituição.

5.11. Quando a casa de prostituição mantém em seus quadros prostitutas para prestação de serviços sexuais a seus clientes, configura-se a relação de emprego entre a prestadora de serviços e o estabelecimento. Tratando-se, porém, de serviços prestados a um cliente, fora da casa de prostituição e sem pessoalidade ou permanência, não será configurado o vínculo empregatício, mas a prestação de serviços na qualidade de autônomo.

5.12. O sexo é uma necessidade humana e biológica como qualquer outra, e o seu tratamento como *tabu* pela sociedade somente privilegia o esfacelamento das relações familiares e torna desprotegidos os trabalhadores, que são colocados à margem da proteção jurídica e da tutela constitucional.

5.13. A questão do trabalho da prostituta, como questão social que é, não está, necessariamente, vinculada à visão monetarista da pobreza. A questão a ser discutida, portanto, é de emancipação da pessoa humana pela valorização do seu trabalho, que a dignifica e deve justificar sua visibilidade social, independente de uma análise financeira ou numérica sobre a sua situação.

5.14. A sociedade burguesa construiu uma imagem dicotômica da prostituta, que se apresenta entre duas figuras polarizadas: a da mulher fatal e a da vítima. A desmistificação da imagem da prostituição, retirando toda e qualquer carga dramática ou pejorativa do seu conteúdo, em muito poderá contribuir para a concretização de direitos fundamentais e para a regularização de sua atividade.

5.15. A primeira providência para efetividade dos direitos fundamentais, por conseguinte, é de mudança de mentalidade: a prostituição precisa ser encarada como uma prestação de serviços — com traços bastante peculiares, por envolver a satisfação sexual, mas, irrefutavelmente, uma prestação de serviços.

5.16. No âmbito constitucional, portanto, há, basicamente, seis fundamentos para a proteção do trabalho da prostituta:

- a) *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III), de relevância fulcral, como princípio fundante de todo o ordenamento jurídico pátrio;
- b) *princípio da valorização social do trabalho* (art. 1º, inciso IV);
- c) *princípio da cidadania* (art. 1º, inciso II);
- d) *princípio da liberdade de exercício profissional* (art. 5º, inciso XIII);
- e) *princípio da não discriminação* (art. 3º, inciso IV); e
- f) *princípio da solidariedade* (art. 3º, inciso I).

5.17. Estes princípios constitucionais necessitam ser efetivados, na realidade fática, através:

- a) do reconhecimento da atividade da prostituta como trabalho, seja na condição de

- autônoma, seja na condição de empregada;
- b) da aplicação das normas constitucionais de proteção do trabalhador;
- c) da aplicação das normas trabalhistas e/ou civis nas relações jurídicas travadas (pagamento de verbas trabalhistas próprias, tais como FGTS, horas extras, férias acrescidas de um terço, décimo terceiro salário, etc, ou pagamento de honorários de trabalhador autônomo, ou indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, etc.);
- d) da aplicação das normas de segurança e medicina do trabalho nas relações jurídicas travadas;
- e) da criação e implementação de políticas públicas específicas para o trabalho dos profissionais do sexo, de ambos os sexos, para fomento e desempenho da atividade em situações menos degradantes e mais humanizadas de trabalho.

5.18. Fechar os olhos à realidade da prostituta, sem reconhecer que a prestação de serviços sexuais enseja o reconhecimento de um contrato de trabalho, autônomo ou subordinado, significa negar a um ser humano a sua dignidade como pessoa, negando-lhe o direito ao reconhecimento do seu trabalho. Este entendimento equivocado, porém majoritário, não aumenta e nem diminui as estatísticas da exclusão social, mas embrutece as relações humanas.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2005, p. 54-79.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região – 1ª Turma; Recurso Ordinário n. 00044-2006-037-05-00-2-RO; Acórdão n. 28429/06; Recorrente: Ademar Costa dos Santos; Recorridos: Dilson Ramos Schindler e outros; Relatora Desª Vânia Chaves. Disponível em: <www.trt5.jus.br> Acesso em: 13 jan. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Crime n. 70023422744, Apelante: Ministério Público; Apelados: Arioaldo dos Santos Neves, Arno Henrichsen e Maria Elisabete da Rosa; Relator Danúbio Edon Franco; DJ 30.10.2009. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0151.02.001455-2/001; Apelante: Maria da Conceição Ferreira Silva; Apelado: Ministério Público; Relator: Hyparco Immesi; DJ 26.02.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp n. 820.406/RS; Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Recorridos: Vanderlei Pires Martins, Patrícia Uggeri e Maria de Assunção Caldeira; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; DJe 20.04.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 16 nov. 2009.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho – 7ª Turma; Recurso de Revista RR – 1280/2006-451-04-00; Recorrente: Paulo Waldir Ludwig; Recorridos: Rejane Cristina Rossini Martins e Outro; DJ 7.12.2007; Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 13 jan. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v. 31, ano XVI, mar. 2006.

- _____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESPAÑA. *Constituição espanhola*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos>> Acesso em: 1º jul. 2009.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Atualizador: José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- _____. *Conhecimento e interesse*. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O que significa dignidade da pessoa humana?* Disponível em: <<http://www.comunidademaconica.com.br/artigos/5778.aspx>> Acesso em: 1º jul. 2009.
- MORAES, Maria Celina Bondin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PORTUGAL. *Constituição da República portuguesa*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 1º jul. 2009.
- RAGO, Margareth. *Os prazeres da noite — prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- ROCHA, Andrea Presas. *Manual de competências da Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ROMITA, Arion Sayão. Prestação de serviços por trabalhadores autônomos: relação de trabalho ou relação de consumo? In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 08, ago. 2006, p. 903-914.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, jan./jun. 2007, p. 361-379.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Proteção constitucional ao trabalho da prostituta. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 36, ano XVIII, p. 13-34, set. 2008.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- UGÁ, Vivian Dominguez. *A questão social como “pobreza”: crítica à conceitualização neoliberal*. 2008. Tese de Doutorado em Ciência Política pelo IUPERJ — Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Universidade Cândido Mendes.

Função social do Poder Judiciário e a possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio*

Roberto Vieira de Almeida Rezende^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho busca analisar como a concessão de tutelas antecipadas *ex officio*, no campo do processo do trabalho, pode representar uma adequação do Judiciário ao seu novo papel constitucionalmente reconhecido. Ou seja, ao papel de mediador dos interesses conflitantes, de acordo com valores socialmente aceitáveis e mediante uma aplicação crítica do direito posto, na qual a atuação do juiz deixa de ser politicamente neutra e passa a ser voltada ao equilíbrio de forças sociopolíticas. Para tanto, parte-se da análise da evolução da função social do Judiciário, sob o prisma da Sociologia do Direito, pelo método histórico. A seguir, faz-se uma abordagem da antecipação de tutela e das possibilidades de sua aplicação, por meio da análise jurídico-metodológica de fontes primárias (legislação) e secundárias (doutrina e jurisprudência), levantadas em pesquisa documental. Por fim, há o questionamento quanto à possibilidade e às hipóteses de concessão de tutela antecipada de ofício pelo juiz, concluindo-se pela sua admissibilidade, inclusive, para que o Poder Judiciário possa cumprir sua destinação social.

Palavras-Chave:

- ▶ Judiciário — função social — tutela antecipada *ex officio*.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Função social do Poder Judiciário
- ▶ 3. O novo papel do Judiciário e a instrumentalidade do processo
- ▶ 4. Antecipação de tutela *ex officio*
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Juiz Titular da 3ª Vara do Trabalho de Santos (SP). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Professor da Pós-graduação em Direito Processual do Trabalho da UNISANTA (Universidade Santa Cecília).

1. Introdução

Não poucos têm sido os relatos a respeito da insatisfação da sociedade civil com a morosidade do Judiciário. Preocupado com a questão da lentidão da atuação judicial, o Estado brasileiro, desde a última década do século passado, instalou o debate sobre a necessidade de se promoverem reformas estruturais no Poder Judiciário, bem como a revisão das normas processuais visando a agilização do andamento processual.

De fato, não se pode ignorar que, com a globalização econômica e o desenvolvimento de novas tecnologias de informação, as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas, reclamando rápida e eficaz solução dos litígios delas emergentes, colocando em xeque não apenas a função social do Judiciário como também do próprio Estado de Direito. Para atender à nova realidade social, é indispensável uma mudança na postura do juiz diante do processo e de seus princípios diretivos.

Sendo assim, este estudo pretende analisar a possibilidade de concessão da antecipação de tutela, sem o requerimento expresso da parte interessada a que se refere o *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil (CPC), como meio para que os órgãos judicantes aproximem sua atuação das aspirações sociais.

Cumprindo assinalar, desde logo, que este texto não tem a pretensão de esgotar o tema, mas somente de semear algumas discussões sobre a importância do juiz assumir um papel dinâmico na condução do processo, adotando uma postura mais adequada às novas circunstâncias sociais e se permitindo interpretar o direito posto conjugando suas convicções às mudanças valorativas da sociedade.

Assim, partir-se-á da análise da evolução do papel do Poder Judiciário nas sociedades ocidentais. Observar-se-á a paulatina modificação do paradigma do juiz como mero órgão estatal inerte, espectador e receptor das arguições das partes, até a sua consagração como verdadeiro agente político do Estado de Direito,

com o reconhecimento de seu papel fundamental não somente na adaptação do direito posto à realidade social vigente como também na transformação deste. Ou seja, a substituição do modelo do juiz inerte pelo modelo do juiz social e processualmente dinâmico.

A seguir, estudar-se-á a importância desse novo paradigma de atuação judicial para a mudança de postura do juiz diante do processo, o que importa rever o conceito de imparcialidade absoluta e o reconhecimento de que o magistrado deve agir sempre de modo a tornar rapidamente o direito uma realidade, isto é, concretizar, de forma célere e eficaz, o direito posto.

Necessário, ainda, explanar sobre a tutela antecipada, debatendo-se, detidamente, se dentre seus requisitos indispensáveis de concessão se encontra o requerimento expresso da parte interessada.

Diante dos subsídios colhidos nos estudos preliminares, será, então, abordada a questão da possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada, mesmo sem o requerimento expresso da parte interessada, como forma de fazer cumprir a função social do Poder Judiciário.

2. Função social do Poder Judiciário

É constatação mais ou menos geral, com diferentes nuances, entre os estudiosos da sociologia do Direito que o papel do Poder Judiciário nas sociedades está umbilicalmente ligado à concepção adotada acerca do papel social do próprio ordenamento jurídico.

Tomando-se como pressuposto que o Direito é um conjunto de normas que, ao mesmo tempo em que regula a sociedade, refletindo as condições sociais prevalentes, mas que também atua de forma transformadora sobre elas, pode-se lançar um olhar liberal ou antiliberal sobre ele. Na primeira linha, o direito é concebido como o indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garantindo a composição harmoniosa dos conflitos por meio da qual se maximiza a integração social

e se realiza o bem comum. Na segunda vertente, o direito consiste na expressão última dos interesses da classe social privilegiada, constituindo-se como instrumento de dominação econômica e política que opera através de sua forma enunciativa a mistificação ideológica dos interesses particulares da classe dominante em interesse coletivo universal.⁽¹⁾

Cumpra asseverar que, até meados do século XX, a primeira concepção foi dominante no Ocidente, quando vigente o modo de produção capitalista aliado ao modelo político liberal, e estava fortemente relacionada a uma abordagem normativista do Direito, condizente com um Estado não intervencionista. Surge então, sob a influência dos estudos de *Max Weber* sobre a burocracia estatal, a concepção do juiz como profissional especializado na aplicação das normas jurídicas. O magistrado era um funcionário altamente especializado que, segundo critérios dotados de racionalidade formal, administrava a aplicação das leis mediante a observância de procedimentos lógicos controláveis.⁽²⁾

Nesse prisma, a função social do Judiciário é tão somente resolver os conflitos de interesses que lhe são postos com severa observância de normas de procedimento, mediante a aplicação

do direito posto, sem que lhe seja necessário se imiscuir em maiores discussões sobre os direitos perseguidos em juízo, notadamente, suas raízes políticas e ideológicas.

O juiz é, assim, a figura central do processo, mas sua atuação se resume a receber as alegações das partes para dirimi-las conforme normas procedimentais de conteúdo fechado estabelecidas previamente. Sua postura é inerte no processo, não no sentido de que só agirá quando provocado, mas no sentido de que é um espectador da atuação das partes que lhe procuram como mero aplicador da letra da lei por meio de procedimentos sistemáticos. Não há dinamicidade na sua atuação diante do processo e no curso deste. O magistrado atua como mero burocrata estatal, não se permitindo uma ação verdadeiramente crítica diante dos fatos e do direito aplicável.

No Estado liberal, diante da grande valorização das liberdades públicas, ou seja, dos direitos fundamentais destinados a garantir ao indivíduo meios de resistência contra a ação estatal, há uma rígida política de divisão dos poderes, a fim de garantir o mínimo de intervenção das autoridades na seara privada de atividade. Disto resulta que a liberdade dos cidadãos só estaria garantida na medida em que o Estado dotasse os juízes de poderes bem delimitados, de sorte que estes somente pudessem ditar sentenças nos estritos moldes da lei. Não teriam qualquer papel de criação ou de modulação do direito posto ao caso concreto, estando adstritos a repetir, em cada situação concreta, a letra da lei.⁽³⁾

Essa fase foi bem resumida por *José Eduardo Faria*, segundo o qual a magistratura forjou, a partir do Estado Liberal, por meio da dogmatização de certos princípios, como os da imparcialidade política, da neutralidade valorativa e da independência pessoal, o mito de que seria um poder técnico e meramente reativo.⁽⁴⁾

(1) SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-40. Sobre a mistificação ideológica dos interesses da classe dominante em interesses sociais coletivos e universais, remeta-se o leitor à seguinte obra: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001. Não é demais assinalar que, na atualidade, essas concepções se apresentam superadas. O Direito não pode ser visto apenas como instrumento de dominação social, pois é patente que, em determinados momentos, as classes dominadas conseguem fixar no ordenamento jurídico da classe dominante conquistas sociais. Portanto, hoje somente se pode ver o Direito como um fenômeno social paradoxal que, a um só tempo, tenta preservar o *status quo* vigente e permite transformá-lo. (cf. CÁRCOVA, Carlos María. Acerca das funções do direito. *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo, n. 10, p. 15-25, jan./mar. 2000).

(2) SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 41.

(3) TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 278-280.

(4) FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: *Revista*

Sob essa ótica, por serem os influenciados pelo paradigma liberal do direito, que valoriza uma visão autônoma do fenômeno jurídico, alguns juízes ainda têm sua atuação atrelada a uma lógica ritualista e tendem a desconhecer o contexto social em que se insere sua atuação. Assim, agem sempre movidos por uma preocupação de índole lógico-formal, desprezando discussões aprofundadas dos direitos substantivos. O resultado obtido por essa fórmula de atuação judicante é uma jurisprudência coerente, do ponto de vista jurídico, porém desconectada da realidade socioeconômica que a cerca. É uma jurisprudência altamente técnica, mas equivocada por apresentar-se socialmente alienada e eticamente idealista.⁽⁵⁾

Esta forma de comportamento do Judiciário conseguiu, em certa medida, bem responder as necessidades sociais de aplicação do direito enquanto as sociedades ocidentais estavam mais preocupadas com a manutenção dos direitos de liberdade, marcados por uma feição nitidamente liberal.

A partir do pós-guerra, como reação à expansão do socialismo no Leste Europeu e resultante de conquistas de variados movimentos sociais, o Ocidente assiste à substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, de índole intervencionista em oposição à concepção liberal, cujo objetivo principal é a diminuição das desigualdades sociais por meio da consagração de uma nova gama de direitos. Busca-se, assim, diminuir as consequências nefastas das contradições inerentes à sociedade capitalista por meio da inserção de políticas destinadas a minimizar as tensões entre as classes sociais, mas, ao mesmo tempo, permitir que se mantenha vivo o regime econômico. O substrato maior dessa nova concepção do Estado é a adoção de políticas sociais, que redundam no aparecimento de novos direitos: os chamados direitos sociais.

da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo, n. 38, p. 141, dez. 1992.

(5) *Ibidem*, p. 145.

Com o surgimento dessa nova linhagem de direitos, verifica-se, a partir do último quarto do século passado, uma explosão de litigiosidade à qual o modelo liberal de administração da justiça e sua estrutura não mais conseguem dar resposta efetiva. O papel social do Judiciário entra em crise.

Para manter sua importância social, o Poder Judiciário e os juízes têm que modificar sua postura não apenas *diante do* processo, mas também *no* processo. São chamados a assumir que a suposta neutralidade política de sua atuação é apenas aparente e não real, pois se torna evidente que o exercício da jurisdição é uma forma de manifestação de poder.

Torna-se imperativo ao juiz atentar para o fato de que as normas processuais não podem ser reduzidas apenas à sua dimensão técnica ou tratadas como normas social e politicamente neutras, devendo ele perquirir a respeito das suas funções sociais. É indispensável que o juiz não perca de vista o fato de que as opções técnicas das normas processuais podem ocultar, indiretamente, a proteção aos interesses de determinadas classes sociais. Ou seja, o juiz não pode mais adotar uma postura distante, inerte e indiferente, não podendo ignorar que determinados mandamentos das normas processuais são reflexo de opções legislativas favoráveis ou contrárias a determinados interesses sociais.⁽⁶⁾

(6) Adota-se, aqui, a ideia primordial da Teoria Crítica do Direito, formulada entre outros por *Óscar Correas*, de que o direito constitui um instrumento de poder e, como tal, pressupõe que por trás do discurso normativo se escondem as reais intenções do produtor da norma jurídica, tendente a favorecer o grupo social que detém o poder. Importante lembrar também a comunhão com as ponderações de Eros Roberto Grau no sentido de que a reflexão crítica do direito indica que este “não se reduz a um mero conjunto de normas — nem pode ser referido como produto de uma vontade, seja do legislador, seja do Estado ou de qualquer razão metafísica. E que o direito constitui um nível, um plano, uma linguagem do sistema social, por este, pois, condicionado. O direito, porque nasce da sociedade, do conflito social, deve ser concebido como uma *prática social*. Como tal, expressa relações de poder e ideológicas, bem assim o produto dos conflitos sociais emergentes, isto é, de transformações sociais”. E ainda a

O juiz torna-se um ser político, devendo analisar as normas processuais de acordo com os valores sociais e as mutações axiológicas de sua sociedade. Não pode, pois, o juiz adotar uma postura apática diante do processo, devendo permanecer sensível aos valores sociais e não permitindo que as regras processuais sirvam como modo de realizar os interesses de determinados grupos sociais. Cumpre ao juiz corrigir, por intermédio de uma nova forma de atuação, mais dinâmica e interessada, as opções legislativas classistas que podem ter motivado a inserção no ordenamento jurídico de determinadas normas procedimentais. Assim agindo, garante que o direito processual não se transforme em um fim em si mesmo, ou melhor, em um meio de assegurar que um direito material não consagrado se concretize ou mesmo o direito material consagrado se concretize de forma divorciada dos padrões axiológicos vigentes na sociedade por conta da aplicação da letra fria da lei processual vigente.

Como bem aponta *Cândido Rangel Dinamarco*, o agir do moderno juiz no processo deve observar as aspirações da própria sociedade; o juiz, indiferente às escolhas axiológicas da sociedade em que vive e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo interpretativo, tende a ser injusto, porque, pelo menos, estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de vetores diferenciais, na crença pueril de estar sendo fiel ao direito. Fato é que o juiz moderno sabe que só se lhe exige a imparcialidade no sentido de que deve ofertar iguais oportunidades às partes e se recusar a estabelecer distinções

simpatia pelos ensinamentos de Michel Foucault para quem o poder é algo que acontece e é exercido no emaranhado das relações sociais e estando sujeito a contingências históricas, políticas e econômicas com as quais interage constantemente. (CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 201-2; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 108-109; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1995. p. 174; Idem. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003. p. 124-125).

em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe é permitido mascarar, sob o manto da imparcialidade, sua indiferença aos anseios e aos valores da sociedade.⁽⁷⁾

Ressalta-se, assim, que o exercício da jurisdição se reveste, essencialmente, como forma de exercício de um poder de caráter sociopolítico. Afinal, a sentença judicial constituiu-se como um enunciado deontico, contendo ordens, permissões e proibições que serão impostas pelo poder constituído aos litigantes, o que importa aceitar como verdade fundamental que toda decisão judicial carrega em si mesma uma dimensão política. Via de consequência, o Poder Judiciário não mais pode ser visto apenas como um poder exclusivamente profissional, técnico e neutro. Sua atuação está impregnada de caráter político.⁽⁸⁾

A atuação do juiz como mero burocrata estatal fica definitivamente sepultada. Passa a ter especial importância a figura do juiz como agente político do Estado: o juiz exerce uma parcela do poder da sociedade politicamente organizada, devendo estar, a todo instante, vigilante aos valores que a informam. Apenas com essa nova postura, o juiz deixa o papel de simples funcionário do Estado para se transformar em agente da atuação política deste. O prestígio do Judiciário passa a ser diretamente proporcional à sua capacidade de fazer com que suas decisões sejam aceitas pela sociedade, não, evidentemente, no sentido de aprovação popular, mas que tenham coerência com os valores sociais mais destacados.

Isto reclama obviamente a admissão de que a atuação judicial não se restringe à aplicação da letra fria da lei, mas comporta em si mesma uma função criadora ou recriadora do próprio direito.

O Poder Judiciário assume mais claramente seu novo papel social: de mediação dos interesses em conflito, conforme as aspirações e

(7) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 239.

(8) FARIA, José Eduardo. *As transformações...*, p. 143.

valores socialmente aceitáveis, mediante uma interpretação crítica do direito posto, adaptando-o a cada situação concreta.

Trata-se de um reflexo da evolução social. À medida em que as sociedades ocidentais avançam rumo à modernidade, há maior conscientização política de diversos grupos sociais. O Judiciário deixa, então, de ser apenas o aplicador da lei, a “sede de resolução das contendas entre indivíduos” para passar a ser uma “nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais”. O conflito de interesses aloja o conflito entre grupos sociais e, reconhecendo esse fato, o juiz não pode mais agir pensando que o ordenamento jurídico e sua atuação são politicamente neutros. Precisa estar sempre alerta ao uso político do direito.⁽⁹⁾

Vale lembrar a exortação de *Mauro Cappelletti* de que os juízes, ao ultrapassarem o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada, têm que estar conscientes de que passam a ser não só os controladores da atividade civil e penal dos cidadãos, mas passam a desempenhar papel de fundamental importância no controle das forças políticas presentes na sociedade.⁽¹⁰⁾

3. O novo papel do Judiciário e a instrumentalidade do processo

Observada a modificação no papel social do Poder Judiciário e, como sua consequência lógica, a transformação do modo de atuação do juiz, é preciso refletir sobre seu influxo na postura do magistrado *no* processo.

Somente será possível ao juiz moderno exercer bem suas funções se permitir-se abandonar o enfoque processualístico tradicionalista, baseado em critérios de racionalidade formal, mesclando-os com critérios de racionalidade material. Importa valorizar mais o litígio em

si do que as próprias normas jurídicas que regulam seu desenvolvimento perante os órgãos judiciais.⁽¹¹⁾

Esse desapego às normas procedimentais formais e a valorização das discussões materiais importam, portanto, a revisão dos postulados que informaram, durante muito tempo, o direito processual. Somente abandonando uma lógica eminentemente formalista o juiz poderá valorizar a materialidade do conflito. Por seu turno, somente através da apreensão dos aspectos materiais do litígio, logrará o magistrado reconhecer qual o real conflito social subjacente ao conflito judicial, o que é indispensável para que sua decisão não esteja divorciada da realidade social.

Diante da constatação de um novo papel social para o Judiciário, o processo aparece intrinsecamente ligado à realização dos fins do Estado, em especial, o equacionamento entre os divergentes interesses presentes no meio social.⁽¹²⁾

Portanto, a modificação do Estado Liberal em Estado Social tem como consequência, no campo do direito processual, a transmutação da concepção do direito de ação como um desdobramento do direito material em direito autônomo exercido para que o Estado possa fazer atuar sua autoridade entre as partes. Como bem assinala *Michele Taruffo*, a ação não é mais uma simples emanção do direito substantivo, mas um direito autônomo de natureza pública, que visa produzir consequências jurídicas na esfera da parte contrária e que, sobretudo, coloca em destaque a autoridade do Estado, garantindo a atuação da lei.⁽¹³⁾

Por conseguinte, não pode mais o processo ser visto como um fim em si mesmo e, portanto, suas regras não têm valor absoluto que se sobreponha ao do direito substancial que visa aplicar e as exigências sociais de pacificação

(9) CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). *Direito e...*, p. 117-9.

(10) CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 49.

(11) FÁRIA, José Eduardo. *As transformações...*, p. 147.

(12) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 200.

(13) TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1987. p. 187.

dos conflitos de interesse. O processo é tão somente um instrumento disponível para a realização do direito material e a obtenção de uma solução socialmente aceitável para os conflitos de interesses que, no seu âmago, carregam a coexistência de diferentes forças e interesses políticos na sociedade.⁽¹⁴⁾

A apreensão da instrumentalidade do direito processual desemboca, necessariamente, na questão da efetividade do processo. Desta maneira, como instrumento que é, deve o processo ser apto a cumprir integralmente sua função social, política e jurídica, atingindo completamente suas finalidades como instituto jurídico. Assim, o processo deve estar estruturado de tal forma que tenha a capacidade de eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. A efetividade do processo se mede, pois, pela realização de seus objetivos institucionais.⁽¹⁵⁾

Para chegar à efetividade como realização concreta dos fins institucionais do processo, o juiz, ao interpretar as normas processuais, deve estar consciente de que sua função é comprometida com o conteúdo do direito de seu momento histórico, com a percepção do direito como prática social de equacionamento de forças político-sociais e, ainda, com as preferências axiológicas da sociedade. Dessa forma, não lhe cabe aplicar friamente a lei, quando esta possa conduzir a resultados desvirtuados, seja porque não foi adequadamente elaborada, seja porque não mais atende às necessidades sociais.⁽¹⁶⁾

Fato é que o legislador, a partir da constatação da necessidade de efetividade do processo,

substituiu o sistema procedimental liberal, calcado em normas de procedimento de conteúdo rígido e fechado, por um sistema processual instrumentalista, dotado de normas de conteúdo moldável e aberto. Dá-se maior liberdade de ação ao juiz em oposição ao sistema anterior para que este possa atender ao imperativo de efetividade de sua decisão. Várias são as opções legislativas nesse sentido nas reformas empreendidas no CPC.

De outro lado, não se pode esquecer que toda norma jurídica deve ser interpretada com atenção ao caráter sistêmico do ordenamento jurídico. Não se interpreta a lei isoladamente, aos pedaços, mas inserida dentro de um sistema jurídico composto por princípios e regras que devem manter harmonia entre si. Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas, sim, o Direito no seu todo. Qualquer texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas só encontram justificativa de existência dentro de um contexto de normas, ou seja, dentro de um sistema normativo que, por seu turno, reflete determinadas opções políticas da sociedade que o gerou.⁽¹⁷⁾

Assim, a efetividade do processo requer que as normas de direito processual sejam sempre analisadas à luz de sua importância para o contexto normativo. Em outras palavras: a interpretação das normas processuais não pode perder de vista sua inserção em um sistema normativo.

Aceitando a instrumentalidade do processo direcionada especialmente à sua efetividade, o juiz, ao interpretar as normas de direito processual, tem, obrigatoriamente, que verificar qual o contexto em que estas se inserem. No plano social, quais as relações de poder que lhe podem ser subjacentes. No plano normativo, qual o escopo do sistema jurídico em que se encontra inserida.

(14) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 326.

(15) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 330-1.

(16) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

(17) GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121-2.

Para realizar essa tarefa, o juiz, uma vez mais, é chamado a assumir um papel mais dinâmico na relação processual, deixando de ser mero espectador e receptor da atuação das partes em conflito, mero burocrata com funções protetoras e repressivas. O juiz deve, assim, abandonar a visão formalista do processo e avocar-se uma postura crítica no processo. Importa dizer que o juiz não trabalha mais *diante do processo*, mas *no e para* o processo como meio de concretização dos direitos materiais.

4. Antecipação de tutela *ex officio*

Muitas são as formas de se discutir o novo papel da magistratura e da postura mais ativa do juiz diante dos litígios, com a valorização de seus aspectos materiais e observância à instrumentalidade do processo orientada à sua efetividade.

Não obstante esta constatação, por questão metodológica, este estudo optou por limitar sua análise à concessão de tutela antecipada *ex officio* como uma das maneiras de o juiz assumir seu novo papel social e — por que não — processual.

A doutrina soe afirmar que a jurisdição só pode agir quando devidamente provocada. Trata-se do princípio da inércia da atividade judicial, constante do art. 2º do CPC, que dispõe que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requer, nos casos e formas previstos em lei.

Com efeito, a lei processual brasileira como reflexo do princípio da inércia do Poder Judiciário prestigia também o princípio da demanda, segundo o qual cabe à parte buscar a tutela judicial de seus interesses. Assim, como regra geral, não se admite o exercício espontâneo da jurisdição.

Calcadas, assim, na consagração dos princípios supracitados, a doutrina e a jurisprudência tendem a rechaçar a possibilidade de concessão *ex officio* da antecipação dos efeitos da tutela a que se refere o art. 273 do CPC. Alterca-se que o *caput* do referido dispositivo legal utiliza

claramente a expressão “requerimento da parte”, o que refletiria uma evidente remissão aos princípios da inércia e da demanda e, por conseguinte, uma incontestável submissão do instituto da tutela antecipada à provocação do interessado.

Esta posição, no entanto, parece estar equivocada porquanto baseada na interpretação da norma processual contida no art. 273 do CPC de forma alijada da necessidade de o juiz assumir um novo papel *no* processo, direcionado *para* sua efetividade, ou seja, para a realização de seus fins sociais, políticos e jurídicos.

A interpretação tradicional do art. 273, do CPC, também se afigura distanciada da realidade social que a cerca. A inserção da tutela antecipada no direito processual civil brasileiro, levada a cabo pela Lei n. 8.952/94, pretendia dotar o sistema de meios para a administração do ônus temporais do processo, como resultado da sensibilidade legislativa aos apelos populares de que havia abusos na utilização do processo como meio de postergar o cumprimento de obrigações.

Assim, no contexto social, o instituto da antecipação da tutela foi consagrado como instrumento para possibilitar ao juiz administrar, com parcimônia e equidade, a carga de prejuízo que a morosidade pode causar aos litigantes, em especial àquele que, tendo razão praticamente incontestável, se vê obrigado a aguardar por longos anos a solução definitiva do litígio.

Desta forma, a antecipação de tutela emerge como meio para que o juiz possa evitar que uma das partes seja prejudicada pela lentidão do processo ou mesmo da própria máquina judiciária.

Sob o prisma da análise funcional do direito, ou seja, considerado seu papel paradoxal no plano das relações de força que orientam sua própria formação, a inserção da antecipação de tutela no campo do direito processual civil significou grande conquista para as classes

menos favorecidas que, dispondo de menores recursos para litigar, passam a ter a possibilidade da entrega imediata — ainda que precária — da prestação jurisdicional buscada. O instituto da tutela antecipada representa uma vitória das forças sociais rebeladas contra a morosidade do Judiciário e a maliciosa utilização do processo como meio de adiar o cumprimento de obrigações. Por corolário, constitui, ainda, forma peculiar de facilitação do acesso ao Judiciário na medida em que sua aplicação, com o devido equilíbrio, recupera a credibilidade dos órgãos judicantes e diminui o fenômeno da litigiosidade contida, isto é, da omissão do cidadão na busca ao Poder Judiciário em virtude de sua desconfiança a respeito da efetividade de sua atuação.

Portanto, também sob esse aspecto, pecam a doutrina e a jurisprudência clássicas a respeito da aplicação da tutela antecipada *ex officio*.

Reza o art. 125 do CPC que são deveres do juiz velar pela rápida solução do litígio e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça, assegurando sempre às partes a igualdade de tratamento.

O dever de emprestar às partes igualdade de tratamento pressupõe que o juiz não deve ter preferências pessoais, mas não importa que tenha que adotar uma postura passiva de mero espectador da atuação dos litigantes, como já se assinalou alhures. O juiz, verificando que há abuso de uma parte na utilização do princípio da ampla defesa, deve reprimir a atitude, não apenas porque atentatória à dignidade da Justiça como também não lhe é dado se omitir diante da má utilização do processo por quaisquer das partes. Afinal, como também já se anotou, o juiz é o garantidor e o depositário das expectativas sociais de pacificação dos conflitos de interesses, segundo as máximas axiológicas vigentes na sociedade, de sorte que deve se valer dos instrumentos processuais disponíveis para impedir o agir irresponsável da parte.

Nessa perspectiva, torna-se certo que a antecipação da tutela pode ser concedida de ofício

pelo juiz quando verificar que há abuso no direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, quando verificada a verossimilhança do direito perseguido judicialmente. Esta possibilidade serve, inclusive, para que o magistrado não falte com seus deveres de velar pela célere solução do litígio e de reprimir atos atentatórios à dignidade da Justiça.

De outro lado, esperar o requerimento da parte, mormente considerando situações em que esta pode estar desassistida de advogado, como é o caso da Justiça do Trabalho ou dos Juizados de Pequenas Causas, dando-se uma interpretação literal ao art. 273 do CPC, importaria negar vigência ao próprio imperativo de efetividade do processo e dar margem à descrença social quanto à importância da atuação judicial. E mais: ignorar-se-ia, destarte, o novo papel do juiz como aquele que atua *no* processo *para* a solução efetiva do litígio, segundo os valores sociais predominantes. Impedir-se-ia o juiz de exercer o papel de modulador das relações sociais de poder subjacentes à relação jurídico-processual entre os litigantes.

Por outro lado, não é demais assinalar que, apreciada no contexto sistêmico, a expressão “a requerimento da parte” usada pelo *caput* do art. 273 do CPC constitui simples imprecisão legislativa ou mero excesso verbal do legislador, não se podendo interpretar como um requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada. Se o próprio sistema permite a concessão de cautelares *ex officio*, como previsto no art. 797 do Código de Processo Civil, incoerente é que vede a concessão da tutela antecipada sem provocação específica da atividade judicial. Nem mesmo o princípio da inércia do Poder Judiciário poderia servir de impedimento para a concessão de tutela antecipada *ex officio*, em especial, naquelas hipóteses em que o juiz apurar a necessidade da medida diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existem provas suficientes

de verossimilhança. Como acentua *José Roberto dos Santos Bedaque*, circunstâncias há em que, embora presentes os requisitos legais para sua concessão, a tutela antecipada não é requerida pela parte, tornando--se a atuação do juiz de ofício o único meio de se preservar o resultado útil do processo. Pensar, então, que o *caput* do art. 273 do CPC vedou completamente a iniciativa judicial na concessão da tutela antecipada conduziria, em muitos casos concretos, a soluções injustas ou mesmo em perda do objetivo final do processo (realização do direito material), o que redundaria em desprestígio para o próprio Poder Judiciário.⁽¹⁸⁾

Mais clara, ainda, resta a possibilidade de antecipação de tutela *ex officio* a partir da edição da Lei n. 10.444/02, que acrescentou ao art. 273 do CPC o § 6º, admitindo sua imediata concessão quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. Evidente que o legislador ordena ao juiz que não permaneça inerte quando verifica que uma parte dos pedidos não é contestada. Parece correto afirmar que há, na hipótese, clara permissão para a concessão da tutela antecipada, independentemente de requerimento da parte. Revelar-se-ia estranho qualquer raciocínio diverso, pois não se pode imaginar que o juiz, garantidor da utilização e do desenvolvimento do processo como simples instrumento para a concretização dos direitos substanciais, permitisse que a parte levasse anos para concretizar um direito sobre o qual sequer paira dúvida. Aliás, tal conclusão contrariaria mesmo as próprias disposições do CPC a respeito do julgamento antecipado da lide nos casos de revelia da parte.

Outro fato digno de nota é que a referida Lei n. 10.444/02 também deu ao art. 461 do CPC nova redação, incluindo em seu § 5º a

possibilidade de o juiz determinar, de ofício, as medidas necessárias para a efetivação das tutelas específicas concedidas. E mais: o § 3º do citado art. 461 faculta ao juiz deferir, liminarmente, a tutela, nos casos de ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, verificado ser relevante o fundamento da demanda e presente o claro receio de ineficácia do provimento final, podendo inclusive fixar multas diárias, também independentemente de requerimento do autor, para lhes garantir o cumprimento (§ 4º). Uma vez mais, consubstanciar-se-ia uma incoerência sistêmica no ordenamento processual civil pátrio se limitasse a ação do juiz no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil e a ampliasse no art. 461 do mesmo diploma legal.

Há que se assinalar ainda que o art. 5º da Constituição Federal prevê, entre os direitos fundamentais, o direito de ampla defesa e a garantia do contraditório. Contudo, importa colocar em destaque que essas garantias devem ser exercidas nos limites da lei e em consonância com o princípio da duração razoável do processo, previsto no Pacto Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário e que desponta também como princípio constitucional fundamental conforme os §§ 2º e 3º, também do art. 5º da Lei Fundamental. A ninguém é dado litigar com o intuito único de postergar o cumprimento de obrigações juridicamente assumidas, de modo que a garantia da ampla defesa deve se coadunar com a necessidade de se imprimir ao processo uma duração razoável. Portanto, também sob esse prisma, como guardião da rápida solução do litígio e/ou da razoável duração do processo, o juiz pode e deve, quando presentes as hipóteses dos incisos I e II ou do § 6º do art. 273 do CPC, aplicar, de ofício, a tutela antecipada.

A possibilidade de concessão da tutela antecipada *ex officio* tem ainda a vantagem de dotar o juiz de meio para exigir dos litigantes o cumprimento de seu dever de lealdade processual, não permitindo comportamentos que

(18) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência — tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 377-8.

faltem com a ética e boa-fé no decorrer do processo, como as condutas processuais meramente protelatórias ou abusivas. Ademais, presta-se, ainda, a propiciar ao juiz instrumental para equacionar mais rapidamente os interesses de grupos sociais em conflito, reconstruindo a paz social. Evita-se, pois, que determinados grupos sociais possam se valer da lei processual para oprimir outros, ou seja, o juiz poder modular, inclusive, os interesses ideológicos, políticos e econômicos que são subjacentes às leis e ao conflito judicial.

Isto não importaria reconhecer ao juiz o poder de conceder a antecipação de tutela, sem o requerimento da parte, em toda e qualquer situação, cabendo-lhe ponderar, casuisticamente, a necessidade de sua atuação *ex officio*.

Alerta, com propriedade, *Luiz Guilherme Marinoni* que, atualmente, em face da necessidade de tutela jurisdicional adequada às novas circunstâncias de direito material e de tomada de consciência do dever do Estado de tutelar os direitos de forma específica, não há outra alternativa senão dar maior amplitude de poder ao juiz. Entretanto, o poder de definir a técnica processual conforme a necessidade de cada caso exige, como contrapartida, o adequado emprego das regras processuais e a observância dos imperativos de menor restrição possível, o que realça a necessidade de o juiz bem fundamentar suas decisões, justificando suas escolhas e a observância dessas regras e demonstrando que seu uso é imprescindível ao bom exercício da atividade jurisdicional.⁽¹⁹⁾

A partir do momento em que se confere ao juiz maior poder e liberdade para a utilização dos instrumentos processuais disponíveis, também lhe outorga o dever de demonstrar a idoneidade de seu uso, em vista da obviedade de que todo poder deve ser exercido de maneira

legítima. Via de consequência, a justificação judicial é indispensável.⁽²⁰⁾

Afinal, cumpre asseverar que, ao se defender uma postura crítica do juiz diante da lei processual da materialidade do conflito e das leis que lhe são aplicáveis, não se está a defender o uso alternativo do direito. Obviamente, imperativo que o juiz exerça, com a máxima prudência, a faculdade de conceder *ex officio* a antecipação da tutela, com o intuito de evitar que sua atuação nesse sentido se converta em ato de mero ativismo judicial. Prega-se, assim, uma utilização parcimoniosa da concessão da tutela antecipada de ofício, com a devida fundamentação do ato judicial, analisando todas as peculiaridades de cada caso concreto. Assim agindo, estará o magistrado a exercer corretamente seu novo papel, contribuindo para a efetividade do processo e aproximando sua atuação da realidade social que a cerca, com o consequente aumento dos índices de confiabilidade dos cidadãos no Poder Judiciário.

5. Considerações finais

Nas sociedades ocidentais, a primeira concepção da atuação do Poder Judiciário esteve, intrinsecamente, relacionada com a ideologia liberal que, valorizando sobremaneira as liberdades públicas e temendo qualquer intervenção estatal nas relações privadas, reservava ao juiz o papel de mero burocrata estatal.

Assim, forjou-se um sistema processual que dava conotação especial à ritualística, desprezando a materialidade do conflito a que visava solucionar, limitando a atividade judicial à simples aplicação da letra fria da lei aos casos concretos. O processo é marcado por normas rígidas e de conteúdo fechado, não permitindo ao juiz maior questionamento sequer sobre o contexto social em que a discussão jurídico-processual se encontrava inserida.

(19) MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2008, v. 873, p. 24.

(20) *Idem*. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, n. 1, p. 72, abr. 2006.

Criou-se, por conseguinte, o mito de que a atuação judicial seria sempre politicamente neutra, constituindo-se o Judiciário como um poder eminentemente técnico e reativo. A jurisprudência, embora muitas vezes perfeita sob o prisma da lógica jurídica, dissociava-se da realidade concreta que a rodeava.

Contudo, a partir do segundo pós-guerra, a transformação do Estado Liberal em Estado Social — com a consagração dos direitos sociais e elevação dos níveis de litigiosidade — aliada à insatisfação social a respeito da dissociação das decisões judiciais das circunstâncias e aspirações valorativas da sociedade colocaram em xeque o papel social do Judiciário que, apegado à cultura ritualística e formalista, não conseguia dar rápida resposta aos novos conflitos emergentes na sociedade.

Assim, para vencer a crise, os membros do Poder Judiciário são chamados a questionar sua própria forma de atuação e a reconhecer que sua atividade não pode mais ser considerada politicamente neutra. Isto importa admitir que o juiz deve analisar as normas processuais de acordo com os valores sociais e as mutações axiológicas da sociedade, o que requer uma atuação mais dinâmica e interessada, a fim de adequar as decisões à realidade social que a cerca.

Morre a figura do juiz como burocrata estatal e nasce a imagem do magistrado como agente político do Estado, preocupado com a solução dos conflitos de acordo com valores socialmente aceitáveis, por meio de uma interpretação crítica do direito posto.

No campo do direito processual, a modificação do papel social do juiz redundou no abandono do apego aos procedimentos e ritos, com a ampliação das possibilidades de técnicas de solução dos litígios. Ou seja, as normas processuais passam a ter conteúdo mais maleável e aberto, permitindo ao juiz sua interpretação de acordo com as necessidades de cada caso concreto.

Reconhece-se a instrumentalidade do processo, de sorte que suas regras não têm valor

absoluto, não podendo se sobrepor ao direito substancial que busca aplicar. O processo é apenas um meio para a realização do direito material.

A instrumentalidade do processo reclama sua efetividade. Implica dizer que o processo deve cumprir sua função social, política e jurídica plenamente, servindo para fazer cumprir o direito, prestar-se a fins didáticos para exercício e respeito a estes e a ser canal de comunicação entre os indivíduos e a própria sociedade. Disto resulta que o juiz deve interpretar as leis processuais atento ao momento histórico, às forças políticas presentes na sociedade e às preferências valorativas desta. E mais: sem perder de vista que as normas processuais estão dentro de um sistema ou contexto normativo.

Via de consequência, a mudança da postura do juiz é clara: o magistrado deve atuar não apenas diante do processo, mas também *no* e *para* o processo. Impõe-se ao magistrado que renuncie ao formalismo e adote uma posição de crítico do direito processual.

A concessão de tutela antecipada *ex officio* constitui uma das formas pelas quais o juiz pode exercer um papel mais dinâmico na relação processual, valorizando os aspectos materiais do litígio e observando a instrumentalidade voltada para a efetividade do processo, aproximando-se de seu novo papel social.

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, sem o requerimento da parte, deve ser considerada possível por diversas razões.

A análise histórica e funcional da redação dada ao art. 273 do CPC pela Lei n. 8.952/94, revela que o legislador pretendeu dotar o sistema jurídico pátrio de meios para que o juiz pudesse administrar a distribuição dos ônus temporais do processo, de maneira que o instituto mais do que uma inovação processual constitui uma conquista social para a concretização de direitos.

O novo papel social do magistrado o faz assumir a condição de garantidor das expectativas

sociais de pacificação dos conflitos por meio de decisões não apenas jurídicas, mas também socialmente aceitáveis. Assim, deve zelar pela rápida solução do litígio, bem assim prevenir e reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça. Nesse contexto, a concessão da tutela antecipada, de ofício, representa poderoso auxílio à atuação inibitória do juiz. Serve ainda para promover a rápida solução do litígio e para que o magistrado possa, em determinadas situações, corrigir distorções do próprio sistema processual como, por exemplo, o caso de uma das partes não possuir defesa técnica (Juizados Especiais e Justiça do Trabalho, por exemplo).

Sob análise sistêmica, ainda que perfunctória, do ordenamento jurídico não se sustenta qualquer interpretação da expressão “a requerimento da parte”, contida no *caput* do art. 273 do CPC, de que o pedido do interessado seria um requisito indispensável para a concessão da tutela antecipada. Variadas são as passagens do próprio CPC que permitem ao juiz agir de ofício para a preservação da utilidade final do processo, dentre elas, o art. 797. Faltaria coerência ao direito processual consagrar o poder geral de cautela e, ao mesmo tempo, negar a iniciativa do juiz na tutela antecipada.

A inserção do § 6º no art. 273 do CPC reforça a ideia de que o legislador pretendeu dar ao juiz o poder-dever de conceder a tutela antecipada *ex officio*, bastando verificar a verossimilhança das alegações, bem como a presença das situações descritas nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal.

Afigura-se ilógico, ainda no contexto sistêmico, que o legislador tenha permitido no art. 461, §§ 3º e 4º, do CPC a concessão da tutela liminarmente e, até mesmo, de medidas tendentes à sua efetivação, sem requerimento da parte, mediante simples verificação da relevância do fundamento da demanda e da presença do fundado temor de ineficácia do provimento final e, ao mesmo tempo, tenha limitado a atuação

judicial *ex officio* no *caput* do art. 273 do mesmo Código.

A possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício permite ao juiz dar efetividade ao princípio da razoável duração do processo, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e que, no Brasil, assume *status* de garantia constitucional fundamental, por força do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República. Ademais, dá ao juiz poder de exigir das partes comportamento condizente com os imperativos de lealdade e boa-fé processuais, assegurando que a ampla defesa e contraditório não serão exercidos abusivamente.

O reconhecimento de que a lei processual conferiu ao juiz maior liberdade para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela importa também admitir que lhe impôs o dever de demonstrar a idoneidade de seu uso, tornando-se a justificação judicial bem fundamentada indispensável para a validade da medida concedida de ofício.

A utilização equilibrada da aplicação *ex officio* da tutela antecipada faz com que o magistrado exerça seu novo papel social, respeite o imperativo de efetividade do processo, acerque sua atuação dos anseios axiológicos da sociedade e, por conseguinte, contribua para aumento da confiabilidade cidadã nas atividades do Poder Judiciário.

6. Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência — tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María. Acerca das funções do direito. In: *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo, n. 10, p. 15-25, jan./mar. 2000.

- CORREAS, Óscar. *Teoría del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, n. 38, p. 139-54, dez. 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1995.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.
- _____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, n. 1, p. 68-81, abr. 2006.
- _____. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 873, p. 11-30, jun. 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1987.

Direitos trabalhistas no procedimento licitatório

Mila Batista Leite Corrêa da Costa^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo busca demonstrar a obrigatoriedade do Estado em resguardar os direitos trabalhistas no procedimento licitatório estabelecido pela Constituição de 1988 e pela Lei n. 8.666/93, tendo como fundamento, especialmente, o Princípio da Proteção, da Dignidade Humana e a doutrina trabalhista. É o direito ao trabalho, valor social constitucionalmente tutelado, sendo esse o contraponto da doutrina trabalhista à postura omissiva do Estado no procedimento licitatório. Os instrumentos metodológicos envolvem recursos qualitativos, com enfoque para o estudo da proteção jurídica dada ao trabalho na doutrina, legislação e jurisprudência trabalhista, buscando dar ênfase à efetividade dos direitos como valor social constitucionalmente tutelado. O objeto da análise é o procedimento licitatório sob o ponto de vista da tutela trabalhista, apresentando-se referenciais normativos e doutrinários brasileiros acerca do tema. A investigação proposta é, portanto, jurídico-descritiva, abrangendo diversos ramos do direito, em especial, o Direito Constitucional, Administrativo e do Trabalho. A vertente utilizada será a jurídico-dogmática por focar os elementos internos ao ordenamento jurídico, buscando compreender as relações normativas no campo jurídico analisado. Trata-se de um estudo inter e transdisciplinar, um diálogo entre ramos jurídicos importantes e uma possibilidade de revisão de fórmulas tradicionais de interpretação em prol da efetividade de direitos.

Palavras-Chave:

- ▶ Licitação — Lei n. 8.666/1993 — habilitação — direitos trabalhistas.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Licitação: fundamentos
 - ▶ 2.1. Modalidades, fases e procedimento
- ▶ 3. O procedimento licitatório e os direitos trabalhistas
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Advogada. Especialista em Direito Público. Bacharel e Mestranda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

1. Introdução

Se o homem moderno ousasse exprimir qual o seu conceito de céu, descreveria uma visão semelhante a uma gigantesca loja, a maior do mundo, na qual ele próprio se encontrasse, dispondo de dinheiro suficiente para comprar tudo. Deslumbrado, ele perambularia feliz, de boca aberta por aquele paraíso de supérfluos e outras novidades, contanto que houvesse sempre mais e mais coisas novas para comprar e, talvez, que seus vizinhos fossem um pouco menos privilegiados que ele⁽¹⁾.

O sistema de produção industrial estruturado ao longo da história do capitalismo apresenta estágios de organização da produção e mecanismos de relação entre capital e trabalho que, articulados a uma lógica de desenvolvimento, permite uma compreensão do processo de organização do trabalho iniciado no sistema doméstico e substituído pelo sistema de fábrica que orienta a dinâmica produtiva moderna.

Essa evolução histórica caracteriza-se como cerne do entendimento do Direito moderno (seus pressupostos, transformações e elementos constitutivos), possibilitando abordagens interpretativas que auxiliam na construção de uma nova dogmática jurídica.

O atual contexto de transformação do sistema apresentou um forte impacto no mundo do trabalho, marcado, nas últimas três décadas, por uma ruptura com a concepção de Estado Keynesiano e pelo renascimento de uma ideia minimalista de atuação estatal, subsidiária à iniciativa privada.

Embora a Carta Constitucional de 1988 tenha representado uma preocupação do constituinte com o estabelecimento de um rol de direitos a serem tutelados, dentre eles, a proteção ao trabalho, a flexibilidade e a integração tornaram-se as palavras de ordem do sistema em construção; a primeira designando a rapidez de

adaptação dos meios de produção aos imperativos do mercado; a segunda, referindo-se à otimização da produção aliada a uma agilidade no intercâmbio de informações. É o contraponto feito por Joaquim Salgado⁽²⁾ entre o Estado Ético, garantidor dos direitos fundamentais, e o Estado Poiético, aquele que subordina os igualitarismos próprios da Democracia à lógica da maximização econômica.

Nesse sentido, os conceitos de Estado mínimo, de abstencionismo e de livre negociação, tornaram-se pilares do paradigma neoliberal em meados dos anos 70 e, por consequência, o próprio Direito, até mesmo o Direito do Trabalho, instrumento de sopesamento do sistema capitalista, sofreu influências da dinâmica neoliberal. Está o Direito do Trabalho em permanente transformação por caminhar ao lado da expansão do capital.⁽³⁾

É nesse contexto que se deve analisar a dinâmica do procedimento licitatório estabelecido pela Lei n. 8.666 de 1993 (Lei de Licitações), cuja edição remonta à década de 90, período da história brasileira marcado pela desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive pelo próprio Estado.

O tema da licitação e os contratos administrativos trazido pela lei em análise é, notadamente, desenvolvido na seara do Direito Administrativo, tendo sido menos discutido pela doutrina trabalhista, notadamente em seu aspecto formal. Dessa forma, o instituto da licitação deve ser considerado, tendo como pano de fundo indispensável, a evolução do sistema capitalista e o processo histórico de regulamentação das relações de trabalho, bem como a fundamentação teleológica trazida pela doutrina trabalhista, considerando que é o trabalho condição de sociabilidade e valorização filosófica do próprio homem.⁽⁴⁾

(1) HUNT, E.; SHERMAN, H. *História do pensamento econômico*. 1977. p. 214.

(2) SALGADO, Joaquim Carlos. *O estado ético e o estado poiético*. 1998. p. 3-34.

(3) SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. 2005. p. 85.

(4) REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho: a reserva implícita ao retrocesso*

O objeto de análise situa-se, especificamente, em uma das fases do procedimento licitatório, denominada habilitação, quando a Administração deve verificar quais licitantes estão aptos a participar da disputa, analisando a documentação apresentada por cada proponente. Verifica-se a adequação de cada interessado aos requisitos objetivamente estabelecidos pelo edital e, especialmente, pela lei, em seu art. 27:

Da Habilitação

Art. 27 – Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal.

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei n. 9.854, de 1999).⁽⁵⁾

O art. 27 da Lei n. 8.666/93 indica que a documentação deve referir-se apenas à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição da República (CR). Essa última exigência foi imposta pela Lei n. 9.854 de 1999 e visa impedir que participem de licitações empresas que descumpram a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.⁽⁶⁾

O propósito maior da análise, dessa forma, é avaliar a ausência de requisitos na Lei de Licitações que imponham aos licitantes a obrigatoriedade de cumprimento dos direitos trabalhistas como pressuposto para participação do processo de licitação pública. O legislador, ao

eximir-se de estabelecer tal requisito, representa a própria omissão estatal em sua função precípua de protetor dos direitos trabalhistas e, por conseguinte, dos cidadãos. Na perspectiva da sociedade, o que é realmente relevante é a efetividade e a justiça do Direito como instrumento de tutela.⁽⁷⁾

Deve-se pensar, portanto, sobre o impacto do tema no mundo do trabalho e a possibilidade de inserção de um novo requisito relativo à comprovação de cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação da licitação, seja por meio da alteração formal da Lei n. 8.666/93, como já propõe o Projeto de Lei n. 7.077 de 2002 em tramitação no Congresso Nacional, seja por meio de uma releitura constitucionalizante dos requisitos preexistentes já elencados no art. 27, tendo como pano de fundo a alegação de excesso de burocratização sustentado pela doutrina administrativista em contraposição ao fundamento de tutela e proteção do trabalho desenvolvido pela doutrina trabalhista.

2. LICITAÇÃO: FUNDAMENTOS

Máquinas, multidões, cidades: o persistente trinômio do progresso, do fascínio e do medo. O estranhamento do ser em meio ao mundo em que vive, a sensação de ter a sua vida organizada em obediência a um imperativo exterior e transcendente a ele mesmo, embora por ele mesmo produzido⁽⁸⁾.

Ao contrário dos particulares, que têm ampla liberdade de contratação, a Administração Pública é cerceada pela adoção de um procedimento determinado por lei. Nesse viés, a licitação é o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.⁽⁹⁾ É imposta pela própria constituição

sócio-jurídico do trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. p. 92-93.

(5) BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. 2009.

(6) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 2009.

(7) SENA, Adriana Goulart de. *Formas de resolução dos conflitos e acesso à justiça*. 2007. p. 10-19.

(8) HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 1986. p. 186.

(9) MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 1999. p. 23.

no art. 37, XXI⁽¹⁰⁾ e estriba-se na ideia de competição isonômica entre os interessados que preencham os requisitos legais.⁽¹¹⁾

Segundo Di Pietro⁽¹²⁾, licitação (do latim *licitatione*, acusativo do substantivo *licitatio*, que significa venda por lances) é um procedimento administrativo⁽¹³⁾ por meio do qual um ente público, no exercício da função administrativa,⁽¹⁴⁾ possibilita a todos os interessados que se submetam às condições fixadas no instrumento convocatório,⁽¹⁵⁾ a formulação de propostas dentre as quais será selecionada a mais vantajosa para a celebração do contrato.⁽¹⁶⁾

- (10) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
- (11) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006. p. 501.
- (12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 350.
- (13) É concebida como procedimento administrativo por constituir-se de um conjunto de fatos e atos da Administração e do licitante objetivando a formação da vontade contratual.
- (14) Na expressão “ente público no exercício da função administrativa” é possível conceber entidades privadas, com personalidade de direito privado, no exercício da função pública.
- (15) No instrumento convocatório (que será o edital ou carta convite conforme a modalidade de licitação em análise), estão contidas todas as condições básicas para a participação na licitação e para a formalização do contrato após concluído o procedimento licitatório. Daí a expressão usual criada por Hely Lopes Meirelles “O edital é a lei da licitação”.
- (16) No direito privado, vigora o Princípio da Autonomia da Vontade. No Direito Administrativo, por seu turno, “a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preenchem os requisitos legais e regulamentares constantes do edital (...)”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 351.

A licitação objetiva possibilitar: à Administração a escolha do melhor particular apto à realização do negócio; a proteção do interesse público e dos recursos governamentais; o respeito aos Princípios da Isonomia, Impessoalidade e Probidade (arts. 5º, 37 *caput* e 85, V, CR).⁽¹⁷⁾

A Constituição da República de 1988 colocou fim à controvérsia pré-existente ao atribuir à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).⁽¹⁸⁾

Isso significa que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação (art. 24, § 2º e art. 30, II, da CR):

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

§ 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Art. 30 – Compete aos Municípios: (...)

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;⁽¹⁹⁾

Há, ainda, o parágrafo único do art. 22 que permite à lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo, dentre elas a licitação.⁽²⁰⁾

Nesse sentido, foi editada a Lei n. 8.666 de 1993⁽²¹⁾ (originalmente, Projeto de Lei n. 1.491/

(17) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006. p. 503.

(18) BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 2009.

(19) *Idem*.

(20) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2000.

(21) A Lei n. 8.666/93 já foi parcialmente alterada pelas Leis ns. 8.883/94, 9.648/98, 9.854/99, 10.438/02,

1991), que revogou o antigo Decreto-lei n. 2.300/86, regulamentou o art. 37, XXI, da CR e instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

No entanto, em que pese a Lei n. 8.666/93 tenha sido gerada como norma geral, em seu art. 1º, esgota as possibilidades de suplementação por parte dos demais entes da federação, não permitindo que os Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo:

Art. 1º – Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.⁽²²⁾

Segundo Cretella Júnior,⁽²³⁾ as normas gerais são parâmetros e as normas especiais as minudenciam conforme as peculiaridades do direito local, estadual ou distrital. Só serão as normas gerais constitucionais na medida em que não invadam a autonomia dos entes federados. Portanto, o art. 1º da Lei de Licitações é notadamente inconstitucional e intensifica uma tendência legislativa centralizadora da União, invadindo área de competência suplementar sobre licitações e contratos administrativos.⁽²⁴⁾

É nessa seara de discussão que se supõe que os Estados e Municípios podem instituir um novo requisito na fase de habilitação visando a promoção e a tutela dos direitos trabalhistas. Segundo entendimento de Lúcia Valle Figueiredo,⁽²⁵⁾ Estados e Municípios, respeitadas as normas gerais, poderão dispor sobre questões referentes ao procedimento administrativo da licitação. A Constituição do Estado de São

Paulo, em seu art. 117, parágrafo único,⁽²⁶⁾ exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança do trabalho, extrapolando a Constituição da República. A Constituição da República exige licitação para contratos de obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões de serviços públicos (arts.37, XXI e 175 CR).⁽²⁷⁾ De modo similar, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 demanda licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações. E são obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública Direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).⁽²⁸⁾

2.1. Modalidades, fases e procedimento

A Lei n. 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação no art. 22: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. O pregão

(26) Art. 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Parágrafo único – É vedada à administração pública direta e indireta, inclusive, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público a contratação de serviços e obras de empresas que não atendam às *normas relativas à saúde e segurança no trabalho* (SÃO PAULO, 2009).

(27) Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, à prestação de serviços públicos (BRASIL, 2009).

(28) Existe uma polêmica acerca da necessidade de as empresas estatais prestadoras de serviços públicos submeterem-se ao procedimento comum estabelecido pela Lei n. 8.666/93 ou ao procedimento a ser estabelecido pelo estatuto jurídico das empresas estatais (art. 173, § 1º, III, CR). Di Pietro (2009) entende que as empresas estatais poderão sujeitar-se a procedimento diverso daquele estabelecido pela Lei de Licitações.

10.973/04, 11.079/04, 11.107/05, 11.196/05, 11.445/07, 11.481/07 e 11.484/07.

(22) BRASIL. *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. 2009.

(23) CRETILLA JR., José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666*, de 21 de junho de 1993, 2001.

(24) DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 353.

(25) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2000.

é modalidade de licitação criada pela Medida Provisória n. 2.026 de 2000, convertida na Lei n. 10.520 de 2002, que não merecerá análise por apresentar sensíveis diferenças de procedimento.

A concorrência é a modalidade de licitação realizada com ampla publicidade visando a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital (art. 22, §1º). A tomada de preços, por seu turno, é a modalidade de licitação “realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º)”.⁽²⁹⁾

No Convite, a Administração seleciona o número de licitantes, conforme o texto legal, e somente a estes solicita ofertas. O concurso, conforme define Lúcia Valle Figueiredo⁽³⁰⁾, é meio de seleção da melhor capacidade técnica ou artística. É usado na aferição da capacitação pessoal. Por fim, o leilão, segundo Bandeira de Mello⁽³¹⁾, é a modalidade de licitação utilizada para venda de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos por força de execução judicial. É usado, ainda, para venda de imóveis adquiridos em procedimento judicial ou dação em pagamento.

O procedimento licitatório analisado será o referente à modalidade da concorrência, cerne da questão proposta, que compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.⁽³²⁾ São duas as

fases fundamentais: habilitação — demonstração dos atributos — e julgamento — apuração da melhor proposta.⁽³³⁾

O edital é o ato por meio do qual a administração divulga a abertura da concorrência, estabelece os requisitos para a participação dos interessados, define o objeto e as condições do contrato. Todo o procedimento licitatório está estritamente vinculado ao instrumento convocatório (que é o edital nas demais das modalidades e carta convite na modalidade convite).

No momento da feitura do edital, será especificado qual o tipo de licitação que norteará o procedimento. Os tipos de licitação previstos na Lei n. 8.666/93 estão elencados no art. 45, § 1º. São quatro: menor preço (o licitante vencedor será aquele que ofertar o menor preço conforme as especificações do edital ou convite); melhor técnica; técnica e preço; e maior lance ou oferta (nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).⁽³⁴⁾

A segunda fase e a mais relevante para a análise da pesquisa é a habilitação, quando ocorre, a abertura dos envelopes contendo a documentação exigida (art. 43, § 1º Lei n. 8.666/93).⁽³⁵⁾ A habilitação é o conjunto de

do recebimento das propostas, a habilitação é feita durante o procedimento (art. 22, § 2º). Já no convite, o procedimento é bastante simplificado: não há fase de habilitação.

(33) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006. p. 501.

(34) A terceira fase da licitação é a classificação, marcada pelo julgamento das propostas e classificação pela ordem de preferência segundo critérios objetivos estabelecidos no edital (esses critérios são os chamados tipos de licitação). A quarta fase do procedimento é o da homologação, consistente na aprovação do procedimento. A quinta e última fase é a da adjudicação, que é o ato por meio do qual a administração “atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 399.

(35) Art. 43 – A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) § 1º – A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

(29) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 381.

(30) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2000.

(31) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006. p. 534.

(32) Não há muita diferença entre o procedimento da tomada de preços e da concorrência. A diferença mais relevante está na antecedência na publicação do edital (15 dias, conforme o art. 21, § 2º, III, da Lei n. 8.666/93) e na fase de habilitação, que é feita antes do procedimento licitatório para os inscritos no registro cadastral. Para os interessados que apresentarem a documentação até o 3º dia anterior à data

requisitos legais a ser preenchido pelo interessado para o exercício de um direito,⁽³⁶⁾ qual seja, participar do procedimento licitatório. É o ato prévio do julgamento das propostas. Nasce, nessa fase, uma espécie de “qualificação para licitar”, nas palavras do autor.

É um ato vinculado porque o que é exigido do interessado deve estar expressamente previsto no edital. “Se a administração exorbitar dos requisitos exigíveis para habilitação, exercendo sua faixa discricionária, estará legalmente restringindo a possibilidade de oferta. De consequente, ocorrerá nulidade”.⁽³⁷⁾

Os documentos passíveis de exigência estão elencados no art. 27 da Lei de Licitações, como já transcrito, e somente podem referir-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal⁽³⁸⁾ e cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da Constituição da República.⁽³⁹⁾ O art. 37, XXI da Constituição, no entanto, somente demanda documentação referente à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.⁽⁴⁰⁾

Conforme entendimento de Di Pietro,⁽⁴¹⁾ a previsão restritiva do art. 37, XXI, da CR não

impede a requisição de documentos relacionados à capacidade jurídica, como previsto na Lei de Licitações. Esse requisito, estabelecido no inciso I do art. 27 da Lei n. 8.666/93, está pautado no fato de que a administração não pode celebrar contratos com pessoa física ou jurídica incapaz de ser titular de deveres e de contrair obrigações na ordem civil. Para a autora, mesmo que essa exigência não estivesse contida na Lei de Licitações, seria um requisito legal e constitucional.

No entanto, paradoxalmente, Di Pietro, entende que a exigência do inciso V do art. 27 da Lei de Licitações (referente à comprovação do cumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos) não tem fundamento constitucional.

Segundo a autora administrativista, essa exigência nada se relaciona com a habilitação,⁽⁴²⁾ embora seja “meritória a preocupação em zelar pela norma constitucional que restringe o trabalho de menores”.⁽⁴³⁾ Di Pietro defende que o estabelecimento de outras exigências contribuiria para a burocratização do procedimento licitatório, infringindo o art. 37, XXI, da CR. Bandeira de Mello,⁽⁴⁴⁾ de forma similar, entende que, na fase de habilitação, deve a administração abster-se de “rigorismos inúteis”.

Nesse sentido, a comprovação da capacidade jurídica, não prevista na Constituição de 1988, mas apenas na Lei n. 8.666/93, no entendimento da autora, teria sustentação jurídico-constitucional ao passo que a comprovação por parte do licitante de observância de um preceito constitucional trabalhista não teria qualquer relação com o procedimento licitatório.

(36) CRETELLA JR., José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*, 2001.

(37) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2000. p. 452. Nesse sentido: Licitação, Habilitação, Administração Pública. Exija dos interessados, para fins de habilitação nas licitações, exclusivamente, a documentação indicada nos artigos constantes da Seção II, Capítulo II, da Lei n. 8.666/93 (TCU, TC-001.027/93-0, Min. Homero Santos, 14.6.95).

(38) Há controvérsias na doutrina a respeito da exigibilidade da comprovação da regularidade fiscal. O tema será tratado na investigação científica.

(39) Merece menção o fato de que a exigência referente ao cumprimento do art. 7º, XXXIII da CR é de fácil observância tendo em vista que o Decreto n. 4.458 de 2002, que regulamentou a Lei n. 9.854/99, estabeleceu como comprovação a simples declaração do licitante.

(40) BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 2009.

(41) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 391.

(42) Márcio dos Santos Barros compartilha da mesma opinião da autora.

(43) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 391.

(44) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006.

3. O procedimento licitatório e os direitos trabalhistas

O Projeto de Lei n. 1.889 de 1996,⁽⁴⁵⁾ embrião da Lei n. 9.854 de 1999 (que incluiu o inciso V ao art. 27 da Lei de Licitações), em sua justificacão, apresenta dados relativos ao abuso cometido pelos empregadores ao explorar mão de obra infantil. E condena a conduta do Poder Público por financiar, indiretamente, com recursos públicos, a exploração do trabalho infantil ao contratar licitantes não comprometidos com o dispositivo constitucional.

Para além, é condenável o financiamento, por meio de recursos públicos, de particulares licitantes não comprometidos com o cumprimento de qualquer direito trabalhista, inerente à condição de dignidade de cada brasileiro que alcança a condição de trabalhador.

O Projeto de Lei n. 7.077/2002, nesse sentido, busca sanar a falha no procedimento licitatório ao incluir no rol do art. 27 a exigência de regularidade trabalhista:

Os arts. 27 e 29 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 27 (...)

IV – regularidade fiscal e *trabalhista*;

(...)” (NR)

“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e *trabalhista*, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – *prova de inexistência de débitos trabalhistas* para com empregados e desempregados, mediante a apresentação de *certidão negativa* expedida por órgão competente da *Justiça do Trabalho*, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.” (NR) (grifo nosso)⁽⁴⁶⁾.

Acrescentou o projeto o Título VII-A à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas

(45) O projeto de lei foi sugestão da Fundação Abrinq, pelos Direitos da Criança.

(46) BRASIL. *Projeto de Lei n. 7.077/2002*. 2009.

(CNDT). O texto celetista passa a exigir a referida certidão, emitida por órgãos da Justiça do Trabalho, para a contratação com o Poder Público nas situações que serão elencadas na própria CLT.

Conforme redação original do Projeto de Lei n. 7.077 de 2002, o referido Título VII-A dispõe:

TÍTULO VII-A

DA PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRABALHISTA

Art. 642-A. É exigida a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas — CNDT, fornecida por órgão competente da Justiça do Trabalho, nos seguintes casos:

I – da empresa, individual ou coletiva:

a) na contratação ou renovação de contrato com o Poder Público para fornecimento de bens ou serviços;

b) no recebimento de benefícios, ou incentivo fiscal, ou crédito concedidos pelo Poder Público, diretamente, ou através de seus agentes financeiros;

c) na alienação, ou na oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo;

d) no registro, ou no arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação, ou extinção de entidade ou sociedade comercial, ou civil e transferência de controle de cotas de sociedade de responsabilidade limitada;

II – do proprietário, pessoa física ou jurídica, de obra de construção civil, quando de sua averbação no registro de imóveis;

III – da pessoa física, nas hipóteses previstas nas alíneas a, b e c do inciso I deste artigo.

§ 1º Considera-se débito trabalhista, para efeito deste título:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pelos Órgãos da Justiça do Trabalho, ou em acordos judiciais descumpridos, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, honorários, custas, emolumentos ou recolhimento determinado em lei;

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de execução de termo de ajuste de conduta celebrado perante o Ministério Público do Trabalho e de termo de acordo firmado perante Comissão de Conciliação Prévia.

§ 2º A prova de inexistência de débito deve ser exigida da empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências, filiais ou obras de construção civil, independentemente do local onde se encontrem.

§ 3º É dispensada a transcrição, em instrumento público ou particular, do inteiro teor do documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista, bastando a referência ao seu número de série e data da emissão, bem como a guarda do documento comprobatório à disposição dos órgãos competentes.

§ 4º O documento comprobatório de inexistência de débito trabalhista poderá ser apresentado por cópia autenticada, dispensada a indicação de sua finalidade.

§ 5º O prazo de validade da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas é de 90 (noventa) dias, contado da data de sua emissão.

§ 6º É a Justiça do Trabalho autorizada a emitir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas através de meios eletrônicos, devendo, ainda, ser desenvolvido sistema de integração das informações constantes dos bancos de dados dos diversos Órgãos da Justiça do Trabalho.

Art. 642-B. A prática de ato com inobservância do disposto no art. 642-A, ou o seu registro, acarretará a responsabilidade solidária dos contratantes e do oficial que lavrar ou registrar o instrumento, sendo o ato nulo para todos os efeitos. (NR)⁽⁴⁷⁾

No entanto, o tema não é pacífico. Após aprovação no Senado Federal e nas Comissões de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, a Mesa da Câmara recebeu 3 recursos contra a apreciação conclusiva do projeto de lei sob a alegação de que, embora bem intencionado,

(47) *Idem*.

cria uma exigência burocrática, alijando “empresas idôneas” (expressão cunhada no Recurso n. 229 de 2008) da licitação.⁽⁴⁸⁾

Alegam, em sede de recurso, os deputados signatários que a necessidade de apresentação da referida certidão negativa de débito trabalhista representaria obstáculo à competitividade no procedimento licitatório, desvirtuando, ainda, a ação da Justiça do Trabalho por impor-lhe um serviço meramente burocrático alheio à função jurisdicional.

Esse entendimento, no entanto, muito próximo daquele desenvolvido pela doutrina administrativista, merece as devidas ponderações a partir da doutrina trabalhista e dos princípios constitucionais norteadores da tutela trabalhista.

A Constituição Brasileira de 1988, dentre os princípios fundamentais estabelecidos no art. 1º, apresenta o respeito à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, intimamente ligados ao Direito do Trabalho. O texto constitucional definiu, ainda, nos arts. 7º e 8º os principais princípios constitucionais trabalhistas.⁽⁴⁹⁾

Nesse sentido, é nítida a preocupação do constituinte brasileiro com a proteção jurídica do trabalhador, “compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho”.⁽⁵⁰⁾ Em sendo o Estado, como cita Bandeira de Mello,⁽⁵¹⁾ aquele que juridicamente encarna os interesses públicos, é nítida a função e responsabilidade da Administração Pública em tutelar os direitos trabalhistas daquele cidadão hipossuficiente, o trabalhador, diante da ordem dada pelo constituinte e pelo legislador celetista.

Um dos assuntos de maior relevância quando se avalia o instituto da licitação refere-se aos

(48) A Mesa recebeu ainda 2 requerimentos de retirada dos recursos mencionados.

(49) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 2004.

(50) *Ibidem*, p. 348.

(51) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2006

princípios que norteiam o procedimento licitatório. Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação desses princípios. Nesse sentido, adotando o posicionamento de Di Pietro,⁽⁵²⁾ que se aproxima da orientação de Hely Lopes Meirelles e da vertente adotada pelo art. 3º do antigo Decreto-lei n. 2.300/86 e da Lei n. 8.666/93, destacam-se os seguintes princípios: Princípio da Igualdade, Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade e da Probidade, Princípio da Publicidade, Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Princípio do Julgamento Objetivo, Princípio da Adjudicação Compulsória, Princípio da Ampla Defesa.

O art. 3º da Lei n. 8.666/93 estabelece alguns princípios licitatórios de obrigatória observância, mas de forma não exaustiva:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁽⁵³⁾

A análise dará especial ênfase aos princípios da Igualdade, Legalidade, Moralidade, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Eficiência.

No que tange ao Princípio da Legalidade, que preceitua a estrita vinculação do procedimento licitatório à lei, deve a administração seguir rigorosamente todas as fases estabelecidas na Lei n. 8.666/93 e, por conseguinte, estabelecidas no edital de convocação (Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório). O art. 4º vai além ao estabelecer que todos os participantes da licitação têm direito subjetivo público à fiel observância do procedimento

estipulado em lei, cabendo, inclusive, impugnação judicial ao procedimento.

Estando a Administração submetida ao Princípio da Legalidade, não se pode, efetivamente, estabelecer um novo requisito na fase de habilitação que não esteja previsto no art. 27 da Lei de Licitações, o que inquiriria o procedimento de nulidade absoluta. No entanto, merece reflexão a possibilidade de inserção de uma nova condição na fase de habilitação que dê vazão à proteção de direitos trabalhistas.

A alteração da Lei n. 8.666/93 é meritória e a edição de leis estaduais ou municipais suplementares impondo a necessidade de cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação é bem-vinda. No entanto, deve-se adotar a possibilidade de inserção no próprio edital de requisitos comprobatórios da regularidade trabalhista, retirando sua validade da própria Constituição, dando vazão a uma interpretação condizente com a tutela efetiva dos direitos fundamentais, em especial dos direitos trabalhistas, trazida pelo texto normativo maior do ordenamento jurídico brasileiro. Essa é uma concepção eminentemente principiológica, norteadora do Direito moderno.

Quanto ao Princípio da Igualdade, permite à administração a escolha da melhor proposta e assegura aos interessados igualdade de direitos. Esse princípio (art. 37, XXI, da CR) veda “o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais”.⁽⁵⁴⁾

Conforme se depreende do princípio citado, o Estado, ao não exigir o cumprimento dos direitos trabalhistas, cria condições desiguais de competição entre os interessados. O interessado que cumpre as determinações legais trabalhistas estará em flagrante desigualdade diante do interessado descumpridor dos direitos trabalhistas na medida em que a licitação privilegia a proposta daquele que apresenta o menor custo de contratação à Administração Pública.

(52) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009.

(53) BRASIL. *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. 2009.

(54) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009. p. 355.

Como o legislador brasileiro flagrantemente deu preferência para o tipo de licitação “menor preço”,⁽⁵⁵⁾ a administração contratará aquele interessado que demonstrar custo menor aos cofres públicos, independentemente da precarização, ou não, da mão de obra empregada. Ao contrário, a administração contratará o competidor que menos despenda e, por conseguinte, que tenha menos gastos com questões de ordem trabalhista.

Nesse aspecto, fere a administração o próprio Princípio da Licitação. Em sendo o citado princípio uma decorrência do princípio maior do Direito Administrativo, denominado Supremacia do Interesse Público, não pode o Estado eximir-se de tutelar o interesse público. O Princípio da Supremacia do Interesse Público, também chamado de Finalidade Pública, deve estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução pela Administração Pública.

Por esse viés, o legislador, inspirado pelo bem-estar coletivo, deveria ter criado um requisito objetivo na fase de habilitação para a aferição do cumprimento dos direitos trabalhistas, uma vez que sua tutela é essencialmente matéria de interesse público. Para além, no momento da execução da Lei de Licitações, deve a administração primar pela prevalência do interesse público e, na atual dinâmica do procedimento licitatório, é nítido o descaso do administrador em relação à tutela trabalhista.

Nesse sentido (TST-E-RR-406547-1997-6):

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA —
ENTIDADE PÚBLICA — CONTRATO DE
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O sistema da terceirização de mão de obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio

(55) Os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço” ficaram limitados, de modo geral, às hipóteses de contrato cujo objeto refere-se a serviços de natureza predominantemente intelectual. Segundo Di Pietro (2009), a preferência do legislador pelo tipo “menor preço” foi tão escancarada que mesmo no tipo “melhor técnica”, é o critério do preço que prevalece sobre o da técnica.

desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará, evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isso evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem, mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. *Os arts. 27 a 56 da Lei n. 8.666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emergem claras as culpas “in eligendo” e “in vigilando” da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpas “in eligendo” e “in vigilando” na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isso, a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo à solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado n. 331 explicitado que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (art. 71 da Lei n. 8.666/93)” (grifo nosso).*

Como se pode perceber, o TST entende haver responsabilidade do tomador de serviços quanto aos débitos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada para a prestação de serviços, aplicando-se o mesmo entendimento à Administração Pública, apesar do disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.⁽⁵⁶⁾ Foi uma forma encontrada pela Justiça do Trabalho para sancionar a conduta culposa da Administração Pública na escolha e fiscalização amadoras realizadas no procedimento licitatório.

Nesse viés, é clara a Súmula n. 331 do TST:

IV – inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

Assim, age a administração com *culpa in eligendo* ao contratar uma empresa inidônea. E fere, claramente, o interesse público a conduta culposa da administração porque a sociedade brasileira acaba arcando com o prejuízo ocasionado por uma má seleção feita nos moldes do procedimento imposto pela Lei n. 8.666/93. A administração age com culpa tanto no momento de seleção do licitante mais vantajoso para o interesse público quanto durante a execução do contrato (*culpa in vigilando*), por ter a prerrogativa de fiscalizar, conforme

(56) Art. 71 – O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. (...)

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995) (grifo nosso) (BRASIL, 2009).

determina os arts. 58 e 67⁽⁵⁷⁾ da mesma lei. A conduta culposa da administração (*in casu* será tratada apenas a seleção do contratante e não a fiscalização), portanto, atinge diretamente o interesse público.

Deve, nesse sentido, a administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte do licitante vencedor por meio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS e instrumentos afins, que poderiam também ser averiguados no procedimento de seleção do licitante.

A boa administração, inclusive, é preceito contido no Princípio da Moralidade, que exige da administração comportamento, segundo Di Pietro⁽⁵⁸⁾, não apenas lícito, mas conforme a moral, bons costumes, princípios da justiça, equidade e honestidade. A licitação, conforme Cretella Júnior⁽⁵⁹⁾, restringe o arbítrio do administrador, afasta a ilegalidade e põe a salvo a moralidade pública.

E as questões suscitadas esbarram ainda no Princípio da Eficiência: a busca pela utilização racional dos recursos públicos. Foi incluído no *caput* do art. 37 pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998.

Em verdade, a ação da administração não pode mais desconsiderar, em nenhum momento, a eficiência — melhor utilização possível dos escassos recursos públicos — (...), mas deverá dar a mesma importância à eficácia — atingimento mais completo da meta colimada — e à efetividade, porque a

(57) Art. 58 – O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...)

III – fiscalizar-lhes a execução;

Art. 67 – A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição (BRASIL, 2009).

(58) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2009.

(59) CRETILLA JR., José. *Licitações e contratos do Estado*. 1999.

base sobre a qual se sustenta a própria razão de ser da Administração: o real atendimento das necessidades coletivas, enfim, do interesse público (...).⁽⁶⁰⁾

Conforme supracitado, o princípio da eficiência deve sempre ser conjugado com a efetividade do interesse tutelado. Nesse sentido, são os direitos trabalhistas parâmetros de efetividade a serem alcançados na licitação sob o ponto de vista teleológico do procedimento.

A acuidade da administração, inclusive, ao resguardar o cumprimento das obrigações trabalhistas no momento da habilitação, cumpriria o princípio da eficiência de duas formas: do ponto de vista patrimonial, poderá a administração assegurar uma contratação saudável, de forma a não ter de arcar com créditos trabalhistas futuros não pagos pelo licitante, uma vez que o Estado responde subsidiariamente, como já demonstrado, conforme o art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93; e, segundo, do ponto de vista moral, estará a Administração tutelando os direitos trabalhistas, definidos pela Constituição da República como espécies do gênero “direitos fundamentais”.

“A Constituição não é um simples ideário”.⁽⁶¹⁾ As normas jurídicas, ainda segundo o autor, não são conselhos, mas sim determinações. A Carta Constitucional brasileira estabelece comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos em prol da justiça social, “constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”.⁽⁶²⁾

Nesse aspecto, por óbvio, abstendo-se o Estado da responsabilidade de imprimir realização aos direitos trabalhistas insculpidos no texto constitucional, como no caso do procedimento licitatório em análise, é nítida a violação à Constituição e a todos os princípios que regem a atuação estatal em prol da coletividade.

(60) BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2005. p. 18.

(61) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. p. 11.

(62) *Ibidem*, p.12.

Ao prestigiar, em tese, o Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, da CR⁽⁶³⁾) no procedimento licitatório, o Estado claramente condiciona o interesse público perseguido pela Administração Pública ao capital, “precarizando” o trabalho e a mão de obra contratada por submeter-se, normalmente, ao tipo de licitação “menor preço”, como será exposto a seguir, negligenciando a postura da empresa contratada em relação aos seus empregados.

O Estado, ao atuar com negligência, torna-se agente de desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, além de tornar-se garantidor dos créditos trabalhistas, conforme entendimento consagrado na Súmula n. 331 do TST (Tribunal Superior do Trabalho),⁽⁶⁴⁾ empregando recursos públicos escassos que poderiam ser dirigidos à outra finalidade pública.

Entretanto, embora seja bem-vinda a alteração legislativa do art. 27 da Lei n. 8.666/93, bem como a edição de leis estaduais e municipais que prevejam a necessidade de comprovação da regularidade trabalhista no procedimento licitatório, basta uma interpretação conforme a Constituição para já se demandar o cumprimento das obrigações trabalhistas na fase de habilitação.

A Carta de 1988 autoriza essa concepção tanto do ponto de vista normativo, por prever expressamente um rol de direitos trabalhistas a ser tutelado, quanto do ponto de vista principiológico, tendência, inclusive, da moderna hermenêutica, por serem os princípios dotados de força normativa.

A despeito da tendência legalista da justiça comum no julgamento das questões relativas

(63) Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte: (grifo nosso) (BRASIL, 2009).

(64) Convém mencionar que a Súmula n. 331 do TST foi alvo de reclamação ajuizada no STF (Supremo Tribunal Federal) alegando afronta à autoridade da Súmula Vinculante n. 10, mas foi julgada improcedente.

ao tema, a concepção de máxima efetividade dos direitos fundamentais autoriza qualquer interpretação em prol do resgate da função teleológica trabalhista, sempre sustentada no bem-estar do trabalhador e na sua proteção contra as adversidades do mundo moderno.⁽⁶⁵⁾ Deveria o Estado, aliás, pautar-se nesse entendimento.

4. Considerações finais

A garantia primeira aos direitos trabalhistas consubstancia-se na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. O próprio § 1º do art. 5º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, entendendo-se como direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva,⁽⁶⁶⁾ os direitos individuais, coletivos sociais, de nacionalidade e políticos.

Ao adotar-se essa concepção, compreende-se que toda norma constitucional é dotada de aplicabilidade. São normas de dever-ser dotadas de eficácia jurídica, sendo, portanto, tais normas aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. “Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”⁽⁶⁷⁾

Como define Barroso,⁽⁶⁸⁾ José Afonso da Silva, ao analisar a capacidade de produção de efeitos das normas constitucionais, no entanto, esquivou-se da tarefa de avaliar se esses efeitos efetivamente se produzem. A efetividade seria o cumprimento efetivo do Direito pela sociedade, o desempenho concreto de sua função social.

Regra geral, a efetividade da norma dá-se pelo seu cumprimento espontâneo, uma vez que se o conteúdo da norma contraria o sentimento social e os padrões prevalentes na sociedade, ela fatalmente cairá em desuso ou dependerá da frequente utilização do aparato estatal. Nesse sentido, a efetividade será diretamente proporcional ao empenho do jurista para formular mecanismos técnicos aptos a prover as normas de efetividade e, simultaneamente, à determinação política do poder público em sobrepor-se à resistência.

No entanto, não se poderá falar em efetividade da norma constitucional trabalhista e, da mesma forma, em disseminação de um sentimento social voltado para o cumprimento do preceito constitucional protetor de direitos trabalhistas, enquanto se mantiver o Estado nessa inércia omissiva típica de uma ideologia liberalizante. A ausência de tutela estatal aos direitos trabalhistas na licitação é uma clara opção ideológica considerando que não tem havido interesse do capital em escancarar o fato, o que interfere diretamente na condução estatal da questão analisada.

O tema é, de fato, complexo pelas implicações interdisciplinares e histórico-ideológicas que comporta, o que está, inclusive, explícito na discussão do Projeto de Lei n. 7.077/2002. A confecção legislativa sempre refletirá o contexto histórico-social em que se insere e a Lei n. 8.666/93 não segue rota diferente. É nítido o reflexo da ideologia ultraliberalista,⁽⁶⁹⁾ marcante na década de 90, na feitura da lei, seguindo a linha de desprestígio do Direito do Trabalho, havendo um reposicionamento do Estado e de sua estrutura institucional.

Trata-se de um cenário rico e em processo de constituição, a ponto de suscitar esforços teóricos tão novos quanto o próprio cenário; de estimular estudos inter e transdisciplinares, em

(65) DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 176.

(66) SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 1998.

(67) BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2006. p. 82.

(68) BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2006.

(69) DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

especial um diálogo entre Direito Administrativo, Constitucional e do Trabalho, partindo do pressuposto de que o Direito é uno, embora seja caracterizado pela divisão em diversos ramos; de provocar a revisão de formas ou fórmulas tradicionais de interpretação, até então, dominantes em prol da efetividade de direitos: a máxima efetividade constitucional.

Bobbio, ao afirmar que “as normas constitucionais não são exatamente as regras do jogo, são, na verdade, regras preliminares que possibilitam o desenrolar do jogo”,⁽⁷⁰⁾ dá o tom da necessidade de se ter o cuidado no tratamento interpretativo da realidade. Especial ênfase deve ser dada quando se lida com definições legais e sua incorporação social: o procedimento licitatório, objeto de análise proposto, embora sistematizado em lei, não deve nunca abster-se da realidade, visando sempre atingir o interesse público em sua plenitude, nele incluída a tutela dos direitos trabalhistas. O que se pretende, utilizando-se analogicamente ao termo de Mauricio Godinho Delgado, é o “controle civilizador” da licitação.

5. Referências bibliográficas

AMORIM, Hélder Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

(70) BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 1992. p. 20.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.352 de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.077, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em: 30 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 406.547/97.6. Telecomunicações de Minas Gerais S. A. e Pedro Celestino de Paula. Relator: Vantuil Abdalla. Brasília, 25 de junho de 2001. Disponível em: <<http://http://www.tst.gov.br/>> Acesso em: 2 set. 2009.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CRETELLA JR., José. *Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Licitações e contratos do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANÇA, Junia Lessa; VASCONCELLO, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- HUNT, E.; SHERMAN, H. *História do pensamento econômico*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MINAS GERAIS. Constituição de 1989. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>> Acesso em: 30 ago. 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.
- REIS, Daniela Muradas. *Contributo ao direito internacional do trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho*. Doutorado (tese). UFMG, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2007
- SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e O Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 03-34, 1998.
- SÃO PAULO. Constituição de 1989. *Constituição do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>> Acesso em: 31 ago. 2009.
- SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução dos conflitos e acesso à justiça. In: *Revista RDT – Revista de Direito Trabalhista*, ano 13, n. 09, set. 2007. p. 10-19.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno tratado da nova competência trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Da reformulação do conceito de autos processuais no ambiente do processo eletrônico e suas consequências jurídicas

Wolney de Macedo Cordeiro^(*)

Resumo:

- ▶ A instituição do processo eletrônico traz modificações estruturais no processo, especialmente quanto aos institutos relacionados à essência dos autos processuais. Assim, o surgimento dos autos eletrônicos, bem mais do que uma mera ferramenta de dinamização do trâmite processual, representa a ruptura com os paradigmas vigentes, com efeitos diretos em temas como a juntada de documentos, a fluência de prazos sucessivos e a formação do agravo de instrumento e autos suplementares.

Palavras-Chave:

- ▶ Processo eletrônico — processo do trabalho — autos processuais — prazos — agravo de instrumento.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Das origens dos autos processuais e do impacto diante do surgimento do processo eletrônico
- ▶ 2. Sobre alguns institutos processuais construídos sob a ótica do conceito tradicional de autos
 - ▶ 2.1. Juntada e desentranhamento de documentos
 - ▶ 2.2. Da fluência de prazos sucessivos
 - ▶ 2.3. Da formação de instrumentos e autos suplementares
- ▶ 3. Da realidade dos autos processuais no processo eletrônico
- ▶ 4. Da fluência dos prazos processuais à luz dinâmica dos autos eletrônicos
- ▶ 5. Da desnecessidade de formação de autos suplementares, carta de sentença e instrumentos na perspectiva dos autos eletrônicos
- ▶ 6. Síntese conclusiva
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho da 13ª Região. Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Processual do Trabalho do UNIPÊ — Centro Universitário de João Pessoa e da ESMAT-13 — Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região. *E-mail*: wolney.cordeiro@uol.com.br.

1. Das origens dos autos processuais e do impacto diante do surgimento do processo eletrônico

O processo, desde sua racionalização a partir do século XIX, foi concebido como um conjunto de atos processuais destinados a obter a solução de uma pretensão resistida. Abstratamente, o direito processual construiu a ideia de que os atos processuais devem ser racional e logicamente concatenados, de forma a permitir a atuação ampla e transparente dos litigantes. A construção de institutos processuais permitiu a consolidação de uma ciência processual racional e cognoscível, baseada em premissas lógicas e afastada ao máximo do subjetivismo que norteou as formas de prestação jurisdicional durante muitos séculos.

A racionalidade do processo, entretanto, não se exterioriza apenas em relação à construção de institutos objetivos e categorizados, mas também no estabelecimento de métodos e procedimentos concretos visando ao desenvolvimento prático da prestação jurisdicional. Essa visão exacerbadamente racionalista do processo, embora tenha lhe conferido um caráter mais sistêmico e objetivo, acabou por pontificar e destacar, talvez em excesso, o formalismo. Nesse sentido, são as lições de Ovídio Baptista:

O problema fundamental é que o Direito Processual Civil, nascido, como se sabe, no seio do liberalismo europeu do século XIX, ressentido-se de graves equívocos e pressupostos ideológicos que o marcaram como defeitos congênitos, dentro os quais deve-se ressaltar as deformações causadas pelas correntes “formalistas” que tanto distanciaram o processo civil da realidade social, a ponto de imaginarem a possibilidade de existir um “mundo jurídico” desvinculado e independente do mundo social, no qual os conceitos jurídicos pudessem ser construídos como princípios, conceitos e fórmulas matemáticas que são universais, porque vazias de conteúdo. (2001. p. 7).

Embora partilhe das mesmas inquietudes do saudoso mestre gaúcho quanto ao excesso

do formalismo no processo, o fato é que essa onda racionalista teve o grande mérito de oferecer ao Estado um sistema lógico e adequado para a composição dos conflitos sociais. De certa forma, um conjunto de medidas formais acabou por tornar a forma de solução dos litígios mais transparente e objetiva.

Uma dessas medidas racionalizadoras da prestação jurisdicional foi a criação do conceito de autos processuais. Ora, se os atos processuais devem ser praticados dentro de limites temporais, observando uma determinada cronologia e permitindo o acesso e consulta dos litigantes, obviamente, é necessária criação de um receptáculo para armazenar, segundo essas demandas específicas, a prova da prática dos atos processuais. Nesse sentido, preleciona Cândido Rangel Dinamarco, *verbis*:

É indispensável perpetuar os atos processuais, para conhecimento futuro pelo próprio juiz da causa no momento de julgar ou de executar, pelas partes ao arrazoar, pelos tribunais a que forem endereçados os recursos eventualmente interpostos por estas, etc. Só se poderia pensar em um processo não documentado se na prática fosse possível realizá-lo em forma inteiramente oral, com tanta concentração que o julgamento se fizesse ainda no calor dos acontecimentos processuais e com todos eles nítidos na memória, e, ainda, sem a possibilidade de recursos a serem julgados por pessoas que não participaram da experiência. A manifesta impossibilidade desse processo assim célere e concentrado (...) tem por consequência a necessidade de perpetuar os atos. Os que, por escrito, se realizam são por natureza documentais e quanto a eles, basta que o escrivão certifique terem os escritos sido entregues em cartório, ali permanecendo. Os atos orais são documentados pelos auxiliares da Justiça encarregados da documentação processual, os quais atestam o ocorrido mediante declarações amparadas da relativa presunção de veracidade caracterizada como *fê-pública*... (2002. p. 501)

Dessa necessidade de organização e de sistematização dos atos surge a noção tradicional de autos processuais, destinados a armazenar as provas, os termos processuais e os arrazoados dos integrantes da relação processual. Considerando-se o fato de que a exteriorização dos atos processuais se opera por meio de documentos escritos, os autos do processo seguem as seguintes características: a) são registrados de forma sequenciada, ostentando numeração específica que os individualize; b) contemplam documentos, petições e termos na ordem cronológica determinada pela respectiva juntada promovida pelo serventuário da justiça, sem ou com prévia determinação do juízo; c) são únicos, ocorrendo situações de restrição parcial quanto às consultas e vistas; d) permitem desdobramentos excepcionais naquelas situações que exigem a prática de atos processuais em mais de um juízo.

As características acima descritas não se apresentam tão evidentes como se possa imaginar, pois são inerentes e essenciais à visão tradicional da expressão material dos atos processuais. Sendo assim, como nunca tivemos outro referencial para a categoria, os caracteres fundamentais dos autos não se apresentam perceptíveis. Ao desconhecermos um referencial diferente, não nos apercebemos de determinadas consequências oriundas dessa realidade fundamental. Nesse sentido, a estruturação tradicional conduz a certos efeitos que se revelam intimamente relacionados à própria tessitura dos autos processuais.

Como a realidade dos autos físicos era a única presente perante o direito processual, a ausência de outra referência acaba por impedir uma conduta sistêmica mais efetiva em relação aos seus atributos. Esse debate, por outro lado, não tem o viés exclusivamente acadêmico, conforme possa se pensar em uma análise mais descuidada. Com efeito, a inserção do processo eletrônico, por meio da Lei n. 11.419/2006 fez aflorar um novo paradigma de catalogação e documentação dos atos processuais, não mais

baseado na expressão material dos autos tradicionais, mas, sim, lastreado em uma diagramação digital fundada em bases eletrônicas independentes das bases físicas. Em outras palavras, a criação do processo eletrônico eliminou a exclusividade do paradigma encetado pelos autos processuais, fazendo com que alguns institutos mereçam uma maior reflexão por parte da doutrina.

É relevante ressaltar que a instituição de meios não escritos para armazenagem dos elementos tangíveis do processo não é apenas uma alteração de ferramenta, mas, sim, uma verdadeira revolução no modo de estruturar a lógica no processo. O avanço promovido pela Lei n. 11.419/2006, portanto, traz modificações ontológicas na forma de estruturar objetivamente o pensamento do operador do direito processual. Não se trata apenas da inserção de uma nova tecnologia na tramitação do processo, mas, sim, a criação de uma nova forma de visualizar o trâmite procedimental. Essa visão de um processo eletrônico atuando como agente de reformulação das práticas processuais, não é novidade entre os processualistas.

La incorporación a la forma de los procedimientos judiciales y arbitrales de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se caracterizará en definitiva, por una nota de relatividad, y ello en un doble sentido. De un lado, razones muy diversas determinarán que sea más idónea o adecuada la tramitación en forma electrónica de los procesos sobre ciertas clases de litigios. Por otro, la ley Del procedimiento impondrá las nuevas formas de comunicación en aquellas clases de actos procesales para cuyo fines resulten especialmente apropiadas, con lo que se incrementará la ya existente mezcla de formas en el procedimiento. (RAMOS, 2003. p. 270)

Ressalte-se que, costumeiramente, são inseridas novas tecnologias capazes de otimizar a forma de proceder à tramitação processual. Há bem pouco tempo, os termos processuais

eram datilografados, com a utilização de precárias máquinas de escrever mecânicas, capazes de gerar uma única cópia do documento produzido. Como forma de otimizar o serviço e produzir mais de uma cópia dos termos, utilizava-se o papel-caborno — peça indispensável nas Secretarias e Cartórios do Poder Judiciário. A inserção de computadores nos serviços administrativos dos órgãos jurisdicionais possibilitou uma otimização dos trabalhos forenses, mediante a possibilidade, quase infinita, de reproduzir, modificar, duplicar, editar e imprimir os documentos oficiais.

Observa-se que a inserção dessa tecnologia, embora tenha representado uma melhoria significativa nas rotinas empreendidas pelos servidores do Poder Judiciário, não representou a alteração de uma estrutura básica do processo brasileiro. Em outras palavras, os termos processuais, fossem eles datilografados pela secular máquina de escrever ou produzidos por uma impressora de última geração, eram conduzidos aos autos processuais da mesma forma. Vê-se, portanto, que a utilização de ferramentas de informática não contribuiu, em nada, para a modificação da essência do trâmite processual tradicional.

O exemplo acima descrito não é único, pois inúmeros avanços científicos acabam por influenciar, de forma decisiva, a prestação jurisdicional. Assim, a popularização dos exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, a utilização da teleconferência nas instruções processuais, o envio de petições por intermédio de aparelhos de fac-símile (Lei n. 9.800/1999) são facilidades modernas utilizadas de maneira adequada na modernização do trâmite processual. Todas elas, entretanto, repercutiram em aspectos externos e não essenciais ao fluxo processual, pois mantiveram o conceito tradicional de autos processuais físicos, únicos e sequenciados.

A inserção do processo eletrônico, entretanto, aniquilou por completo a noção de autos processuais físicos. A popularização e a massificação do processo eletrônico, portanto,

significará a eliminação dos volumes e amontoados de papéis, acondicionados de maneira inadequada dentro de um cartonado com duas perfurações. Os autos, portanto, deixam de ser fisicamente materializados, permitindo a flexibilização e, às vezes, a eliminação de certas características tradicionais. Como veremos adiante, essas modificações não se resumem ao plano da estética, ingressando, também nas entranhas do processo.

2. Sobre alguns institutos processuais construídos sob a ótica do conceito tradicional de autos

Conforme descrito no item anterior, a inexistência de um paradigma anterior aos autos processuais físicos impede a visualização concreta de seus reflexos nos institutos processuais vigentes. Assim, algumas características do processo, mesmo sem que percebamos de forma adequada, têm sua existência vinculada, de forma essencial, às características tradicionais dos autos processuais.

Tendo em vista as dimensões do presente trabalho elenco os seguintes institutos processuais dotados de existência vinculada às características dos autos físicos: a) juntada e desentranhamento de documentos e petições; b) fluência de prazos sucessivos; c) formação de instrumentos e autos suplementares.

Passemos à análise dos institutos elencados.

2.1. Juntada e desentranhamento de documentos

Os autos processuais foram concebidos como forma de organizar, cronologicamente, a documentação da prática dos atos processuais, bem como para permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, a inserção de novas peças aos autos é ato solene e documentado (CPC, art. 168), muito embora se insira no âmbito dos atos ordinatórios passíveis de delegação aos serventuários da Justiça (CF, art. 93, XIV; CPC, art. 162, § 4º). Da mesma forma, a extração ou desentranhamento de peças dos autos do processo apresenta-se como

ato dotado de requisitos formais para sua integração (CPC, art. 195, § 2º; CLT, art. 780).

Essa preocupação com o ingresso e a saída de elementos dos autos não é apenas um atributo de índole formal, mas, sim, uma construção necessária à garantia do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, o direito processual moderno consagrou a tese de restrição cognitiva ao conteúdo dos autos, ou seja, de limitação à utilização de elementos estranhos aos autos, derivando na vetusta parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Muito embora, modernamente, esse princípio sofra limitações, é fato que a atuação jurisdicional, em regra, limita-se ao conteúdo explicitamente existente no caderno processual.

O aporte de documentos aos autos, entretanto, não é automático, dependendo da atuação de um serviço de protocolo individual de cada unidade jurisdicional ou centralizado, como no caso dos Tribunais e de alguns Fóruns. Estabelece-se, portanto, um lapso temporal entre o ingresso dos elementos no serviço de protocolo e o aporte ao processo. É possível, por conseguinte, que as petições ou documentos trazidos pelas partes jamais cheguem efetivamente aos autos processuais, embora tenham sido protocolizados. Essa ausência poderá ocorrer por diversos motivos: descabimento da postulação, negativa jurisdicional de juntada ou extemporaneidade da prática do ato processual⁽¹⁾.

(1) Os incidentes relativos aos protocolos e às juntadas de documentos aos autos, muitas vezes são fundamentais na análise dos pressupostos recursais extrínsecos, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê dos arestos abaixo transcritos:

1. Recurso via fac-símile enviado a esta Corte dentro do prazo legal. Originais apresentados equivocadamente perante o Superior Tribunal de Justiça e recebido neste Supremo Tribunal somente após o trânsito em julgado da decisão embargada. 2. Levando-se em conta que o protocolo que efetivamente conta para a verificação do prazo é o da Secretaria desta Corte, revelam-se, portanto, intempestivos os presentes declaratórios. Precedentes. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (AI 666642 AgR-ED, Relator(a): Min^a Ellen Gracie (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 14.4.2008, DJe – 117 – Divulg. 26.6.2008 – Public. 27.6.2008 – Ement. Vol. 02325-12 – p. 02440).

Em tais situações, a ausência do efetivo ingresso dos elementos processuais impede a ocorrência dos efeitos específicos da juntada, até porque, não houve a publicidade necessária. É lógico que os efeitos da juntada de documentos são mais sensíveis no âmbito do direito processual civil, onde o início da fluência dos prazos processuais, em grande parte dos casos, depende diretamente daquela formalidade processual.

A necessidade formal da juntada de documentos e de petições ainda gera efeitos diretos na cronologia da prática de atos processuais. Como existe um lapso entre a protocolização e a efetiva juntada, pode acontecer, hipoteticamente, uma divergência cronológica entre os elementos produzidos. Imaginemos o seguinte exemplo: determinada parte remete petição a um órgão jurisdicional por meio de fac-símile, sendo a referida peça recebida e juntada aos autos no mesmo dia. Na mesma data, o outro litigante também protocoliza uma petição, inclusive em horário anterior ao do seu contendor. Considerando a natural burocracia proveniente dos setores de protocolo centralizado, é possível que essa petição só venha a ser juntada aos autos alguns dias após o seu ingresso perante os órgãos do Poder Judiciário. No final, portanto, do ponto de vista dos autos processuais, a petição remetida por meio de fac-símile será cronologicamente mais antiga do que a petição protocolizada da forma tradicional, embora, levando em consideração das datas de produção dos documentos, isso não reflita a realidade.

O mesmo debate se trava quanto aos desentranhamentos de elementos processuais.

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso extraordinário. Protocolo ilegível. Súmula n. 288/STF. Precedentes. 3. Tempestividade. Exame. Competência do Tribunal *ad quem*. 4. Juntada extemporânea. Desconsideração. Preclusão consumativa. Precedentes. 5. Agravo regimental que se nega provimento. (AI 686452 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 12.6.2008, DJe – 162 – Divulg. 28.8.2008 – Public. 29.8.2008 – Ement. Vol. 02330-10 – p. 01982)

A determinação de desentranhamento, proveniente do Juiz nas hipóteses reconhecidas legalmente, implica na total e absoluta eliminação dos documentos anteriormente existentes nos autos. Na realidade, ao se proceder à retirada de elementos processuais, apaga-se por completo o conteúdo dos documentos da realidade dos autos, remanescendo apenas as informações comprovando a realização do ato. Esse procedimento, diante da adoção do princípio da restrição cognitiva ao conteúdo dos autos, permite que haja uma eliminação total do conteúdo de documentos que, a despeito de ainda existirem formalmente, desaparecem do âmbito da atuação jurisdicional.

2.2. Da fluência de prazos sucessivos

O direito processual moderno foi edificado sobre algumas premissas incontornáveis, viabilizadoras de uma solução concreta e objetiva dos litígios apresentados à apreciação do Estado-juiz. Assim, as demandas são obrigatoriamente resolvidas pelos órgãos jurisdicionais, pois é vedada a prolação de comandos jurisdicionais *non liquet*, ou seja, declaratórios da impossibilidade de solução do litígio. Além do determinismo em relação à prestação jurisdicional, o processo moderno compartimentalizou, do ponto de vista temporal, a prática dos atos processuais, impondo aos participantes da relação processual prazos preconizados pelo ordenamento jurídico. Os prazos têm uma íntima ligação com as características atuais dos autos processuais, pois levam em consideração dois de seus atributos principais: a unicidade e a restrição da acessibilidade.

Conforme discorremos na primeira parte deste trabalho, os autos processuais são únicos e concentram todos os elementos necessários e suficientes para a prestação jurisdicional e para o exercício do direito de defesa e do contraditório. Assim, a concessão de prazos leva em consideração, na maioria dos casos, o acesso dos litigantes e do Juiz aos autos, sendo pacífica, no âmbito doutrinário e legal, a concessão de prazos comuns ou sucessivos e exclusivos dos ligantes. Nessa perspectiva, os prazos para a

apresentação de recursos, diante da sucumbência recíproca dos litigantes, são comuns, posto que contados da mesma forma para ambos os litigantes, gerando a indisponibilidade dos autos processuais, que permaneceram na Secretaria ou Cartório do órgão jurisdicional. Por outro lado, em algumas situações previstas em lei, o prazo, embora seja atribuído a ambos os litigantes, corre em momentos separados, em virtude da indisponibilidade dos autos. Tal fenômeno também se observa em relação ao julgador que, no trâmite dos prazos estipulados por lei, é o exclusivo detentor dos autos processuais.

Ora, todas essas limitações e regras atinentes aos prazos processuais têm sua existência justificada pelo acesso aos autos processuais. Caso não existissem as características fundamentais daquele instituto processual, certamente as regras seriam diversas.

2.3. Da formação de instrumentos e autos suplementares

Os tradicionais autos processuais são únicos e concentradores, com exclusividade, dos elementos necessários à prestação jurisdicional. Por serem monopolizadores do conteúdo procedimental, apresentam uma relação visual limitada e compartimentalizada. Assim, quando a atividade jurisdicional ultrapassa os limites de um único órgão jurisdicional, cria-se a necessidade de reprodução, mesmo que parcial, do conteúdo do caderno processual.

Várias situações são descritas em nosso ordenamento jurídico, onde é necessária a formação de peças suplementares, destinadas à apreciação dos elementos processuais por mais de um órgão do poder judiciário. Assim, no caso da execução provisória (CPC, art. 475-O; CLT, art. 899), do agravo de instrumento (CLT, art. 897, § 5º) e do agravo de petição (CLT, art. 897, § 3º), a necessidade de tramitação simultânea do processo em diversos órgãos jurisdicionais de graus diferentes exige a formação de autos suplementares, cartas de sentença ou mesmo instrumentos.

Essas situações não decorrem de uma mera exigência formal do legislador, mas, sim, de uma exigência de ordem prática. Se os autos são únicos, não é possível desenvolver-se atividade jurisdicional plural sem a duplicação de alguns elementos já inseridos.

3. Da realidade dos autos processuais no processo eletrônico

O surgimento do processo eletrônico, por meio da Lei n. 11.419/2006 representou uma grande revolução na visão tradicional do conceito de autos processuais. A referida norma jurídica passou a admitir a utilização, total ou parcial, de meios eletrônicos para a armazenagem dos atos e termos processuais (arts. 1º, 8º, 12). Sendo assim, em se adotando uma tramitação integral por meios eletrônicos, os autos passam a ser intangíveis do ponto de vista físico, pois se resumiram a dados lógicos codificados por meios de *softwares* específicos.

A forma escrita, após a adoção integral da tramitação eletrônica do processo, deixa de existir para os autos do processo, conduzindo a alterações fundamentais nas suas características intrínsecas. Dentro desta perspectiva ontológica, é possível destacar não apenas modificações de índole formal, mas, sim, estrutural na tramitação dos procedimentos. Em primeiro lugar, deve-se destacar o caráter ubíquo do processo eletrônico, pois, sendo integrado a um sistema de consulta, preferencialmente ligado à rede mundial de computadores (Lei n. 11.419/2006, art. 8º), os autos processuais podem ser acessados a qualquer momento, por qualquer das partes integrantes da relação processual, inclusive de forma simultânea.

Essa característica de ubiquidade dos autos só é possível na sua versão eletrônica, tendo em vista o modelo digital de armazenamento e de visualização dos elementos do processo. Nada impede que, ao mesmo tempo, autor, réu, representante do Ministério Público e Magistrado tenham acesso a todo o conteúdo dos autos, situação absolutamente impossível diante dos

autos tradicionais. Nesse sentido, destaca-se a lição de Cláudio Brandão:

O sistema de processo eletrônico deve estar igualmente disponível para o público permanentemente, o que vai provocar uma sensível mudança na dimensão temporal do processo, antes vinculado aos dias e aos horários de funcionamento das unidades judiciárias (dias úteis e em horários de expediente, art. 770, CLT). O tempo do processo passa a ser outro. O novo modelo, todos os dias e o dia todo, a parte terá acesso e os advogados, de qualquer lugar em que disponham de condições para utilizar um computador com acesso à *internet*, poderão praticar atos no processo. Sem dúvida que provocará uma substancial alteração na realidade dos fóruns. A ampla disponibilidade, portanto, é mais um dos princípios estruturantes do sistema. Isto se conclui pela circunstância de ser concebido em ambiente da *web* e pela regra prevista no art. 14 da LPE, ao mencionar que os sistemas deverão estar acessíveis ininterruptamente por meio da rede mundial de computadores, ao lado de haver estabelecido o conceito de horário útil para as 24 horas do dia (art. 10, § 1º) e derrogar, neste aspecto, o disposto no art. 770, CLT, que o limitava às 20h e aos dias úteis. (2009. p. 688).

Estando disponível às partes de forma ininterrupta, os autos eletrônicos ainda revelam a característica típica da aterritorialidade, pois, ao se inserirem no âmbito da rede mundial de computadores, o acesso poderá se operar em qualquer lugar, bastando que o usuário tenha ao seu dispor as ferramentas tecnológicas necessárias.

O nosso marco regulatório do processo eletrônico, entretanto, não se limita a promover um amplo e irrestrito acesso dos autos pelos atores processuais, mas também permite que exista uma interação direta com os elementos processuais. Nesse sentido, o peticionamento dos litigantes se opera de maneira direta, mediante

a utilização da rede mundial de computadores, conforme preceitua a Lei n. 11.419/2006, art. 10, *verbis*:

Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

Vê-se da redação acima transcrita que o processo eletrônico permite o contato direto dos litigantes com os autos processuais, tendo em vista a juntada coincidir com a protocolização das petições perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, nos autos eletrônicos, a juntada deixa de ser ato do serventuário, relegando-se aos litigantes a operação de inserção de novos elementos processuais. Desaparece, portanto, o hiato entre a protocolização dos documentos e sua efetiva juntada aos autos. Aflora aí uma verdadeira interação direta dos litigantes com os autos, situação inexistente na realidade anterior, onde a juntada significava o ato de inserção formal de novos elementos no processo.

A análise de tais características, mesmo que de forma sucinta, demonstra que a adoção dos autos eletrônicos não significa apenas uma facilitação

tecnológica de manuseio dos elementos processuais, mas, sim, uma modificação ontológica nos fundamentos procedimentais até então vigentes. Como as características dos autos tradicionais acabaram por influenciar, como expusemos anteriormente, a formatação de muitos institutos processuais, a adoção da modalidade eletrônica também influenciará a tessitura dos novos institutos, conforme veremos adiante.

4. Da fluência dos prazos processuais à luz dinâmica dos autos eletrônicos

Conforme afirmado anteriormente, a fluência dos prazos processuais guarda uma estreita ligação com as características dos autos. Tradicionalmente, a possibilidade de acessos aos autos determinava a modalidade de prazos concedidos aos litigantes, na medida em que, havendo necessidade de consulta, a solução justa seria a retenção na Secretaria. O processo do trabalho não dispõe de regra específica para o tema, mas em se tratando de prazos comuns, os autos permanecem indisponíveis para os litigantes⁽²⁾.

Nesse sentido, há determinadas situações preconizadas na norma jurídica (CLT, art. 879, § 2º), ou determinadas pelo Juiz em vista da particularidade do caso (CPC, art. 177), nas quais os prazos são concedidos para ambas as partes, todavia, de forma sucessiva. Isso significa dizer que, embora se atribua a ambos os litigantes a prática do mesmo ato processual, os prazos fluíram em momentos distintos. Obviamente, essa compartimentalização dos

(2) Ressalte-se que a determinação de retenção dos autos na Secretaria da Vara era regra preconizada na redação original do Código de Processo Civil, art. 40, § 2º. Recentemente, o mencionado dispositivo legal foi modificado para permitir a chamada carga rápida dos autos, *verbis*: “§ 2º Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão os seus procuradores retirar os autos, ressalvada a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 1 (uma) hora independentemente de ajuste”. Essa flexibilização, entretanto, não desnaturaliza o conteúdo principal da regra, ou seja, a indisponibilidade dos autos no caso de prazos comuns.

prazos ocorre devido à necessidade de consulta e acesso aos autos do processo. Ora, se as partes pudessem consultar de forma simultânea o conteúdo dos autos, desapareceria a única justificativa plausível para a concessão dos chamados prazos sucessivos.

Tomemos como exemplo, o já citado § 2º do art. 879 da CLT, que preconiza a possibilidade de o Juiz conceder prazo sucessivo de dez dias para os litigantes se pronunciarem sobre a conta homologada pelo Juízo. Nessa situação específica, a justificativa para o prolongamento do trâmite processual resume-se à necessidade do manuseio dos autos e das informações indispensáveis para a análise da conta elaborada pelo Juízo. Caso os litigantes tivessem amplo e irrestrito acesso aos autos do processo, desapareceria a justificativa fundamental para a concessão sucessiva de prazos.

O raciocínio utilizado para a hipótese acima tratada pode ser ampliado para outras situações típicas do cotidiano forense, que recomendariam a concessão de prazos sucessivos, como, por exemplo, a oportunização dos litigantes para falar sobre a juntada recíproca de documentos, a vista de laudo pericial apresentado, entre outras situações típicas.

A realidade dos autos eletrônicos traz consequências diretas nesse caso, pois desaparece o problema de acessibilidade, tendo em vista a característica fundamental da ubiquidade do processo eletrônico. Ora, se nessa modalidade de tramitação dos litigantes têm amplo e irrestrito acesso às informações processuais, desaparecerá, por completo, a exigência de ordem fática relacionada à concessão de prazos sucessivos.

Mesmo diante de regra legal preconizada pela CLT, art. 879, § 2º, a implantação do processo eletrônico, por representar um novo paradigma de estruturação procedimental, significa a completa eliminação dos prazos sucessivos. Essa adequação não decorre de razões estritamente teleológicas, mas também constitucionais. Com efeito, a concessão de prazo sucessivo,

no âmbito do processo eletrônico, implica no oferecimento de um tratamento privilegiado a outro segundo litigante beneficiário do prazo, pois, tendo acesso irrestrito aos autos processuais, disporá de mais prazo para a prática do mesmo ato determinado pelo Juiz. Essa esdrúxula situação afronta o próprio princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), pois importaria um tratamento nitidamente privilegiado para uma das partes.

5. Da desnecessidade de formação de autos suplementares, carta de sentença e instrumentos na perspectiva dos autos eletrônicos

De acordo com o que foi exposto nos itens anteriores, o caráter único dos autos processuais tradicionais impôs ao direito processual alguns desafios relacionados à tramitação simultânea do processo perante diversos órgãos jurisdicionais. Com efeito, é possível indicar diversas situações, relacionadas ao processo do trabalho, onde se faz a reprodução parcial do conteúdo dos autos: a) na execução provisória, com a formação de autos suplementares (CLT, art. 899, *caput*; CPC, art. 475-O, § 3º⁽³⁾); b) no agravo de instrumento (CLT, art. 897, § 5º); c) na carta de sentença ou instrumento do agravo de petição, na hipótese de execução de parcela incontroversa (CLT, art. 897, § 3º e § 8º).

As situações acima descritas demonstram a existência de uma necessidade comum — o

(3) Muito embora no cotidiano forense trabalhista persista o hábito de se utilizar da carta de sentença para se referir aos autos suplementares na execução provisória, o fato é que o direito processual não utiliza mais tal terminologia para designar o conjunto de documentos destinados a instruir o procedimento executório provisório. Como a Consolidação não regula de forma exaustiva o instituto da execução provisória, não existe qualquer justificativa para a manutenção do termo carta de sentença também da perspectiva trabalhista. Sobre o tema, vide o nosso *Manual de execução trabalhista* — aplicação ao processo do trabalho das Leis n. 11.232/2005 (Cumprimento da sentença) e n. 11.382/2006 (Execução de títulos extrajudiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 94 e ss.)

manuseio simultâneo dos autos processuais por instâncias jurisdicionais diversas. Obviamente, essa necessidade comum prende-se a causas diversas. Nesse sentido, a formação do agravo de instrumento é indispensável para que se possibilite o julgamento imediato do recurso principal trancado. No caso da execução provisória, a formação de autos suplementares decorre da possibilidade da prática de atos executórios que, certamente, exigiram a utilização de elementos constantes dos autos principais. Finalmente, no caso do agravo de petição, a replicação parcial justifica-se em função do aparelhamento da execução definitiva, eventualmente, conduzida perante o juízo de primeiro grau.

Também é imperioso destacar o fato de que, nas situações acima descritas, a omissão ou recusa na replicação dos autos, normalmente de responsabilidade dos litigantes, pode gerar efeitos diversos. No caso do agravo de instrumento, a deficiência na formação do instrumento conduz, de forma inexorável, ao não conhecimento do mencionado recurso (CLT, art. 897, § 5º). Nas demais hipóteses, a omissão da parte pode conduzir à limitação da prática dos atos executivos. De toda forma, verifica-se que a formação de autos suplementares, cartas de sentença e instrumentos apresenta consequências diretamente relacionadas à essência da prática dos atos processuais, não sendo, portanto, meras exigências formais da processualística.

Lamentável é, entretanto, a postura da processualística tradicional que acaba por privilegiar a forma do processo em detrimento do seu conteúdo. Com efeito, não são incomuns as construções doutrinárias e jurisprudenciais que acabam por valorizar os atributos extrínsecos e formais dos atos processuais, esquecendo-se da verdadeira e fundamental função do processo na sociedade. A forma estatuída pela norma processual visa o estabelecimento de uma relação processual justa e equilibrada, mas não pode significar o represamento e solidificação da

dinâmica de composição dos conflitos sociais. É nesse sentido, o escólio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Por consequência, mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo no fundamental expressão das concepções, sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental. (2009. p. 74-75).

De todo esse debate é possível extrair-se a conclusão de que as formalidades instituídas pelo ordenamento jurídico-processual apresentam uma significação própria, inerente à finalidade do ato a ser praticado. Logo, quando são formados atos suplementares, carta de sentenças e instrumentos, o objetivo central é possibilitar o manuseio simultâneo das informações necessárias à prestação jurisdicional.

Obviamente, a institucionalização do processo eletrônico implica em severas mudanças nesse em particular, pois desaparece, por completo, o problema de acesso aos autos. Com efeito, a característica ubíqua dessa modalidade de autos permite, conforme dito anteriormente, o acesso simultâneo do seu conteúdo pelos litigantes e órgãos jurisdicionais diversos, sem qualquer tipo de limitação. Dentro dessa visão de racionalidade e lógica, é possível afirmar a absoluta incompatibilidade do instituto dos autos suplementares e da carta de sentença na realidade do processo eletrônico.

Ora, na execução provisória do julgado e no cumprimento da parcela incontroversa na pendência de agravo de petição, a possibilidade de acesso aos autos eletrônicos, a partir de qualquer equipamento sugere a óbvia e inevitável desnecessidade de replicar o conteúdo do

caderno eletrônico. É suficiente, apenas, a viabilização do manuseio simultâneo dos documentos e atos processuais, medida meramente burocrática de gestão do sistema de informática jurisdicional.

Mais incisiva, entretanto, é a alteração relacionado ao agravo de instrumento. Conforme dito anteriormente, o nosso arcabouço normativo e jurisprudencial⁽⁴⁾ é extremamente rigoroso na exigência de formação do agravo de instrumento. Aliás, é característica marcante no processo do trabalho a impossibilidade de saneamento posterior na formação do instrumento (CLT, art. 897, § 5º), levando o agravante a redobrar a atenção no traslado das peças, sob pena de não obter a prestação jurisdicional pugnada.

Se em um primeiro momento as exigências relativas à formação do instrumento se apresentavam excessivamente rigorosas, pelos menos existe uma justificativa plausível, ou seja, a existência de elementos necessários para o julgamento do recurso principal trancado. A adoção da tramitação processual eletrônica, entretanto, faz desaparecer essa necessidade, na medida em que as características dos autos eletrônicos, conforme insistentemente temos afirmado, pressupõe o acesso integral, irrestrito e atemporal dos atos processuais. Nesse

(4) A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, por vezes, revela-se verdadeiramente *kafkiana* na apreciação da integralidade do instrumento de agravo. É que se vê, por exemplo, das seguintes Orientações Jurisprudenciais: "Orientação Jurisprudencial n. 285 do SDI-1 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. CARIMBO DO PROTOCOLO DO RECURSO ILEGÍVEL. INSERVÍVEL. O carimbo do protocolo da petição recursal constitui elemento indispensável para aferição da tempestividade do apelo, razão pela qual deverá estar legível, pois um dado ilegível é o mesmo que a inexistência do dado; Orientação Jurisprudencial n. 21 do SDI-1 (Transitória). AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. CERTIDÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 6/96 DO TST. Certidão do Regional afirmando que o AI está formado de acordo com IN n.6/96 do TST não confere autenticidade às peças". Esses exemplos demonstram, de forma clara e inequívoca, que a interposição do agravo de instrumento é muito mais uma questão de forma do que de mérito.

sentido, podemos concluir que o § 5º do art. 897 da CLT apresenta-se absolutamente incompatível com a realidade do processo eletrônico, bastando ao agravante protocolizar a petição recursal respectiva. A partir desse momento é responsabilidade do sistema informatizado de gestão processual o registro e o andamento respectivo dos autos, tendo em vista a ampla disponibilidade dos termos processuais e documentos.

6. Síntese conclusiva

Embora o marco normativo regulatório do processo eletrônico seja do ano de 2006, as nossas experiências com essa nova forma de tramitação processual são pontuais e residuais⁽⁵⁾. Ainda há um longo caminho no sentido de massificar essa forma de gestão dos atos processuais. A concepção do processo eletrônico, entretanto, não pode ser limitada à instalação de mais uma ferramenta tecnológica ao dispor do judiciário, mas, sim, de uma forma nova e revolucionária forma de visualizar o fenômeno processual.

Nesse sentido, as influências não são apenas extrínsecas, mas também fundamentais na construção da realidade processual. Uma dessas influências reflete-se na concepção dos autos processuais, que agora passam a ser intangíveis, atemporais e ubíquos. Tais características inovadoras mudam a tessitura de muitos atos processuais relevantes como a juntada e desentranhamento de documentos, a formação do agravo de instrumento, entre outros de extrema relevância da relação processual.

As mudanças dessas características fundamentais, portanto, impossibilitarão qualquer tentativa de adaptar os institutos processuais

(5) É relevante mencionar que, no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, o trabalho de informatização do trâmite processual já se encontra em larga escala, com a abrangência total de dois fóruns na Paraíba (João Pessoa e Santa Rita) até o momento. Os resultados relacionados com a dinâmica e a agilidade dos atos processuais revelam-se alvissareiros.

construídos em função autos tradicionais para a realidade do processo eletrônico. Urge, portanto, que sejam reconstruídos os institutos processuais, à luz das características fundamentais dos autos eletrônicos.

7. Referências bibliográficas

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Processo eletrônico na Justiça do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 662-714.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Manual de execução trabalhista — aplicação ao processo do trabalho das Leis n. 11.232/2005 (Cumprimento da sentença) e*

n. 11.382/2006 (Execução de títulos extrajudiciais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 02, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* — proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Manuel Ortells. Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano (prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales). In: *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 110, ano 28, p. 257-287.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A função do contrato no direito do trabalho

Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade Sandim^(*)

Resumo:

- ▶ Este estudo analisa a função social do contrato no âmbito do Direito do Trabalho, por meio da abordagem de temáticas interdisciplinares relacionadas principalmente com o Direito Constitucional e com o Direito Civil, a fim de buscar os contornos adequados do valor social do trabalho, da livre iniciativa e da função social da propriedade voltados à tutela da dignidade do trabalhador, mediante a concretização dos direitos sociais trabalhistas.

Palavras-Chave:

- ▶ Função social da propriedade — dignidade do trabalhador — função social do contrato de emprego.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breves considerações sobre elementos históricos do Direito do Trabalho
- ▶ 3. Dignidade do trabalhador como limite e tarefa
- ▶ 4. Valor social do trabalho, livre iniciativa e função social da propriedade
- ▶ 5. Função social do contrato
- ▶ 6. Função social do contrato de emprego
- ▶ 7. Função social da empresa
- ▶ 8. *Dumping* social
- ▶ 9. Considerações finais
- ▶ 10. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Epita-
ciolândia (AC). Pós-graduado *lato sensu* em Direito do
Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

1. Introdução

O objetivo do estudo em apreço consiste na análise da função social do contrato no âmbito do Direito do Trabalho por meio de uma interação principalmente com o Direito Constitucional e o Direito Civil.

A análise crítica da doutrina e do conjunto normativo pertinentes ao assunto visa à reflexão no tocante às peculiaridades da aplicação da função social do contrato na relação de emprego.

Inicialmente, foram traçados elementos concernentes a aspectos históricos do Direito do Trabalho e a sua conceituação, além da abordagem a respeito da dignidade do trabalhador.

Em seguida, foram tratadas temáticas atinentes ao valor social do trabalho, à livre iniciativa e à função social da propriedade, bem assim à função social do contrato de forma geral, com posterior verificação dos respectivos contornos no campo do contrato de emprego e na seara empresarial, além da breve menção à figura do *dumping* social.

Por fim, conclui-se a respeito do papel da função social na relação de emprego, como elemento de concretização da almejada justiça social.

2. Breves considerações sobre elementos históricos do Direito do Trabalho

A partir da segunda metade do século XVIII, a substituição do trabalho artesanal pelas máquinas e pelos sistemas de produção em larga escala marcou a revolução industrial dominada pela burguesia.

Na busca pelo lucro a qualquer custo, os detentores do capital estabeleciam jornadas de trabalho extenuantes, de até 19 (dezenove) horas, inclusive de mulheres e crianças, em condições degradantes, sem proteção à saúde do empregado que recebia salário ínfimo.

Os trabalhadores passam a resistir à opressão e a lutar por melhores condições de trabalho, por meio de paralisações das atividades e de

movimentos reivindicatórios associativos, o que provoca a intervenção do Estado.

Consequentemente, o Estado começa a regulamentar, ainda que timidamente, o trabalho subordinado, surgindo as primeiras medidas legais em benefício do empregado, que, no século XIX, resultam na formação do Direito do Trabalho.

Dessa maneira, constata-se que o Direito do Trabalho é resultado de uma conquista humana proveniente da luta por melhores condições trabalhistas, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a vedação à discriminação, bem assim de buscar a igualdade substancial do hipossuficiente por meio de uma efetiva proteção.

Diante do exposto, verifica-se que o surgimento do Direito do Trabalho está diretamente ligado à evolução da concepção de dignidade da pessoa humana no sentido de que o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, e não uma mercadoria, conforme ensinamentos de Kant.

Consequentemente, a dignidade do trabalhador constitui fundamento do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho pode ser definido a partir dos critérios subjetivo, objetivo e misto, ou seja, levando-se em conta os sujeitos envolvidos, a matéria (conteúdo) objeto de análise e os dois aspectos.

Por meio da adoção do critério misto, *Maurício Godinho Delgado* define o Direito do Trabalho da seguinte maneira:

O Direito Material do Trabalho, compreendendo o Direito individual e o Direito coletivo — e que tende a ser chamado, simplesmente, de *Direito do Trabalho*, no sentido lato —, pode, finalmente, ser definido como: *complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações*

coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.⁽¹⁾

3. Dignidade do trabalhador como limite e tarefa

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o anexo da Constituição e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, dentre outros instrumentos de origem internacional, dispõem sobre a tutela à dignidade da pessoa humana e ao trabalho digno vinculados aos direitos humanos.⁽²⁾

O trabalho é previsto no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica e financeira, vinculado diretamente à busca do pleno emprego e ao cumprimento da função social da propriedade, além de ser indicado como base da ordem social (arts. 1º, IV; 5º, XXIII; 170, *caput*, III, VIII; e 193, *caput*, da Constituição Federal).

Fixar um conceito de dignidade da pessoa humana implica uma tarefa árdua, e o reconhecimento imediato de que qualquer tentativa de conceituação representará uma versão reducionista da referida expressão, pois tal definição é resultado de uma constante construção no tempo e no espaço.

Não há uniformidade na doutrina a respeito da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana que é tratada de diversas formas: como

(1) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 49.

(2) O Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao sistema de direito positivo interno do Brasil pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992; o Pacto de Direitos Civis e Políticos ingressou no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992; e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a integrar a ordem jurídica nacional pelo Decreto n. 591 de 06 de julho de 1992.

valor, fundamento, princípio, necessidade e/ou direito subjetivo.⁽³⁾

A dignidade da pessoa humana, que também constitui fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica e financeira, corresponde à qualidade intrínseca e distintiva do ser humano caracterizada por um complexo de direitos e de deveres que devem ser observados pelo Estado e pela comunidade, visando assegurar condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁽⁴⁾

A dignidade apresenta dupla dimensão⁽⁵⁾, pois atua como limite e tarefa do Estado e da comunidade, compreendidos todos os entes privados e particulares, pois a sua concretização exige não só condutas omissivas no sentido de respeito ao complexo de direitos fundamentais do ser humano (dimensão negativa também denominada defensiva que constitui expressão de autonomia da pessoa), como também condutas positivas de caráter prestacional a fim de proporcionar aos indivíduos as condições

(3) Thereza Cristina Gosdal indica que “Autores há que, ao contrário dos anteriormente mencionados, entendem haver um direito à dignidade (embora não compreendam a dignidade exclusivamente como direito), o qual poderia demandar a satisfação de pretensões concretas. Luciane Cardoso está dentre estes autores, compreendendo que a teoria dos direitos humanos dos trabalhadores permite três enfoques principais destes (e da dignidade): como direito subjetivo, como necessidade e como princípio. Como direito subjetivo os direitos fundamentais concretizam-se em direitos fundamentais nos Estados nacionais, que pretendem efetividade e aplicabilidade. Como necessidades evidenciam a urgência do estabelecimento de padrões mínimos de trabalho digno no mundo, enfrentando os aspectos de desenvolvimento econômico das nações. Como princípios, compreendem direitos que têm caráter obrigatório mas permitem aplicação gradual, conforme a realidade fática de cada ordenamento jurídico”. GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. Tese (Doutorado em Direito) — Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 44.

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

(5) *Ibidem*, p. 114.

necessárias ao mínimo existencial e de gerar a inclusão social (dimensão positiva também reconhecida como protetiva, assistencial ou prestacional).

A proteção normativa destinada ao trabalhador exige o efetivo recebimento das parcelas contraprestativas como salário, adicionais, décimo terceiro salário, dentre outras, bem como a tutela da saúde também no ambiente do trabalho derivada da necessidade de um meio ambiente equilibrado e saudável, limitando o poder diretivo do empregador.

A partir do raciocínio acima indicado, destacam-se as relevantes e pertinentes colocações da magistrada, *Cinthia Maria da Fonseca Espada*:

(...) pode-se afirmar que a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho implica a necessidade de se proteger o trabalhador contra qualquer ato atentatório à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a inclusão social. (...) Independentemente de qualquer política pública, há necessidade de tutelar e, mais do que isto, dar efetividade ao direito de dignidade do trabalhador por meio da teoria dos princípios, como iniciativa do Poder Judiciário e dos juristas em geral. Com este objetivo, a postura crítica do intérprete e a utilização do princípio da proporcionalidade, com suas três parciais (adequação, necessidade, ponderação) são de suma importância.⁽⁶⁾

Diante do exposto, é inegável que a concretude da dignidade do trabalhador exige a eficácia social das normas previstas nos âmbitos nacional e internacional.

4. Valor social do trabalho, livre iniciativa e função social da propriedade

Os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa constituem fundamentos da República

(6) ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008. p. 96 e 113.

Federativa do Brasil (Constituição Federal, Título I, art. 1º, IV).

A Carta Magna ainda indica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica (art. 170) e o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193).

Para *Mauricio Godinho Delgado*, os princípios constitucionais afirmativos do trabalho são: o da valorização do trabalho, em especial do emprego; da justiça social; da submissão da propriedade à sua função socioambiental e da dignidade da pessoa humana.⁽⁷⁾

Rafael da Silva Marques entende que a “livre iniciativa pode ser conceituada como direito que todas as pessoas têm de se lançar no mercado por sua conta e risco”.⁽⁸⁾

O trabalho deve ser considerado um elemento essencial à dignidade da pessoa humana, exigindo a proteção estatal efetiva para que seja alcançada uma sociedade livre, justa e solidária.

O trabalho ligado diretamente aos direitos sociais e a livre iniciativa vinculada à liberdade e ao direito de propriedade devem ser considerados de forma a alcançar o equilíbrio nas relações de trabalho, sem a prevalência do aspecto econômico sobre o aspecto humano, ou seja, sem a precarização das condições de trabalho, pois, além de a Lei Maior também consagrar a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III), o trabalhador, que é responsável pela força produtiva e pela geração de riqueza, não pode ser visto como uma mercadoria, mas sim como sujeito de direitos, ao qual deve ser propiciada uma existência digna, já que a pessoa humana é um fim em si mesmo, e não um meio ao arbítrio de terceiros.

Eros Roberto Grau assevera que a livre iniciativa deve observar sua função social.⁽⁹⁾

(7) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 31, p. 23, 2006.

(8) MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007. p. 117.

(9) GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180.

Rafael da Silva Marques destaca com precisão a relação entre o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana:

O que é importante ressaltar aqui, ainda, é que, da forma como foi redigida a Carta de 1988, dando ênfase ao trabalho humano, quer como fundamento da República, quer como princípio-base da ordem econômica e da ordem social, não há como interpretar os dispositivos constitucionais sem, necessariamente, dar destaque ao trabalho humano, em suas mais variadas formas, se sobrepondo ele aos demais elementos ligados principalmente ao mercado, por se tratar, também, de elemento de dignidade da pessoa humana. Não se pode, com isso, desvalorizar-se e precarizar as relações de trabalho, pois isso geraria, por certo, um aumento das desigualdades sociais e prejudicaria a busca do pleno emprego, marginalizando boa parte da população economicamente ativa. O que deve ser feito, e isso cabe ao intérprete, é que quando este se deparar com alguma situação que diga respeito ao trabalho humano, a forma de se resolver o impasse é levando-se em conta que este mesmo trabalho tem um valor social, que é um elemento de dignidade da pessoa humana, a fim de fazer valer os fundamentos e objetivos fundamentais da República (arts. 1º e 3º) e os princípios da ordem econômica e social (arts. 170 e 193).⁽¹⁰⁾

Ainda sobre a temática em tela, *Rafael da Silva Marques* acrescenta o seguinte:

Ainda, a valorização do trabalho humano, não apenas importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como ocorreu no caso do Estado de Bem-Estar Social, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso o capital deixa de ser o centro dos debates econômicos, devendo-se voltar para o aspecto,

quem sabe subjetivo, da força produtiva humana. (...). A livre iniciativa, bem compreendida, além de reunir os alicerces e fundamentos da ordem econômica, também deita raízes nos direitos fundamentais. É daí que surge a observação de que as leis restritivas da livre-iniciativa, vale dizer, aquelas que asseguram o acesso de todos ao livre exercício de profissão ou ofício, devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como uma espécie de limite negativo ao legislador, fazendo valer o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Carta de 1988 (...).⁽¹¹⁾

Raimundo Simão de Melo indica que a garantia do direito de propriedade está associada ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), passando a figurar como interesse difuso da sociedade.⁽¹²⁾

Merecem destaque os incisos II, III e IV, do art. 186, da Constituição Federal, segundo os quais o cumprimento da função social da propriedade rural exige: a preservação do meio ambiente, o que inclui o do trabalho à luz do art. 200, VIII, e 225, da Carta Magna; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e o bem-estar dos trabalhadores.

A interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional voltada para a máxima concretização dos direitos fundamentais, mormente em decorrência dos comandos contidos nos arts. 1º, III e IV; 5º, XXIII, §§ 1º e 2º; 170, *caput*, III, VIII; 186, II, III e IV; e 193, *caput*; indica que o cumprimento da função social da propriedade, seja rural ou urbana, exige o respeito à legislação trabalhista.

O art. 1.228, § 1º, do Código Civil, estabelece que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais,

(10) MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007. p. 115-116.

(11) *Ibidem*, p. 116-117.

o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

O art. 184 da Constituição Federal estabelece que “compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social”.

João Humberto Cesário aborda a temática da função social da propriedade no âmbito das relações de trabalho da seguinte forma:

Vale dizer, portanto, que se a propriedade rural não é explorada de modo que favoreça o bem-estar dos trabalhadores, olvidando as disposições que regulam as relações de trabalho, não estará cumprindo com sua função social, ficando exposta até mesmo à desapropriação por parte da União para fins de reforma agrária.⁽¹³⁾

(12) Celso Antonio Pacheco Fiorillo identifica na Constituição Federal de 1988 uma série de direitos e garantias que assumem a natureza de interesses transindividuais de caráter difuso: o princípio da igualdade e a proibição do preconceito de origem, cor e raça (art. 5º, *caput* e XLII); a função social da propriedade (art. 170, III); a higiene e segurança do trabalho (art. 7º, XXII); a educação, incentivo à pesquisa e ao ensino científico e amparo à cultura (arts. 205, 216 e 219); o direito à saúde (arts. 196 a 200); o meio ambiente (art. 225; a proteção do consumidor (arts. 1º, IV; 5º, XXXII; 170, V e 48 do ADCT); a proteção ao patrimônio histórico, cultural e artístico e paisagístico; a tutela da família, da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226 a 230), entre outras. Muitos direitos outrora tidos como exclusivamente individuais, na ordem preconizada pela Constituição Federal de 1988, assumiram o caráter de transindividuais. É o que ocorre, por exemplo, com o direito de propriedade. Canonizado pela ideologia liberal-capitalista, sua garantia na Carta Magna atual está associada ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII), de sorte que passa a figurar como verdadeiro interesse da sociedade. SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 100-101.

(13) CESÁRIO, João Humberto. Breve estudo sobre o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 178.

O magistrado *João Humberto Cesário* pontifica que o cadastro administrativo de empregadores que reduzem trabalhadores à condição análoga à de escravo, usado como critério de financiamento público, está em consonância com os mais sagrados valores constitucionais (arts. 1º, II, III e IV, 3º, I e III, 170, *caput*, III e VIII), o que abrange a função social da propriedade.⁽¹⁴⁾

O Projeto de Emenda Constitucional (PEC n. 438/2001), em trâmite no Congresso Nacional, altera a redação do art. 243 da Carta Magna, para determinar a expropriação de glebas onde for localizada a exploração de trabalho escravo, nos seguintes termos:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas à reforma agrária, com o assentamento prioritário aos colonos que já trabalhavam na respectiva gleba, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e se reverterá, conforme o caso, em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados, no assentamento dos colonos que foram escravizados, no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle e prevenção e repressão ao crime de tráfico ou do trabalho escravo.

Desse modo, não obstante a atual possibilidade de desapropriação de glebas marcadas pela ocorrência de exploração de trabalho escravo, com base na conjugação dos arts. 184 e 186, II, III e IV, da Constituição Federal, o Projeto de Emenda Constitucional n. 438/2001 apresenta relevância, no sentido de tornar explícita a

(14) “Superando os Argumentos Contrários à Legalidade das Portarias n. 1234/2003 e n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e n. 1.150/2003 do Ministério da Integração Nacional”. *Ibidem*, p. 177-182.

respectiva situação jurídica, além de eliminar dúvidas a respeito da temática em apreço.

Merece reflexão a necessidade de adoção de mecanismos voltados ao efetivo cumprimento da função social da propriedade urbana, inclusive no tocante à observância dos direitos sociais trabalhistas. Aliás, a prática odiosa da redução do trabalhador à condição análoga à de escravo prevista no art. 149 do Código Penal não se restringe ao âmbito rural, já que também ocorre nos grandes centros.

5. Função social do contrato

A função social do contrato não encontra previsão expressa no texto constitucional. No entanto, a função social da propriedade consagrada nos arts. 5º, XXIII, 186, 182, § 2º e 170, III, da Carta Magna abrange ainda que de maneira implícita a função social do contrato, pois este constitui desdobramento da livre iniciativa, bem como instrumento de circulação de riquezas e de negócios jurídicos atinentes à propriedade.

O art. 421 do Código Civil preceitua que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por sua vez, o art. 422 do Código Civil dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O parágrafo único, do art. 2.035, do Código Civil estabelece que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Segundo *Humberto Theodoro*, a função social manifesta-se em dois níveis: a) intrínseco — vinculado às partes envolvidas, impondo-se o respeito recíproco; e b) extrínseco — voltado ao impacto do contrato na sociedade.⁽¹⁵⁾

A função social do contrato indica que o correlato instrumento de manifestação da vontade

(15) THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

está adstrito ao respeito entre as partes envolvidas e à tutela da coletividade, por meio da observância à satisfação do interesse social e à concretização da dignidade da pessoa humana, o que exige lealdade, boa-fé, ética, deveres de informação, confidencialidade, assistência, equilíbrio contratual, ausência de condutas abusivas e o bem comum nas tratativas, na execução e na extinção contratual.

Reale preleciona que a função social exige que o contrato seja “concluído em benefício dos contratantes, sem conflito com o interesse público”.⁽¹⁶⁾

Para *Ricardo Luis Lorenzetti*, “o contrato não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente o interesse dos contratantes”.⁽¹⁷⁾

A natureza da função social do contrato não é tratada com uniformidade pela doutrina, pois alguns a concebem como princípio, outros a indicam como cláusula, e há ainda aqueles que defendem a sua força principiológica sem prejuízo da caracterização como cláusula geral.⁽¹⁸⁾

(16) REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> Acesso em: 19 jan. 2009.

(17) “O Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 540.

(18) Rodrigo Trindade de Souza leciona que “A elevação do grau de importância outorgada à função social do contrato, leva autores como *Tartuce* a reconhecer a função social do contrato — e mesmo a função social da propriedade, raiz da primeira — como princípio geral do direito, equiparando-se aos grandes princípios da justiça, liberdade, igualdade e dignidade humana. Sem dúvida, é a característica de vaguidade e generalidade que faz a função social do contrato ser encarado como princípio ou cláusula geral. A vinculação entre cláusulas gerais e princípios é acentuada por *Martins-Costa*, a qual reconhece a distinção, mas também percebe que uma cláusula geral pode conter um princípio, como no caso da boa-fé. No mesmo sentido, leciona *Couto e Silva*, para quem o conteúdo das cláusulas gerais

As cláusulas gerais constituem preceitos normativos multissignificativos caracterizados por formas vagas e conteúdo indeterminado e aberto, de forma a possibilitar a evolução da atividade interpretativa e a progressividade da jurisprudência.

Para *Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona*, “a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”.⁽¹⁹⁾

Para os juristas acima citados, “a boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se com cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal”.⁽²⁰⁾

A violação ao postulado da função social do contrato pode propiciar ação indenizatória no caso de dano, além da possibilidade de sua invalidação por fraude à lei (art. 166, VI, do Código Civil), seja por provocação do indivíduo, do ente eventualmente lesado ou, ainda, pelo

podem ser encontrados em princípios constitucionais (...). A positivação do art. 421 pode muito bem ser encarada como passagem de um princípio, até então intuído do sistema, para uma forma expressa. Mas a afirmação de que se trata de cláusula geral permite, principalmente no meio hermeneuta mais conservador, que se alcance uma aplicabilidade mais efetiva e segura. A função social como cláusula geral ou princípio tem como característica o reenvio ao juiz de princípios jurídicos buscados no ordenamento, o que permite, por via indireta, a utilização de critérios metajurídicos. Assim, reconhecemos, com Martins-Costa, que a inovação contida no art. 421 do Código Civil é, concomitantemente, cláusula geral de modalidade restritiva da liberdade contratual e regulativa (em integração ao conceito do contrato) e também um princípio. SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. p. 116-117.

(19) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Tomo 1, v. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

(20) *Ibidem*, 44.

Ministério Público, quando configurada sua legitimidade para tanto.

Assim, prevalece o fenômeno da socialização do contrato concebido em uma perspectiva civil-constitucional, em detrimento da concepção individualista.

6. Função social do contrato de emprego

O art. 421 do Código Civil e as demais disposições normativas relativas à função social do contrato são aplicáveis no âmbito das relações de emprego, com base nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, os quais visam à igualdade real e, conseqüentemente, destinam-se à tutela da coletividade em consonância com os fundamentos históricos do referido ramo do direito, bem assim com esteio no art. 8º da CLT.

A função social tem aplicação no campo do Direito individual do trabalho e no âmbito do Direito coletivo do trabalho, pois os aspectos objetivos, nos dois casos, apresentam caráter contratual que vinculam os sujeitos envolvidos, embora cada situação contenha peculiaridades.

A função social do contrato de emprego indica que a autonomia privada está adstrita à tutela da coletividade, o que exige a preservação da dignidade do trabalhador e dos direitos humanos e fundamentais, bem assim a inexistência de condutas abusivas, nas tratativas, na execução e na extinção contratual.

No âmbito do Direito coletivo do trabalho, os pactos celebrados também devem observar a função social, o que exige a ausência de cláusulas que contrariem os interesses da coletividade.

Ao abordar a função social no Direito coletivo do trabalho, *Rodrigo Trindade de Souza* conclui:

A função social da convenção ou acordo coletivo deve ser retirada do atendimento aos interesses de duas ordens de coletividade: primeiramente, da integralidade da comunidade, observando-se todo o espaço nacional; segundo, os próprios representados pelo

sindicato. Com essa premissa, aclara-se que a função social do contrato, ou da negociação coletiva, também se apresenta pela contraposição entre valores coletivos e valores individuais (ainda que “coletivizados” pelo sindicato) como fator da liberdade de contratar. (...) Por efeito, o estabelecimento de cláusulas de convenções e acordos coletivos, ainda que livremente firmadas entre entidades representativas do capital e trabalho, mas contrárias aos interesses da coletividade — representada ou não — não podem ser consideradas como cumpridoras de sua função social.⁽²¹⁾

Dessa maneira, no âmbito da dispensa coletiva ou em massa, regida por princípios e regras do Direito coletivo do trabalho, é imprescindível a observância à função social da propriedade e à função social do contrato, razão pela qual deve ser fundada em justificativas econômicas, financeiras, técnicas ou estruturais, bem como precedida de negociação coletiva com a fixação de critérios objetivos.⁽²²⁾

(21) SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. p. 164.

(22) “(...) a dispensa coletiva deve ser justificada, apoiada em motivos comprovados de natureza técnica e econômicos e ainda, deve ser bilateral, precedida de negociação coletiva com o Sindicato, mediante adoção de critérios objetivos. É o que se extrai da interpretação sistemática da Carta Federal e da aplicação das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e dos princípios Internacionais constantes de Tratados e Convenções Internacionais, que embora não ratificados, têm força principiológica, máxime nas hipóteses em que o Brasil participa como membro do organismo internacional como é o caso da OIT. Note-se que o constituinte idealizou uma sociedade justa fraterna e solidária, comprometida com a democracia e com os direitos sociais. Assim, é no contexto dos valores, princípios e regras constitucionais que a despedida coletiva encontra limites. Com efeito, o preâmbulo e o art. 1º, da Carta Federal e, elencam os valores constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, que têm força normativa, e que comandam a observância da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Portanto, a livre iniciativa deve ser exercida de acordo com referidos ditames. Daí os imperativos da função social da propriedade, nela incluída a função social dos meios de produção ou da empresa, retratada

Impende ressaltar a existência de entendimento no sentido de que mesmo a dispensa coletiva estaria inserida no direito potestativo do empregador como a despedida individual, inclusive devido à inexistência de restrições legais.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região decidiu em sede de dissídio coletivo de greve que a empresa, no caso de dispensa coletiva, deve adotar a negociação coletiva com a estipulação de medidas progressivas e de critérios objetivos de menor impacto social, na seguinte ordem cronológica: adoção de plano de demissão voluntária, aproveitamento de empregados para outras unidades do grupo econômico, redução de jornada de trabalho e salarial, suspensão do contrato de trabalho com capacitação e requalificação profissional na forma da lei e, quando inevitável, a distribuição da despedida no tempo, de forma a alcançar preferencialmente os trabalhadores em vias de aposentação e aqueles detentores de menores encargos familiares.⁽²³⁾

Entretanto, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão divulgado no dia 4.9.2009, por maioria, decidiu não ser abusiva a dispensa

nas diretivas da função sócio-ambiental-tecnológica da empresa (arts. 1º, III, IV e 170, *caput* e inciso III, CF) e, da democracia na relação trabalho-capital ao assegurar voz a voto aos trabalhadores nas decisões que lhes afetam (Convenções Internacionais da OIT ns. 98, 135 e 154 e Recomendação n. 163, da OIT, ratificadas pelo Brasil e art. 7º, XXVI, art. 8º, II e VI, arts. 10 e 11, CF). Os fatos apurados nos autos revelam que os atos praticados pela empresa são ofensivos aos valores, princípios e regras constitucionais e legais, eis que descompromissados com a democracia na relação trabalho-capital, com os valores humanos fundamentais e com a função social da empresa. Isto porque a empresa procedeu à dispensa coletiva de cerca de 1.500 trabalhadores, sendo 60 na unidade fabril de Osasco (400 trabalhadores no dia 15.12.2008 e 150 no dia 17.12.2008, data de início da greve), 700 trabalhadores na unidade de Hortolândia; e 250 na unidade de Cruzeiro”. Processo TRT/SP – SDC n. 20281.2008.000.02.00-1. In: MELO, Raimundo Simão de. *Processo coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 292.

(23) *Idem*.

coletiva de empregados, no sentido da jurisprudência até então pacífica no âmbito da referida corte, fixando, contudo, de forma inovadora, a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores.⁽²⁴⁾

(24) “Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea — sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada — é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais de um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade

José Cláudio Monteiro de Brito Filho define trabalho decente como aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador necessários à preservação de sua dignidade, compreendendo a existência de trabalho, a liberdade de trabalho, a igualdade no trabalho, remuneração justa, preservação da saúde e da segurança, a proibição do trabalho infantil, a liberdade sindical e a proteção contra os riscos sociais.⁽²⁵⁾

e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que *a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores*. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que — a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores —, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. Processo: RODC – 309/2009-000-15-00.4 Data de Julgamento: 10.8.2009, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Divulgação: DEJT 4.9.2009". Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp#topoPage>> Acesso em: 9 nov. 2009.

(25) BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (Coord.). *Trabalho escravo*

O respeito aos direitos humanos e fundamentais nas relações de trabalho, como manifestação da almejada igualdade real, deve ser observado como parâmetro a fim de que seja verificado o cumprimento da função social do contrato de forma a preservar a dignidade da pessoa humana inerente ao trabalhador.⁽²⁶⁾

Assim, a observância à função social do contrato no âmbito do Direito do Trabalho passa pela celebração de pactos conforme os fins almejados pela sociedade, sem condutas lesivas aos sujeitos envolvidos e à coletividade, de forma a concretizar a justiça no campo contratual e, conseqüentemente, obter a justiça social, o que exige a erradicação do trabalho escravo, a eliminação do trabalho infantil e de toda forma de discriminação, o combate às fraudes nas relações trabalhistas e aos atos antissindicais, além de outras medidas voltadas sempre para o respeito aos direitos humanos e fundamentais.

7. Função social da empresa

A atividade empresarial como manifestação da livre iniciativa também está sujeita logicamente aos limites voltados à tutela da sociedade que são consubstanciados em sua função social, a qual está diretamente ligada à função social da propriedade e à função social do contrato, inclusive no âmbito da relação de emprego.

Rodrigo Trindade de Souza indica a imprescindibilidade de atuação da empresa na valorização do trabalho humano, senão vejamos:

A empresa, compreendida como concretização da iniciativa privada, somente receberá tutela jurídica quando atuar em favor de seus empregados, valorizando o trabalho humano. Nesse sentido, compreende *Dallegrave* que, como forma de combater o desemprego estrutural, a função social da empresa deve

contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006. p. 126.

(26) SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. O Bloco de Constitucionalidade e os direitos humanos nas relações de trabalho. In: *Suplemento Trabalhista*, 032/09, ano 45. São Paulo: LTr, 2009. p. 166.

ser formada na atuação para concreção dos valores constitucionais do trabalho: o cumprimento integral dos direitos trabalhistas (art. 7º), política de geração de pleno emprego (art. 170, VIII) e procurando evitar, na medida do possível, a substituição do trabalhador pelos agentes de automação (art. 7º, XXVII).⁽²⁷⁾

O projeto de Lei n. 6.960 de 2002 em trâmite no Congresso Nacional visa à inclusão de um segundo parágrafo no art. 966 do Código Civil, nos seguintes termos:

O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Não obstante a relevância de eventual revisão na legislação civil a respeito da temática em apreço por ratificar o espírito do Código Civil de 2002 e sedimentar tal instituto, os dispositivos atinentes à função social da propriedade e à função social do contrato já consagram de forma implícita a função social da atividade de empresário.

O Projeto de Lei n. 7.077/2002, em trâmite no Congresso Nacional, trata da instituição da certidão negativa de débitos trabalhistas como exigência para participação em licitações públicas e recebimento de créditos por meio de financiamentos públicos.

Por fim, no campo da responsabilidade social da empresa, é interessante destacar os apontamentos de *José Pedro dos Reis* e *Raquel Pinto Trindade*:

Nesta concepção de responsabilidade social em toda cadeia de produção, é importante fazer referência de que nessa cadeia produtiva estão incluídas montadoras, que são as grandes compradoras do produto das indústrias metalúrgicas e siderúrgicas, para as quais há a AS 8000, certificação sobre Responsabilidade Social, que especifica os requisitos que

(27) SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. p. 138.

possibilitam uma empresa: “... desenvolver, manter e executar políticas e procedimentos com o objetivo de gerenciar temas de responsabilidade social aos quais ela possa controlar ou influenciar, devendo esses requisitos ser aplicados universalmente em relação à localização geográfica, ao setor da indústria e ao tamanho da empresa. A Norma AS 8000 é clara na visão ampliada do conceito de Gestão da Saúde e Segurança no Trabalho, incluindo, de forma inseparável e obrigatória, o controle dos fornecedores e, quando apropriado, dos subfornecedores”.⁽²⁸⁾

8. Dumping social

O *dumping* social é caracterizado pela conduta no sentido de descumprimento de direitos sociais, abrangendo trabalhistas e previdenciários, como forma de auferir maiores competitividade e lucros, mediante concorrência desleal, o que pode ocorrer nos âmbitos nacional e internacional, com variedade de dimensões.

A figura do *dumping* social por si só desrespeita os direitos humanos e fundamentais do trabalhador e contraria o interesse da coletividade, o que é suficiente para concluir que a sua ocorrência viola o preceito da função social do contrato.

A respeito do tema, Valerio de Oliveira Mazzuoli indica o seguinte:

O *dumping* social seria, assim, a prática de certos Estados em explorar o trabalhador, desrespeitando padrões trabalhistas mínimos, a fim de conseguir competitividade no mercado internacional na produção de bens a custo final muito mais baixo do que o normal. Tem como característica a diminuição dos custos de produção no país de exportação, incentivada pelos baixos salários (ou até mesmo pela mão de obra escrava,

(28) REIS, José Pedro dos; e TRINDADE, Raquel Pinto. Degradação ambiental e humana — O trabalho escravo nas carvoarias. In: VELLOSO, Gabriel et al. (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 112-113.

semi-escrava ou infantil) e pela falta de assistência social ao trabalhador. Dessa forma, as exportações de tais países aumentariam (fazendo aumentar a concorrência desleal no comércio internacional) em decorrência desses baixos custos de produção.⁽²⁹⁾

O enunciado n. 4 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho dispõe o seguinte no que tange ao assunto:

4. “**DUMPING SOCIAL**”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “*dumping* social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 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 uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os arts. 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Verifica-se, na seara da Justiça do Trabalho, a existência de condenação de empregador ao pagamento de indenização por *dumping* social, em decorrência da redução do custo de produção a partir do descumprimento de normas trabalhistas, o que gera concorrência desleal e danos à sociedade (acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, conforme notícia divulgada no sítio eletrônico da referida corte).⁽³⁰⁾

(29) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 885-886.

(30) “Empresa terá que indenizar trabalhador pela prática de *dumping* social (8.10.2009). Confirmando sentença, 4ª Turma do TRT-MG manteve a condenação de uma empresa pela prática de *dumping* social (produção de mercadorias mais baratas com a exploração

9. Considerações finais

O surgimento do Direito do Trabalho está diretamente ligado à evolução da concepção de dignidade da pessoa humana no sentido de que o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, e não uma mercadoria.

Logo, é inegável que a dignidade da pessoa humana corresponda a fundamento do Direito do Trabalho, razão pela qual o referido ramo do direito não pode ser desvirtuado, de forma a permitir a precarização das relações de trabalho e o tratamento degradante do trabalhador.

Dessa forma, o trabalho constitui elemento essencial à dignidade da pessoa humana, razão

da mão de obra adquirida a baixos custos, através da utilização de formas precárias de trabalho, em desrespeito às normas trabalhistas, gerando concorrência desleal e danos à sociedade). Na avaliação dos julgadores, as repetidas tentativas da reclamada de burlar a legislação trabalhista caracterizam a prática do *dumping* social. De acordo com dados do processo, foram julgados, desde 2008, cerca de 20 ações propostas contra a empresa, todas reclamando horas extras não pagas. E ainda ficou demonstrado o cumprimento de jornada extraordinária além da 10ª hora diária, sendo que a empresa apresenta alto risco de acidentes e condições ergonômicas inadequadas para os trabalhadores. O relator do recurso, desembargador Júlio Bernardo do Carmo, explicou que está caracterizado o *dumping* social quando “a empresa, por meio da burla na legislação trabalhista, acaba por obter vantagens indevidas, através da redução do custo da produção, o que acarreta um maior lucro nas vendas”. Na visão do desembargador, essa prática precisa ser combatida pelo Judiciário trabalhista, porque constitui ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais. Em relação a esse tema, o magistrado citou o Enunciado n. 4, aprovado, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no final de 2007. Com base nesse Enunciado, o desembargador esclareceu que o fundamento legal para impor ao agressor reincidente uma indenização suplementar pela prática de *dumping* social está no art. 404, parágrafo único, do Código Civil. Nesse contexto, a Turma considerou adequada a indenização fixada pelo juiz de 1º grau, no valor de R\$ 500,00, a ser paga pela empresa em parcela única, em favor do reclamante, como forma de punição pela prática do *dumping* social. (RO n. 00866-2009-063-03-00-3). Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3071&p_cod_area_noticia=ACS> Acesso em: 23 out. 2009.

pela qual deve ser objeto de efetiva proteção estatal para que seja alcançada uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, se o Direito do Trabalho tem sua origem justamente na necessidade de imposição de condições dignas de trabalho, logicamente, deve servir como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, o que depende da concretização dos direitos sociais trabalhistas, a fim de que seja obtida a igualdade material por meio da melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, evidenciando ser inerente ao respectivo ramo do direito o caráter distributivo e a sua função social.

A função social da propriedade consagrada nos arts. 5º, XXIII, 186, 182, § 2º e 170, III, da Carta Magna abrange ainda que de maneira implícita a função social do contrato que não encontra previsão expressa no texto constitucional.

O trabalho ligado diretamente aos direitos sociais e a livre iniciativa vinculada à liberdade e ao direito de propriedade devem ser considerados de forma a alcançar o equilíbrio nas relações de trabalho, sem a prevalência do aspecto econômico sobre o aspecto humano, ou seja, sem a precarização das condições de trabalho, pois, além de a Lei Maior também consagrar a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III), o trabalhador, que é responsável pela força produtiva e pela geração de riqueza, não pode ser visto como uma mercadoria, mas sim como sujeito de direitos, ao qual deve ser propiciada uma existência digna, já que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio ao arbítrio de terceiros.

Merecem destaque os incisos II, III e IV, do art. 186, da Constituição Federal, segundo os quais o cumprimento da função social da propriedade rural exige: a preservação do meio ambiente, o que inclui o do trabalho à luz do art. 200, VIII, e 225, da Carta Magna; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e o bem-estar dos trabalhadores.

A interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional voltada para a máxima

concretização dos direitos fundamentais — mormente em decorrência dos comandos contidos nos arts. 1º, III e IV; 5º, XXIII, § 1º e § 2º; 170, *caput*, III, VIII; 186, II, III e IV; e 193, *caput* — indica que o cumprimento da função social da propriedade, seja rural ou urbana, exige o respeito à legislação trabalhista.

A função social do contrato indica que o correlato instrumento de manifestação da vontade está adstrito ao respeito entre as partes envolvidas e à tutela da coletividade, por meio da observância à satisfação do interesse social e à concretização da dignidade da pessoa humana, o que exige lealdade, boa-fé, ética, deveres de informação, confidencialidade, assistência, equilíbrio contratual, ausência de condutas abusivas e o bem comum nas tratativas, na execução e na extinção contratual.

O art. 421 do Código Civil e as demais disposições normativas relativas à função social do contrato são aplicáveis no âmbito das relações de emprego, com base nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, os quais visam à igualdade real e, conseqüentemente, destinam-se à tutela da coletividade em consonância com os fundamentos históricos do referido ramo do direito, bem assim com esteio no art. 8º da CLT.

A função social no âmbito do Direito do Trabalho individual e coletivo indica que a autonomia privada está adstrita à tutela da sociedade, o que exige a preservação da dignidade do trabalhador e dos direitos humanos e fundamentais, bem assim a inexistência de condutas abusivas, nas tratativas, na execução e na extinção no tocante ao contrato de emprego.

Assim, a observância à função social no âmbito do Direito do Trabalho passa pela celebração de contratos, conforme os fins almejados pela sociedade, sem condutas lesivas aos sujeitos envolvidos e à coletividade, de forma a concretizar a justiça no campo contratual e, conseqüentemente, obter a justiça social, o que exige a erradicação do trabalho escravo, a eliminação

do trabalho infantil e de toda forma de discriminação, o combate às fraudes nas relações trabalhistas e aos atos antissindiciais caracterizados pela violação à liberdade sindical, além de outras medidas voltadas para o respeito aos direitos humanos e fundamentais, bem assim para a tutela do trabalho decente.

A concretização da justiça social por meio da observância da função social do contrato de emprego exige postura ativa dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem assim de toda a sociedade, o que passa pela efetiva adoção de mecanismos já existentes nos planos nacional e internacional, assim como pela implementação de novas medidas voltadas à tutela da coletividade a fim de que interesses particulares não prevaleçam sobre os anseios da coletividade, combatendo inclusive o *dumping* social.

10. Referências bibliográficas

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

CESÁRIO, João Humberto. Breve estudo sobre o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XVI, n. 31, 2006.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O Princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Tomo 1, vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador — Um conceito construído sob o paradigma*

do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Dignidade do trabalhador* — Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. Tese (Doutorado em Direito) — Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

REALE, Miguel. *Função Social do contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>> Acesso em: 19 jan. 2009.

REIS, José Pedro dos; TRINDADE, Raquel Pinto. Degradação ambiental e humana — O trabalho escravo nas carvoarias. In: VELLOSO, Gabriel *et al.* (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. O bloco de constitucionalidade e os direitos humanos nas relações de trabalho. In: *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, 032/09, ano 45, 2009.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

THEODORO Jr., Humberto. *O Contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Da denunciação da lide ao empregado assediador nas demandas em que se discute a ocorrência do assédio moral

Renato da Costa Lino de Goes Barros^(*)

Resumo:

- ▶ O cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, abriu a possibilidade de que fosse aplicada a denunciação da lide aos processos trabalhistas. Neste caminho, admite-se a denunciação da lide, em casos de assédio moral, ao agente responsável pelo fato danoso, para que ele arque com as consequências do infortúnio, por não se configurar tal hipótese em risco da atividade do empregador. Revela-se tal entendimento condizente com a sistemática processual ao prestigiar os princípios da economia processual, da harmonia entre os julgados e do contraditório, condenando o efetivo responsável na reparação devida.

Palavras-Chave:

- ▶ Processo do trabalho — denunciação da lide — assédio moral – responsabilidade civil.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da responsabilidade civil decorrente do assédio moral
- ▶ 3. Da denunciação da lide
 - ▶ 3.1. Da denunciação da lide aplicada ao processo do trabalho
 - ▶ 3.2. Da denunciação da lide ao empregado assediador
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Advogado. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Juspodivm/ Faculdade Baiana de Direito. Professor da Unijorge e da Faculdade Dois de Julho/BA.

1. Introdução

Muito ainda se tem discutido a respeito da aplicabilidade da denúncia da lide ao Processo do Trabalho. Inúmeras são as posições doutrinárias, sendo que a jurisprudência está longe de um consenso sobre esta matéria.

É certo que, até pouco tempo atrás, a Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I evidenciava a posição do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho sobre a aludida divergência, entendendo pela incompatibilidade da aplicação desta modalidade de intervenção de terceiro ao Processo do Trabalho.

Ocorre, entretanto, que, diante da extensão da competência da Justiça do Trabalho, com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a OJ n. 227 veio a ser cancelada, evidenciando um novo posicionamento do aludido Tribunal Superior a respeito da matéria.

Se isso não bastasse, a denúncia à lide revela-se um instrumento interessante para o sistema judiciário, atendendo aos princípios da economia processual, da harmonia dos julgados e do contraditório, bem como evitando a propositura de novas demandas com a solução plurilítigiosa decorrente desta modalidade de intervenção de terceiro.

Neste caminho, esta reflexão mostra-se importante e atual, ainda mais em casos de demandas que envolvam o assédio moral, pois — de fato — não se tem visto a responsabilização do empregado assediador, com reflexos patrimoniais, nos processos de assédio moral instalados a contragosto das empresas.

Assim, com a denúncia da lide ao assediador, busca-se a condenação do denunciado a ressarcir a empresa ou compensá-la pelos ônus sofridos com a demanda proposta pela vítima do assédio.

2. Da responsabilidade civil decorrente do assédio moral

O assédio moral é um fenômeno social que vem sendo cada vez mais estudado nos diversos campos da ciência. Inúmeros são os enfoques

que podem ser dados a esta temática, diante de sua multidisciplinariedade, bem como inúmeros são os efeitos decorrentes da instalação de um processo de psicoterror.

Diante do corte epistemológico deste trabalho, interessante é o conceito proposto pela vitimóloga⁽¹⁾ francesa Marie-France Hirigoyen⁽²⁾ (2002, p. 65) que define o assédio moral como sendo:

“Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.”

De semelhante conteúdo e clareza foi o conceito elaborado por Sônia A. C. Mascaro (2004, p. 922) quando diz que:

“O assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.”

Nesta linha, o assédio moral tem sido reconhecido como um fenômeno destruidor do trabalho, redutor de produtividade, que favorece a rotatividade e a demissão de funcionários por desgaste psicológico e debilidade física.

E, nesta ótica, é de fácil percepção que seus efeitos extravasam, efetivamente, as discussões

(1) Guedes (2003a, p. 28) ensina que o objetivo da ciência denominada “vitimologia” consiste em analisar as razões que levam um indivíduo a tornar-se vítima, os processos de vitimação, as consequências a que induzem e os direitos que podem pretender.

(2) Autora do best-seller que mais contribuiu para a divulgação e denúncia do fenômeno em todo o mundo.

relativas às matérias estritamente trabalhistas, a saber: a configuração de despedida abusiva, a possibilidade de reconhecimento de despedida indireta, a possibilidade de reintegração do empregado assediado, a suspensão do contrato em virtude de acometimento de doença do trabalho etc.

Seus efeitos atingem, diretamente, os direitos da personalidade do trabalhador assediado, abrindo a possibilidade da vítima do processo de assédio moral buscar uma indenização pelo dano de cunho moral sofrido.

Assim, adentra-se na seara da teoria da responsabilidade civil que, nas palavras do professor Pinho Pedreira (2004. p. 9), “explica a obrigação de um sujeito de direito de reparar o prejuízo causado a alguém como consequência de violação de um direito seu”.

O Código Civil vigente traz, com propriedade, amparado no princípio da eticidade, artigos que merecem ser trazidos a esta análise. Inicialmente, prevê, em seu art. 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No artigo seguinte, qual seja, o art. 187, está previsto que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Previstas as hipóteses de ato ilícito, importa atentar para o que dispõe o art. 927, haja vista este se utilizar daqueles conceitos para complementação de seu sentido. Dispõe o art. 927: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A análise desses dispositivos, conjuntamente, permite afirmar que o ordenamento civilista pátrio abraçou a teoria subjetivista como regra, em relação à obrigação de indenizar.

Sobre essa responsabilidade (calcada na culpa), cabe trazer o entendimento moderno

acerca da culpa e do dolo. Dizem Stolze e Pamplona Filho (2004. p. 138) que:

(...) a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a atuação é apenas culposa em sentido estrito.

Essa teoria tradicional foi, no atual Código Civil, colocada ao lado da responsabilidade objetiva, no momento em que o novo diploma legal abraçou a teoria do risco, como se vê a partir da leitura do parágrafo único do art. 927:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Agora, pois, há a possibilidade de ser reconhecida a responsabilidade civil do infrator sem indagação da culpa (responsabilidade objetiva)⁽³⁾, nas duas situações acima elencadas.

Nesta nova ótica, a vítima do assédio moral normalmente busca o ressarcimento dos danos sofridos diretamente da empresa contratante, sua empregadora, que, nos termos do inciso III do art. 932 do Código Civil, é responsável pela reparação civil decorrente dos atos de “seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”; sendo que, nos termos do art. 933 do CC⁽⁴⁾, resta definido que “as pessoas indicadas nos

(3) Stolze e Pamplona Filho (2004. p. 140) dizem: “como visto, a culpa passou por todo um processo de sedimentação doutrinária, com largo período de prestígio e primazia, culminando por perder a importância de outrora nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive no nosso”.

(4) Segundo Guedes (2003. p. 7): “Assim, na ocorrência de dano praticado por empregados ou prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião deste, o empregador responde independentemente de culpa. Basta que reste provado o ato ilícito — ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta — o dano

incisos, do I ao V, do artigo antecedente (art. 932), ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Sobre a responsabilidade civil por ato praticado por terceiro, destaca o Professor Pinho Pedreira (2004, p. 12) que:

A responsabilidade civil não se restringe aos atos praticados pelo próprio autor do prejuízo. Hipóteses há em que responde ele por danos que terceiros produziram. É esta denominada responsabilidade civil por fato de terceiro, que tanto pode ser contratual como extracontratual. Há responsabilidade contratual por fato de terceiro quando o devedor, culposamente, se faz substituir no cumprimento da obrigação, quando neste se faz ajudar por prepostos ou outros auxiliares, ou quando associa alguém no uso da coisa que deve restituir. A responsabilidade aquiliana por fato de terceiro pode ser atribuída: aos representantes legais por Direito de Família; aos empregadores; aos hoteleiros; aos donos de educandários e aos possuidores de animais.

Nesta ótica, dúvidas não pairam acerca da possibilidade da empresa responder, judicialmente, nas demandas em que se discute a ocorrência de danos morais oriundos de um processo de assédio moral instalado entre seus empregados.

Entretanto, dúvidas ainda pairam, na doutrina e na jurisprudência, acerca da possibilidade desta empresa demandada denunciar da lide ao assediador, para que ele venha a juízo como denunciado, uma vez que teria esta empresa o

e a relação de causalidade. Abriu-se também o Novo Código Civil a possibilidade do direito de regresso daquele que ressarcir o dano causado por outrem. Assim, ao empregador preservou-se o direito de ajuizar ação de regresso para se reembolsar do prejuízo que pagou por danos praticados por seus empregados e prepostos (NCC, art. 934). A inovação, se é que assim podemos defini-la, abre a possibilidade de denúncia à lide na Justiça do Trabalho. Isso, claro, nas hipóteses em que se admita a competência da Justiça do Trabalho”.

direito de regresso contra ele em virtude dos prejuízos decorrentes de sua conduta danosa.

Afinal, ainda vige, na CLT, o § 1º do art. 462 que dispõe que “em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado”.

Neste caminho, sendo a conduta assediadora tipicamente dolosa⁽⁵⁾, tem-se a possibilidade desta restituição, seja por via de desconto ou de pagamento de indenização pelo agente da conduta danosa, desde que apresentada a prova de que a ação do empregado assediador foi dolosa, bem como do nexo de causa e efeito da conduta com o resultado danoso.

Diante disto, melhor opção não há do que se assegurar a possibilidade da empresa denunciar da lide ao empregado assediador — efetivo responsável pelo dano causado — para que ele, respeitando o princípio do contraditório, possa apresentar elementos em sua defesa.

Nestes termos, é o que este estudo visa concluir.

3. Da denúncia da lide

No intuito de contextualizar esta reflexão, breves considerações serão trazidas, nesta oportunidade, acerca do instrumento da denúncia da lide.

Como se sabe, a denúncia da lide nada mais é do que uma modalidade de intervenção de terceiro que implica no ingresso de sujeito que não é parte no processo.

Nas palavras de Câmara (2002, p. 175), “a denúncia da lide é a modalidade de intervenção forçada de terceiro provocada por uma das partes da demanda original, quando esta pretende exercer contra aquele direito de regresso que decorrerá de eventual sucumbência na causa principal”. E complementa: “a denúncia contém demanda nova, mas não dará origem

(5) Para Pamplona Filho e Giacomo (2007, p. 12) o assédio moral “é uma atitude de natureza essencialmente dolosa, podendo, ou melhor, devendo a empresa ser ressarcida pelos prejuízos causados pelo assediador”.

a um novo processo, visto que esta modalidade de intervenção de terceiro se desenvolverá na mesma base procedimental em que se desenvolve a causa principal”.

Neste sentido, esclarece Didier Jr. (2007. p. 318):

A denúncia é demanda nova em processo já existente; pela denúncia, não se forma processo novo. É, pois, um incidente do processo. Trata-se de hipótese de ampliação objetiva ulterior do processo. A sentença disporá sobre a relação jurídica entre a parte e o denunciante, e entre este e o denunciado (sentença formalmente una e objetivamente complexa), sob pena de ser considerada *citra petita*.

Das hipóteses elencados no art. 70 do Código Civil, interessa a este estudo debruçar-se sob o quanto disposto no seu inciso III, a saber: “a denúncia à lide é obrigatória: (...) III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. Afinal, pairam discussões a respeito da extensão do alcance deste dispositivo, dividindo-se a doutrina em duas concepções, quais sejam: a restritiva e a ampliativa.

Para os adeptos da concepção restritiva, a denúncia só seria admitida nos casos de garantias próprias, quais sejam, decorrentes de transmissão de direito; e não nas hipóteses de garantias impróprias, decorrentes de simples direito de regresso, sendo impossível a inserção de novo fundamento jurídico.

Adepto a este corrente, dispõem Nelson e Rosa Nery (2003. p. 437):

A denúncia, na hipótese do CPC 70 III, restringe-se às ações de garantia, isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota. Daí não ser admissível a denúncia da lide, quando nela se introduzir fundamento novo, estranho à lide principal.

Já para os adeptos da concepção ampliativa, seria possível o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva em um mesmo processo.

Sobre esta concepção, destaca Didier Jr. (2007. p. 333) que: “há, ainda, os argumentos da economia processual, pois um só processo serve à solução de mais de um problema, e da harmonia dos julgados, pois o mesmo juiz resolverá o conflito principal e o de regresso, evitando decisões contraditórias”. E complementa: “sem dúvidas, do ponto de vista prático, é a orientação que apresenta os melhores resultados: simplificam-se as coisas, evitam-se discussões teóricas e prestigia-se o exercício da função jurisdicional”.

Por estas razões, filia-se este estudo a esta concepção.

Como se não bastasse tais fundamentos, destaca Câmara (2002. p. 178) que:

Os termos do inciso III do art. 70, como já disse notável jurista, são “louvavelmente genéricos”. Estes termos, incapazes de permitir qualquer tipo de distinção do intérprete (afinal, como é sabido, onde a lei não distingue não é lícito ao interprete distinguir), têm como consequência inafastável, a nosso sentir, a adoção da teoria mais extensiva, segundo a qual a denúncia da lide é adequada tanto nos casos de garantia própria, como nos de garantia imprópria.

Por fim, em relação ao julgamento, sustenta a Câmara (2002. p. 184) que: “há, entre as duas demandas, uma relação de prejudicialidade, devendo a demanda principal ser julgada em primeiro lugar, para que, só após, e se tiver restado vencido o litisdenunciante, seja julgada a demanda de garantia. Na hipótese de o litisdenunciante vencer a demanda principal, deverá ser considerada prejudicada a denúncia da lide”.

Neste sentido, esclarece Didier Jr. (2007. p. 318) a eventualidade desta demanda incidental:

É, ainda, demanda eventual. Eventual porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante,

afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar em relação à denúncia, pois se o denunciante for vitorioso na ação principal, a ação regressiva sequer será examinada; se o denunciante sucumbir, a ação de denúncia tanto poderá ser procedente como improcedente. “É como se o denunciante formulasse este pedido: “Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu, porventura, tenha direito”.

Feitas estas observações, parte-se, então, para a aplicabilidade da denúncia da lide, no processo do trabalho, em especial, nas demandas em que se discute a ocorrência de dano moral decorrente de processo de assédio moral.

3.1. Da denúncia da lide aplicada ao processo do trabalho

A modalidade da denúncia da lide era expressamente rejeitada, na Justiça do Trabalho, até 22 de novembro de 2005. Até esta data, a Orientação Jurisprudencial n. 227⁽⁶⁾ da SDI-I evidenciava a posição do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho pela incompatibilidade da aplicação desta modalidade de intervenção de terceiro ao Processo do Trabalho.

Ocorre, entretanto, que, após proposta da Comissão de Jurisprudência, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho reviu sua posição, bem como cancelou a aludida orientação jurisprudencial.

Tal mudança de postura deu-se em virtude da necessidade do Tribunal Superior do Trabalho de adaptar-se à nova realidade advinda da extensão da competência da Justiça do Trabalho pós-reforma⁽⁷⁾ do judiciário.

(6) A Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I preceituava: “Denúncia da lide. Processo do Trabalho. Incompatibilidade”.

(7) Segundo Montenegro Filho: “Por óbvio que, ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar demandas antes afetas à jurisdição civil da Justiça Comum, o novel 114 da Lei Maior trouxe a reboque a necessidade de exportar institutos de natureza processual

Ademais, efetivamente, esta modalidade de intervenção de terceiro interessa ao sistema judiciário, uma vez que prestigia os princípios da economia processual, da harmonia dos julgados e do contraditório, evitando a proposição de novas demandas.

Neste caminho, pontuam Pamplona Filho e Giacomo (2007. p. 05) que a utilização desta modalidade de intervenção de terceiro “é sempre recomendável, para uma solução integral da lide, possibilitando uma maior celeridade na efetiva solução do litígio e uma economia processual no sentido macro da expressão”.

Ocorre que, ainda hoje, muitos julgadores entendem que a inserção de um terceiro, na lide trabalhista, tiraria o foco da demanda ao serem inseridas novas questões anteriormente desconhecidas e não alcançáveis pelas partes originárias.

Este estudo, porém, filia-se, como já adiantado linhas atrás, a corrente doutrinária que admite a denúncia da lide no processo trabalhista, posição esta que pode ser vista, com clareza, no trecho do acórdão, abaixo transcrito, do E. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região:

Em relação à denúncia da lide, também pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho, não se pode excluir a possibilidade de processamento deste instituto nas lides trabalhistas, desde que demonstrada a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 70 do Código de Processo Civil, até porque a vedação anteriormente existente (Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I do TST) foi cancelada. Não se olvidando que a matéria discutida deve ser de natureza empregatícia. Convém esclarecer, no entanto, que o comentado instituto se justifica, especialmente, pela economia processual, quando ao denunciante, subsiste direito de regresso em face do denunciado,

civil inerentes à resolução de tais demandas; institutos estes sem normatização expressa na CLT e, portanto, aplicáveis em sede laboral porquanto autorizado pelos arts. 8º e 769 deste diploma legal”.

o que possibilitaria a competente ação regressiva. Como a lide secundária é decidida com a causa principal, ao interessado, compensa a denúncia da lide, uma vez que abrevia o julgamento de sua pretensão em face de terceiro (denunciado). (TRT 14ª Região, RO 14.2007.101.14.00-6, Relator: Des. Mario Sérgio Lapunka, 2ª Turma.)

Evidenciado o posicionamento adotado, passa-se, então, a focar esta problemática sob a ótica das demandas relacionadas à ocorrência de assédio moral no meio ambiente de trabalho.

3.2. Da denúncia da lide ao empregado assediador

As divergências acerca da aplicabilidade da denúncia da lide ao assediador em casos de *mobbing* são grandes. Entretanto, parte da doutrina já vem norteando o entendimento no sentido de admitir a possibilidade de denúncia da lide ao empregado assediador, para que ele responda pelos danos causados ao trabalhador vítima do processo de assédio moral.

Neste sentido, Pamplona Filho e Giacomo (2007, p. 11-12) dispõem:

E é justamente este nosso entendimento, por ser ele ampliativo e menos oneroso ao Poder Público, já que todas as circunstâncias fáticas, incluindo-se a culpa ou o dolo (responsabilidade subjetiva) do assediador serão vislumbrados simultaneamente ao processo principal, que está sendo movido contra o empregador, empresa da qual fazia parte o primeiro. Desse modo, não haverá necessidade de cobrança regressiva, uma vez que o verdadeiro devedor da indenização (agente causador do dano) haverá participado de todo o processo e efetivado o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Na hipótese proposta de denúncia da lide ao empregado assediador, em especial, vale destacar que até mesmo os argumentos contrários à denúncia mostram-se enfraquecidos, uma vez que entre a empresa e o assediador já existe uma relação de emprego, sendo a Justiça

do Trabalho competente para analisar e julgar essa lide.⁽⁸⁾

E, nesta ótica, ainda mais interessante se torna esta hipótese, pois, como já tratado linhas acima, ainda vigem o parágrafo primeiro do art. 462 da CLT que admite o desconto do empregado dos valores dispendidos, pelo empregador, em virtude de uma conduta dolosa que cause prejuízo para este, dentro de sua atividade econômica.

Sobre este ponto, muito se tem discutido a respeito da compatibilidade da interpretação deste dispositivo em relação à teoria do risco,⁽⁹⁾ pois, em regra, quem deve arcar com os riscos da atividade é o empregador.

Tanto que, em relação à teoria do risco, dispõe o Código Civil, no parágrafo único do art. 927, que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo Autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Entretanto, não se pode esquecer que uma coisa é o risco da atividade, pelo qual o empregador é responsável, sendo outra coisa bem

(8) Em sentido contrário, Martins (2007) sustenta que: “A celeridade do processo do trabalho poderia ficar prejudicada com sucessivas denúncias da lide. A relação entre denunciante e denunciado não decorre da relação de trabalho, mas de uma relação civil entre as partes. Por estas razões, é inaplicável a denúncia da lide, tal qual prevista no CPC, no processo do trabalho”. *Data venia*, tal posicionamento não merece prosperar, pois — de certo — a resolução de duas demandas, com a denúncia, representaria a celeridade pretendida. E, ainda, evidente que, no caso do assédio moral, existe uma relação empregatícia entre o denunciante/empregador e o denunciado/assediador.

(9) Segundo Simm (2008, p. 205): “Quanto à responsabilidade objetiva, a doutrina, habitualmente, assinala que ela se funda na teoria do risco, como assevera, dentre outros, Sérgio Cavalieri Filho, que, analisando a figura da responsabilidade extracontratual objetiva ou responsabilidade pelo risco, afirma tratar-se de uma modalidade sem culpa, em que também estão presentes uma atitude ilícita, umnexo causal e um dano, mas dispensando-se o exame da culpa do agente (que pode ou não existir, é irrelevante), baseando-se na teoria do risco: quem desenvolve uma atividade perigosa deve assumir os riscos decorrentes e reparar os respectivos danos”.

distinta: o acontecimento extraordinário e danoso provocado dolosamente pelo empregado, que deve ser arcado pelo causador direto do infortúnio, ainda que por via de ação regressiva.

Neste sentido, tem entendido o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

Os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pelo empregador, sendo vedada tal transferência, pura e simplesmente, ao empregado. A responsabilidade por um ato qualquer não pode ser atribuída abstratamente. A empresa deve provar que o dano foi causado pelo empregado (TST, RR 101.373/93.0, José Francisco da Silva, Ac. 2ª Turma. 3.402/94).

Afinal, só haverá nexos entre a conduta do empregado e o dever objetivo do empregador de indenizar, caso seja comprovado que o subordinado agiu com culpa (*lato sensu*), até mesmo para que seja admitida a ação regressiva.

Ademais, maior atenção ainda clamam os casos de assédio moral, em especial, em razão de seu caráter não apenas voluntário, mas também estritamente doloso do agente perverso, chegando até mesmo parte da doutrina a considerar inaplicável a teoria do risco nestas hipóteses. Neste sentido, dispõe Guedes (2003, p. 08):

Considerando o conceito de atividade perigosa como sendo “aquela que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média”, não vemos como aplicar a teoria do risco na hipótese de *mobbing* em qualquer de suas modalidades.

Nesta linha, relevante e oportuna mostra-se a ponderação feita por Pamplona Filho e Giacomo (2007, p. 12), diante de casos em que o assédio moral é instalado a contragosto do empregador, ao considerar que:

Em que pese a existência de previsão legal específica de responsabilidade patrimonial do empregador por ato de seus prepostos, a responsabilização subsidiária do verdadeiro agente assediante (e, por consequência, a

sua correspondente denúncia da lide) é medida da mais lida justiça.

Nesse aspecto, filia-se este estudo ao entendimento de ser aplicável o art. 70, III, do CPC, nas demandas que envolvam o assédio moral, para que o assediador seja denunciado da lide para ressarcir o empregador pelos danos que lhe causou, em virtude do reconhecimento da ocorrência do acoso moral.

4. Considerações finais

Como visto, o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, com o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, abriu a possibilidade de que fosse aplicada a denúncia da lide nos processos trabalhistas. Entretanto, ainda pairam inúmeras discussões doutrinárias a esse respeito.

Em relação à aplicabilidade da denúncia da lide ao assediador em casos de *mobbing*, parte da doutrina já vem norteadando o entendimento no sentido de admitir a sua possibilidade, para que o empregado assediador responda pelos danos causados à vítima assediada.

Nesta ótica, analisou-se o dispositivo contido no parágrafo primeiro do art. 462 da CLT, bem como sua discutível incompatibilidade com a teoria do risco, tendo sido evidenciada, entretanto, a diferença substancial existente entre o risco da atividade, pelo qual o empregador é responsável, e o fato danoso causado dolosamente pelo empregado, que deve ser arcado pelo causador do infortúnio, ainda que por via de ação regressiva.

Assim, por mostrar-se condizente com a sistemática processual, bem como por prestigiar os princípios da economia processual, da harmonia entre os julgados e do contraditório, entende-se aplicável o art. 70, III, do CPC, nas demandas que envolvam o assédio moral, para que o empregado assediador seja denunciado da lide para ressarcir o empregador pelos danos que lhe causou, em virtude do reconhecimento da ocorrência do acoso moral.

5. Referências bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1, 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2007. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003a.

_____. Assédio moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores. In: *Revista Anamatra II*, São Paulo, p. 34-50, dez. 2003b.

HIRIGOYEN, Marie France. *Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GIACOMO, Fernanda Salinas di. *A aplicabilidade da denúncia da lide*

no processo do trabalho. Teresina: *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10268>> Acesso em: 9 dez. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e pratica forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTENEGRO NETO, Francisco. *O cabimento do chamamento ao processo e da denúncia da lide na ação civil pública trabalhista*. Disponível em: <<http://jusvi.com>> Acesso em: 9 dez. 2008.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. Assédio moral no ambiente do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *A reparação do dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SIMM, Zeno. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008.

Princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho

Renata de Moura Miranda^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem como objetivo principal examinar o princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho. Para tanto, far-se-á abordagem sobre a importância do estudo desse princípio, sua qualidade de cláusula geral, suas funções e sua repercussão na teoria geral dos contratos e nas relações processuais. Na sequência, serão feitas considerações sobre os reflexos desse estudo nas relações de trabalho, abordando-se história, origem e funções da incidência desse princípio nessas relações. Nesse intento, recorrer-se-á a doutrina e legislação nacional e estrangeira.

Palavras-Chave:

- ▶ Boa-fé — conceito — funções — relações de trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
 - ▶ 2. Considerações sobre a boa-fé
 - ▶ 2.1. A boa-fé objetiva como cláusula geral
 - ▶ 2.1.1. As funções da boa-fé objetiva
 - ▶ 2.1.1.1. Boa-fé objetiva como instrumento hermenêutico-integrativo
 - ▶ 2.1.1.2. Boa-fé objetiva como fonte de criação de deveres jurídicos
 - ▶ 2.1.1.3. Boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos
 - ▶ 2.1.1.3.1. *Venire contra factum proprium*
 - ▶ 2.1.1.3.2. *Supressio e Surrectio*
 - ▶ 2.1.1.3.3. *Tu quoque*
- ▶ 3. Boa-fé nas relações de trabalho
 - ▶ 3.1. Apogeu e declínio do dogma da autonomia da vontade
 - ▶ 3.2. Influência da teoria institucionalista: do contrato ao estatuto
 - ▶ 3.3. Reciprocidade

(*) Mestranda em Direito Privado na Universidade Federal da Bahia, área 2 (Relações sociais e novos direitos), linha 2.3 (Fundamentos do Direito do Trabalho na Contemporaneidade), grupo 1 (Relações de Trabalho na Contemporaneidade). Advogada.

- ▶ 4. As funções da boa-fé nas relações de trabalho
 - ▶ 4.1. Interpretação do contrato de trabalho
 - ▶ 4.2. Fonte de criação de deveres jurídicos
 - ▶ 4.2.1. Deveres de cuidado, previdência e segurança
 - ▶ 4.2.2. Deveres de aviso e esclarecimento
 - ▶ 4.2.3. Deveres de informação
 - ▶ 4.2.4. Deveres de prestar contas
 - ▶ 4.2.5. Deveres de lealdade, colaboração, cooperação
 - ▶ 4.2.6. Deveres de omissão e segredo
 - ▶ 4.3. A função limitativa da boa-fé no contrato de trabalho
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Muito se fala sobre a necessidade de agir de boa-fé, de forma leal, sem fraudar a confiança de outrem, sendo fiel a palavra dada. Quando se faz menção à boa-fé, faz-se referência a um agir honesto, diligente, justo. Trata-se de uma conhecida regra ética que foi incorporada como norma jurídica, na qualidade de princípio, e que repercute nas mais diversas áreas do direito.

Esse artigo tem como objetivo trazer algumas considerações sobre o princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho. Para isso, serão feitas, inicialmente, observações sobre sua origem e desenvolvimento enquanto norma jurídica, sua qualidade de cláusula geral, bem como suas funções.

Na sequência, far-se-á uma análise sobre a incidência desse princípio nas relações de trabalho e respectivas implicações, seja servindo à hermenêutica e integração do contrato de trabalho, seja como fonte de deveres ou, ainda, como limite ao exercício de direitos subjetivos de empregado e empregador, enquanto partes contratantes.

2. Considerações sobre a boa-fé

Agir de boa-fé significa, nas lições de Orlando Gomes, comportar-se como homem correto na execução da obrigação. Ao prescrever

que as partes de uma relação obrigacional oriundas de contratos precisam proceder de boa-fé, quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante⁽¹⁾.

A boa-fé traduz, no fundo, a ideia de que o exercício dos direitos e o cumprimento de deveres devem respeitar toda uma série de regras implícitas na ordem jurídica, que são impostas pela consciência social e correspondem a um determinado conjunto de valores éticos dominantemente aceitos na sociedade⁽²⁾.

A expressão “boa-fé”, desde os tempos romanos, guarda relação com os valores de honestidade, confiança, lealdade. Foi estudada de forma mais completa, passando a influenciar as demais codificações modernas, contudo, a partir

-
- (1) GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 112. Segundo o autor, o princípio da boa-fé tem sua aplicação limitada às obrigações contratuais, por ser corolário da *fé-jurada*, segundo a qual todo homem deve honrar a palavra empenhada. Hoje, entretanto, vê-se a aplicação do princípio nas mais diversas relações, inclusive processuais. Nesse sentido, conferir DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 171.
 - (2) ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e directos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 178.

da entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* — BGB) em 1900.

Uma importante contribuição do BGB foi a distinção entre a boa-fé subjetiva (*guter glauben*) e a boa-fé objetiva (*treu und glauben* — literalmente, lealdade e confiança). Diz-se, inclusive, que não é exagero afirmar que os contornos atuais dos estudos sobre boa-fé no pensamento jurídico ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs, sendo comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé constante do BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado⁽³⁾.

Ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que a boa-fé objetiva pode ser entendida como “um modelo ético de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte”⁽⁴⁾.

Nas lições de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva transcende o apelo à ética, devendo-se entendê-la como “noção técnico-operativa que se especifica, no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi criado”⁽⁵⁾.

Por outro lado, a boa-fé subjetiva, também denominada de boa-fé crença, não é um princípio, mas um estado psicológico, em que a pessoa

possui a crença de ser titular de um direito. O indivíduo encontra-se em escusável ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio⁽⁶⁾.

Neste aspecto, analisa-se a convicção da pessoa que acredita comportar-se de acordo com os ditames do direito. Está relacionada, pois, ao estado de consciência ou convencimento individual de obrar a parte em conformidade ao direito. Diz-se “subjetiva” exatamente porque, quando da sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção⁽⁷⁾.

Tem como sua antítese a má-fé. Na aplicação dessa boa-fé, o juiz deverá se pronunciar acerca do estado de ciência ou de ignorância do sujeito. É encarada, assim, como elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos, sendo, portanto, fato, e não norma de conduta, como o é a boa-fé objetiva, que impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas, não se podendo falar, pois, em *princípio da boa-fé subjetiva*⁽⁸⁾.

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa má-fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta⁽⁹⁾.

(3) NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 48-49.

(4) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

(5) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 437.

(6) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

(7) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

(8) DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 171.

(9) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 515.

Nesse sentido, é possível que alguém ignore perfeitamente o indevido de sua conduta, obrando, portanto, de boa-fé e, ainda assim, ostente comportamento despido de boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele com quem se contrata. Daí, dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva), mas não segundo a boa-fé⁽¹⁰⁾.

Em suma, a boa-fé subjetiva tem como parâmetro de aferição o comportamento ético do agente, sempre de foro íntimo. Já a boa-fé objetiva é apurada a partir de um comportamento que se exterioriza, de forma objetiva, tendo em vista a confiança depositada em outrem⁽¹¹⁾.

2.1. A boa-fé objetiva como cláusula geral

Ao dar uma concepção objetiva à boa-fé, o BGB foi a primeira codificação a adotar as cláusulas gerais como técnica legislativa, permitindo a flexibilidade e mobilidade do sistema de direito privado. O juiz deixou de ser escravo da letra fria da lei e passou a fazer justiça, de forma particular, em cada caso concreto⁽¹²⁾.

Depreende-se, pois, que a boa-fé objetiva foi pensada enquanto cláusula geral. Antes,

(10) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 60. Explicitam, ainda, os autores: “a boa fé objetiva é examinada externamente, vale dizer a aferição dirige-se a correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo a boa-fé. Ou seja, há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com os padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. De fato, o princípio da boa-fé objetiva encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem o seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio dos parâmetros sedimentados de honestidade e retidão”.

(11) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 57.

(12) NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 48-49.

porém, de delinear um conceito de cláusula geral, mister se faz traçar o contexto em que foi pensada e estruturada.

Pensou-se, durante muito tempo, que os códigos, as constituições e as legislações infraconstitucionais, eram documentos onipresentes,⁽¹³⁾ aptos a regular todas as situações da vida social. Deste modo, incumbiria ao magistrado, tão somente, a tarefa de subsumir o fato submetido à sua apreciação à inflexível norma. Norma esta que, dada a sua pretensão de esgotar todas as casuísticas, dava pouca margem a valorações⁽¹⁴⁾.

Ocorre que a sociedade passou por diversas transformações e, por conseguinte, as hipóteses fáticas não mais se encaixavam na moldura legislativa pensada e desenhada para determinada época. Em face dessas mudanças, o direito não poderia ficar omissivo, cabendo-lhe a difícil tarefa de acompanhar essas metamorfoses sociais com estruturas legislativas adequadas às novas demandas.

Comentando essas mudanças e suas repercussões para o direito civil, Judith Martins-Costa pontuou:

No universo *craquelé* da Pós-modernidade, não tem sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único

(13) Expressão utilizada pela professora Roxana Borges Cardoso in *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87.

(14) Karl Engisch aborda razão histórica para essa postura: “A desconfiança que haviam chamado sobre si os juizes no período da justiça do arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 171.

corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.⁽¹⁵⁾

Fez-se, assim, imperiosa a necessidade de estruturarem-se modelos legislativos aptos a regular as novas relações jurídicas que surgiam. Delineavam-se, deste modo, as cláusulas gerais como conteúdo substancial das Constituições, Códigos e demais produtos da tarefa legislativa.⁽¹⁶⁾

Feitas essas considerações, cabe, então, construir um conceito de cláusula geral, bem como apontar suas características. Para Karl Engisch, “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.⁽¹⁷⁾ São, pois, cláusulas de conteúdo aberto que, por sua abrangência, possibilitam maior liberdade ao magistrado no seu preenchimento.

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”.⁽¹⁸⁾

Caracterizando as cláusulas gerais, destaca Judith Martins-Costa: “o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente as hipóteses e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado”⁽¹⁹⁾.

Essa concepção influenciou significativamente a Carta Magna de 1988, assim como as legislações que lhe sucederam. Daí, a utilização de expressões abertas, a exemplo: “função social do contrato”, “função social da propriedade” e “boa-fé”.

Ora, a boa-fé, enquanto cláusula geral, cobre, por sua própria natureza, todo um conjunto de deveres nela implícitos e em cuja concreção desempenha um papel importante a discricionariedade judicial. Assim sendo, os amplos termos em que as cláusulas gerais se enunciam fazem com que sua interpretação possa ir mudando de acordo com a realidade social.⁽²⁰⁾

Dessa constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a *incompletude* das normas insertas em cláusulas gerais significa que carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Nesse caso, o juiz tem o dever de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extrassistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral⁽²¹⁾.

(15) MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção — as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 1998, n.139, p. 6. Resalve-se que a crítica feita pela professora Judith Martins-Costa ao modelo legislativo do Código Civil é perfeitamente aplicável ao sistema legislativo como um todo, o qual também tinha como traço essa aspiração totalizadora.

(16) Discorrendo sobre essas transformações, acentua Karl Engisch: “As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descubrem e fundamentam as suas decisões, tão somente, através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja desimplicado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo idêntico ao do legislador” ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 172.

(17) *Ibidem*, p. 188.

(18) MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção — as cláusulas gerais no Projeto

do Código Civil brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 1998, n.139, p. 8.

(19) *Ibidem*, p. 6.

(20) MONTROYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 47. Tradução livre.

(21) MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção — as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 1998, n.139, p. 8. Daí, uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado, tão somente, o poder de estabelecer o significado

2.1.1. As funções da boa-fé objetiva

Diz-se que a boa-fé objetiva possui três funções essenciais numa relação contratual, a saber: a) é instrumento hermenêutico-integrativo do contrato; b) é fonte de criação de deveres jurídicos; c) limita o exercício de direitos subjetivos (função restritiva).

Nos itens seguintes será analisada cada uma dessas funções da boa-fé objetiva.

2.1.1.1. Boa-fé objetiva como instrumento hermenêutico-integrativo

É cediço que as relações contratuais podem apresentar — e não raramente apresentam — situações não previstas em lei, nem pactuadas pelas partes, servindo a boa-fé, nessa ocasião, como instrumento para a colmatação dessas lacunas.

A boa-fé objetiva atua, então, como “cânone hermenêutico, integrativo, frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”.⁽²²⁾

Enquanto critério objetivo a guiar a interpretação complementar, toda vez que houver na declaração contratual lacunas, ambiguidades ou contradições, a boa-fé tem a função de substituir o ponto de vista relevante para a interpretação, posicionando no modelo do contrato um modelo de pessoa normal, razoável, a fim de averiguar o sentido que essa pessoa atribuiria à declaração negocial caso houvesse percebido a deficiência desta.⁽²³⁾

do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas por meio de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará, tão somente, estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral.

(22) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 429.

(23) GOMES, Orlando. *Contratos*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002,

2.1.1.2. Boa-fé objetiva como fonte de criação de deveres jurídicos

A boa-fé é, ainda, uma fonte da qual emanam deveres jurídicos para as partes (deveres de proteção, informação, cooperação), além dos deveres principais e secundários que emanam da relação contratual. São os chamados deveres instrumentais, laterais, ou deveres acessórios de conduta.

São ditos, geralmente, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, podendo derivar da lei, da vontade das partes ou da aplicação da boa-fé objetiva, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.⁽²⁴⁾

Cuidam-se, dessa forma, “de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé, tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis, segundo as circunstâncias concretas da situação”.⁽²⁵⁾

2.1.1.3. Boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos

Relativamente à chamada “função de limite” ao exercício de direitos subjetivos, o princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica, coibindo a exercício abusivo de direitos.⁽²⁶⁾

Tem-se como certo que a ordem jurídica somente acolhe o exercício regular dos direitos

por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 247.

(24) *Ibidem*, p. 438.

(25) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 449.

(26) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 65. Nesse sentido, asseveram os autores que “é suficiente que, ao exercitar um direito subjetivo, o agente supere os limites éticos do ordenamento jurídico. A falta de legitimidade da atuação do agente será censurada pelo princípio da boa-fé, mesmo que, em tese, a conduta esteja adequada ao direito objetivo. (...) A boa-fé seria uma espécie de ‘radar’ que estipulará o momento em que o ato ilícito do exercício da autonomia privada converte-se no ato ilícito do abuso de direito”.

e, por isso, obsta o seu exercício abusivo e, como tal, se considera o que contraria os fins econômicos e sociais que a lei levou em conta para estabelecê-los, ou o que excede aos limites impostos pela boa-fé, pela moral e pelos bons costumes.

O abuso de direito reside na disfunção de comportamentos jussubjetivos, embora consentâneos com normas jurídicas, por não confluírem no sistema em que estas se integram.⁽²⁷⁾

Doutrina e Jurisprudência germânicas desenvolveram estudos sobre determinadas situações avaliadas como abuso do direito à luz da boa-fé objetiva enquanto limitadora do exercício de direitos subjetivos, a saber, dentre outros: o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*.

2.1.1.3.1. *Venire contra factum proprium*

O *venire contra factum proprium* consiste na vedação de comportamento contraditório. Procura-se coibir que alguém tenha postura que venha a contradizer o seu próprio comportamento anterior, produzindo, em outrem, uma expectativa legítima de que aquele comportamento não seria alterado. Veda-se, aqui, a repentina mudança de comportamento apto a fraudar a confiança do outro na relação.

A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisível na vida humana. Portanto, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.⁽²⁸⁾

(27) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 882.

(28) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 470.

O *venire contra factum proprium* pode se revelar em duas situações: a) quando uma pessoa, sem se vincular contratualmente, manifesta a intenção de não praticar determinado ato e, depois, pratica-o; b) quando uma pessoa, sem, também, se vincular especificamente, declara que irá adotar determinada conduta e, depois, nega-se a adotá-la.⁽²⁹⁾

2.1.1.3.2. *Supressio* e *Surrectio*

A *supressio*, por sua vez, é o fenômeno da perda, supressão de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo. Diz-se *supressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, de outra forma, por contrariar a boa-fé.⁽³⁰⁾

Pontua Menezes Cordeiro que foram as perturbações econômicas causadas pela primeira grande guerra e, sobretudo, pela inflação, que levaram à consagração definitiva da *supressio*. Registraram-se alterações imprevisíveis nos preços de certas mercadorias, ou dificuldades acrescidas na realização de determinados fornecimentos. Em consequência dessas alterações, o exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes.⁽³¹⁾

Escrevendo sobre a incidência desse princípio nas relações processuais, aduz o professor Fredie Didier que, ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso do direito.⁽³²⁾

(29) MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 69.

(30) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 797.

(31) *Ibidem*, p. 801.

(32) O professor Fredie Didier traz dois exemplos verídicos exemplificativos do instituto: a) a autora de uma

Registre-se outro aspecto da *supressio*, qual seja a prescindibilidade de comprovação da culpa ou de qualquer outro elemento subjetivo (dolo, má-fé) daquele que, embora titular de um direito, não o exerce num determinado lapso temporal, incutindo no outro legítima expectativa de que não mais seria exercido, e rompe, repentinamente, este estado de confiança gerado, violando, destarte, a boa-fé.

Aproxima-se a *supressio* da *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores da preservação da confiança alheia. Mas, dele se diferencia, primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitado no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio*, as expectativas são protegidas apenas pela injustificada inércia titular por considerável decurso do tempo — que é variável conforme as circunstâncias — somando-se a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.⁽³³⁾

demanda, em cujo favor se destinava a multa fixada em uma decisão liminar, fez carga dos autos em novembro de 2002, devolvendo-os ao cartório em janeiro de 2007 — cinquenta e um meses depois, portanto. A devolução dos autos judiciais veio acompanhada de petição contendo pedido de execução de multa diária, em valor superior a R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), por suposto descumprimento de ordem judicial que determinava a retirada do nome da autora dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.b) Autor de demanda proposta perante os Juizados Especiais, em que pleiteava o retorno do fornecimento de energia elétrica à sua residência e perdas e danos decorrentes da indevida interrupção na prestação do serviço, obteve decisão liminar, com ordem de *reintegratória*, para que o ilícito fosse removido e o serviço voltasse a ser prestado. Houve fixação de multa diária pelo descumprimento. A sentença ratificou a decisão provisória. Houve recurso da empresa-ré. O autor não noticiou o descumprimento da liminar nem pediu a execução provisória da sentença. Anos depois, após o trânsito em julgado do acórdão da turma recursal que confirmou a sentença, o autor pediu a execução da multa, cujo montante já se aproximava do primeiro milhão de reais. DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 171.

(33) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 521.

O professor Fredie Didier traz, de forma elucidativa, essa diferenciação ao afirmar que “parece, porém, que, tendo em vista que o comportamento abusivo é *omissivo* (não evitar o aumento exagerado dos prejuízos), talvez seja mais adequado referir à *supressio* e à sua correlata *surrectio*, e não à proibição do *venire contra factum proprium*”⁽³⁴⁾.

No que toca ao seu relacionamento com outros remédios jurídicos (prescrição, caducidade), a *supressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação, sempre que a ordem jurídica prescreve qualquer outra solução, tendo, assim, natureza subsidiária.⁽³⁵⁾

Questiona-se, todavia, se pela *supressio* apenas se veda o comportamento do titular exercente ou se, ao contrário, procura-se proteger a situação da parte oposta, consolidando sua posição, criando-lhe verdadeiro direito subjetivo, o que configuraria a *surrectio*. Nesta segunda hipótese, estar-se-ia diante de uma situação de extinção do direito do não exercente pela constituição de direito por parte de outrem⁽³⁶⁾.

Na hipótese da *supressio*, pois, o beneficiário, por imperativo lógico da supressão do direito do titular não exercente, ora recupera uma liberdade genérica de atuação que antes lhe faltava, ora ver formada uma permissão de aproveitamento onde antes não existia. Quando, porém, o beneficiário incorra numa vantagem específica e autônoma, há, para ele, um direito subjetivo novo, ocorrendo o fenômeno da *surrectio*.⁽³⁷⁾

(34) DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 171.

(35) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 812.

(36) MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 73-74.

(37) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 826.

2.1.1.3.3. *Tu quoque*

No rol de abuso de direito, tem-se, ainda, o *tu quoque*. Ocorre o *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação. Nesta figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados.⁽³⁸⁾

Comentando sobre figuras assemelhadas de abuso de direito no contexto português (*venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque*), Menezes Cordeiro ressalva que não há uma fronteira lógica estrita entre eles; nunca, aliás, se apresentaram como conceitos rígidos e firmes. Deste modo, torna-se clara a possibilidade de sobreposição, em áreas de extensão variada.⁽³⁹⁾

Feitas essas considerações sobre a boa-fé, passar-se-á à análise da sua incidência no âmbito das relações de trabalho.

3. Boa-fé nas relações de trabalho

O cumprimento das obrigações de trabalhador e empresário deve ser ajustado às exigências de boa-fé. Isso quer dizer que estão sujeitos a deveres como os de fidelidade, lealdade, probidade, confiança, de tal maneira que o programa contratual se veja satisfeito.

O dever de cumprir as obrigações segundo os imperativos da boa-fé significa, ainda, que o empresário deve cumprir suas obrigações salariais, de segurança e saúde laborais de modo que o legítimo interesse do trabalhador seja atendido. Da mesma forma, cumpre ao empregado atuar com diligência na consecução de seu trabalho.

Esse dever recíproco de atuar com lealdade, obrando sempre com diligência, é exigência que se percebe na leitura do livro sagrado dos

cristãos, a bíblia, na qual servos são admoestados a se submeterem aos seus senhores com corações sinceros, da mesma maneira que se submetem a Cristo.

Da mesma forma, os senhores são admoestados a, de igual modo, proceder para com seus servos, deixando as ameaças, sabendo que Deus é Senhor tanto dos senhores (empregadores) quanto dos servos (empregados) e que, para com Ele, não há acepção de pessoas.⁽⁴⁰⁾ Ciente de sua igualdade perante Deus em relação aos seus servos (empregados), a postura do senhor (empregador) também deve ser de lealdade, boa-fé e cumprimento de suas obrigações na certeza de que o obreiro é digno de seu salário e de que, em tudo, prestará contas a Deus, seu Senhor.⁽⁴¹⁾

Ver-se-á, nos itens subsequentes, a aplicação do princípio da boa-fé nas relações de trabalho ao longo da história.

3.1. Apogeu e declínio do dogma da autonomia da vontade

No contexto da revolução industrial, em que se assistiu ao fenômeno da utilização

(40) “Vós, servos, obedecei a vossos senhores segundo a carne, com temor e tremor, na sinceridade de vosso coração, como a Cristo; Não servindo à vista, como para agradar aos homens, mas como servos de Cristo, fazendo de coração a vontade de Deus; Servindo de boa vontade como ao Senhor, e não como aos homens. Sabendo que cada um receberá do Senhor todo o bem que fizer, seja servo, seja livre. E vós, senhores, fazei o mesmo para com eles, deixando as ameaças, sabendo também que o Senhor deles e vosso está no céu, e que para com ele não há acepção de pessoas; Vós, senhores, tratai os servos com justiça e equidade, sabendo que também vós tendes um Senhor no céu. (Efésios 6:5-9 e Colossenses 4:1. In: Bíblia de Estudo de Genebra. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p. 1409 e 1427.)

(41) “Não oprimirás o jornaleiro pobre e necessitado, seja ele teu irmão ou estrangeiro, que está na tua terra e na tua cidade. No seu dia, lhe pagarás o seu salário, antes do pôr-do-sol; porquanto é pobre e sua vida depende disso; para que não clame contra ti ao Senhor, e haja em ti pecado; Eis que o salário dos trabalhadores que ceifaram as vossas terras, e que por vós foi retido com fraude está clamando; e os clamores dos ceifeiros penetraram os ouvidos do Senhor dos Exércitos. (Deuteronômio 24: 14-15 e Tiago 5: 4 In: Bíblia de Estudo de Genebra. São Paulo e Barueri, Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p. 228 e 1491.)

(38) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 523.

(39) CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 899.

massiva do trabalho assalariado, era preciso enquadrar essas novas relações no esquema que regia as relações entre particulares: o contrato (seja na forma de arrendamento de serviços ou contrato de compra e venda), expressão da união de vontades livres e iguais (ao menos formalmente), que, em consentimento mútuo, unem-se na consecução de um objetivo.

Por inspiração da cultura jurídica romanista⁽⁴²⁾, opta-se, em boa parte do mundo ocidental, por uma visão contratualista das relações de trabalho, especialmente nos países que foram influenciados pela Revolução Francesa (França, Bélgica, Luxemburgo, Itália, Espanha, Brasil).

De acordo com essa concepção, mediante este vínculo, o trabalhador consente, livremente, em ceder seu trabalho a outro. Desta maneira, proprietário apenas de sua força de trabalho imediata, o trabalhador entrega sua liberdade, mediante consentimento voluntário, e se submete a outro sem coerção, no uso de sua razão autônoma e somente em virtude desse consentimento.⁽⁴³⁾

Encontro livremente consentido de vontades autônomas, o contrato se revela, então, como a realização de um princípio de justiça. Desta sorte, os espíritos que conceberam essa teoria esperavam o melhor dos mundos possíveis, um mundo onde os homens só se achariam submetidos às imposições que aceitassem livremente, e onde as regras se definiriam, como

em um jogo, por acordo mútuo e segundo as circunstâncias.⁽⁴⁴⁾

Nesse contexto, feitiço ou mágica, o sistema liberal exigia que as situações de subordinação aparecessem como relações de cooperação entre seres livres e iguais, necessitando que um ato de submissão se apresente sob a máscara de um contrato, sendo possível afirmar que a linguagem jus-privatista impedia a correta expressão das realidades relacionadas com o trabalho assalariado.⁽⁴⁵⁾

Nesse contexto, a igualdade formal entre as partes alimenta a desigualdade formal entre estas, na medida em que o mecanismo contratual reproduz a “desigualdade dos possuidores, reforçando a ‘indivisibilidade’ dos poderes econômicos e políticos que, de fato, as determinam.”⁽⁴⁶⁾

De tal modo, abusou-se dessa liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, que a reação cobrou forças, inspirando medidas legislativas tendentes a limitá-las energeticamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-os os juristas que, entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.⁽⁴⁷⁾

Gradativamente, pois, percebiam-se as fragilidades dessa concepção de acordo livre de vontades em uma relação entre partes desiguais. Ora, quando uma das partes apresenta evidente desvantagem técnica, intelectual ou, principalmente, econômica, em relação à outra, não há que se falar em vontade, liberdade para contratar, senão em necessidade.

É exatamente o que acontece, não raramente, com o contrato de trabalho, em que há adesão

(42) A cultura jurídica romanista conhecia a *locatio hominis*, variedade do arrendamento de coisas, mediante a qual uma pessoa (*dominus*) concedia temporariamente a outra, em troca de uma remuneração, ou desfrute de um escravo. Os juristas romanos concebiam a relação de trabalho sobre o modelo da *locatio hominis*. O homem livre arrenda a si mesmo, como o senhor arrenda seu escravo. Nesse contexto, não se concebia que um homem continuava sendo livre quando se colocava ao serviço de outro. SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 30. Tradução livre.

(43) BAYLOS, Antônio. *Direito do trabalho*: modelo para armar. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999. p. 61.

(44) SUPLOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 141. Tradução livre.

(45) BAYLOS, Antônio. *Direito do trabalho*: modelo para armar. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999. p. 62.

(46) *Idem*.

(47) GOMES, Orlando. *Contratos*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30.

do empregado às cláusulas impostas pelo empregador. Assim, na lógica da codificação contratual, o contrato do assalariado é regido, em princípio, pela autonomia contratual, remete à vontade contratual das partes que equivale, de fato, à vontade do empresário, não só para impor no momento da contratação as condições contratuais, mas também para reservar-se, no desenvolvimento do contrato, a tomada de decisões que estime convenientes para integrar seu conteúdo.⁽⁴⁸⁾

Assim, enquanto no contrato civil a vontade se compromete, no contrato de trabalho, ela se submete. O compromisso manifesta a liberdade, a submissão a nega. Esta contradição entre a autonomia da vontade e a submissão da vontade levou Supiot à observação de que a análise da relação de trabalho foi a ponta de lança de uma crítica da autonomia da vontade, que se estendeu, depois, ao conjunto dos contratos.⁽⁴⁹⁾

Paulatinamente, pois, vai sendo solapada essa visão do contrato como acordo de vontades livres e iguais, que não se submete a princípios, senão aos clássicos da força obrigatória, autonomia da vontade e o do consensualismo, ao tempo em que vai sendo, também, obrigatoriamente regido por princípios como a boa-fé e a função social.

Eis observação de Judith Martins-Costa:

Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, importa insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado

(48) RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. Poder de dirección e derecho contractual. In: ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley, 2005. p. 5. Tradução livre.

(49) SUPIOT, Alain. *Critica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 141 e 147. Tradução livre.

desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade.⁽⁵⁰⁾

3.2. Influência da teoria institucionalista: do contrato ao estatuto

Por outro lado, a tradição alemã⁽⁵¹⁾ (direito germânico) não concebia essa inserção do trabalho nos moldes civilistas do arrendamento de serviços ou contrato de compra e venda, na medida em que nesse modelo não se levava em conta o necessário envolvimento da pessoa do trabalhador na prestação do trabalho, reconhecendo, ao revés, ao trabalho a qualidade jurídica de coisa, que era cedida em troca de remuneração. Nesta tradição, realçava-se o caráter personalíssimo das relações de trabalho, concebendo-se a empresa como uma comunidade.

Ainda de acordo com esta tradição, o pertencimento, de fato, à empresa é a verdadeira fonte da relação jurídica de trabalho, a que confere ao trabalhador o estatuto de membro de uma comunidade. O trabalhador assalariado se acha, pois, em uma posição estatutária e não contratual. Dito estatuto confere um conjunto de direitos e de obrigações cujo alcance depende da função que ocupa o trabalhador no seio da comunidade.⁽⁵²⁾ Prevalece,

(50) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 456-457.

(51) Explica Supiot a forma como são concebidas as relações de trabalho na Alemanha: O antigo direito germânico constitui a fonte de uma tradição diversa. Tal direito conhecia, junto à relação de trabalho servil, um contrato de vassalagem, por meio do qual um homem livre se punha ao serviço de outro, que lhe concedia em troca proteção, ajuda e representação. Este contrato fazia surgir um vínculo pessoal de fidelidade recíproca, que se parecia com os vínculos familiares, e fazia participar a quem se unia por meio dele de uma mesma comunidade de direitos e deveres. Esta ideia de obrigação pessoal e de vínculo de fidelidade voltará a encontrar naturalmente na organização corporativa, tal e como se estrutura na Idade Média e sobrevive até a Revolução Industrial. SUPIOT, Alain. *Critica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 32. Tradução livre.

(52) *Ibidem*, p. 34. Tradução livre.

aquí, o aspecto pessoal sobre o aspecto patrimonial das relações de trabalho.

A consequência mais imediata dessa concepção comunitária da relação de trabalho é a transformação do dever de boa-fé como medida do cumprimento das obrigações e do exercício de direitos pelo trabalhador e o empresário, em um dever de fidelidade do trabalhador e um correlativo dever de proteção do empresário.⁽⁵³⁾

Essa concepção, dita comunitária ou institucionalista das relações de trabalho, influenciou os demais países europeus. Ocorre que acabou ganhando notoriedade na Alemanha nazista e na Itália fascista, o que contribuiu para que se vinculasse a concepção comunitária a esses Estados Totalitários, em que a figura do chefe da empresa em muito se confundia com a do chefe do Estado.

Nesse contexto, a concepção de boa-fé e lealdade, em uma formulação mais extrema, implicava, na verdade, uma entrega fervorosa de si mesmo, com as melhores energias ao interesse do empresário, culminando na eliminação da esfera pessoal do trabalhador, que acabava absorvida por uma relação comunitária de empresa. Em uma formulação mais extrema, fidelidade acabou funcionando como fundamento para multiplicação das obrigações do trabalhador, sem qualquer contrapartida para o empresário.⁽⁵⁴⁾

Além disso, argumenta-se que a forma contratual contribuía para representar as relações de trabalho como relações de interesses contrapostos, daí ser mais adequada. Nesse sentido, fazia-se objeção à unificação na *comunidade de trabalho* que, por sua vez, traduzia o ideal de

paz social disciplinada na produção, do mesmo modo que, no âmbito político, teorizava-se a integração no Estado.⁽⁵⁵⁾

No modelo atual, não se pode aceitar a doutrina comunitária, sob o fundamento de ser pura utopia postular uma comunidade de interesses como substrato das relações laborais. Enfim, seja qual for a origem das doutrinas comunitárias, as mesmas hão de ser rechaçadas, pois o conflito entre capital e trabalho é inerente às relações de trabalho.⁽⁵⁶⁾

Para Supiot, contudo, “seria demasiado redutor limitar a influência da cultura germânica ao aspecto político e conjuntural do período fascista”.⁽⁵⁷⁾ Nesse mesmo sentido, sublinhou Luz Pacheco Zerga, escrevendo sobre a influência dessa teoria na legislação espanhola:

Referir-nos à empresa como uma “comunidade humana” pode despertar suspeita porque evoca regimes autoritários de governo e organização. Mas, se se analisa desapassionadamente a legislação e a jurisprudência anteriores à Constituição Espanhola de 1978, se percebe uma cultura de respeito à dignidade humana concretizada na exigência de agir conforme as regras da boa-fé, ao estabelecer-se uma direta relação entre ambos deveres.⁽⁵⁸⁾

No mesmo sentido, pontuou Alfredo Montoya Melgar que foi a necessária implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral (necessária porque a separação entre trabalhador e trabalho é pura abstração) — e, portanto, a aceitação da concepção comunitária de empresa — a causa da intervenção do legislador em tal relação, com

(53) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 187. Tradução livre.

(54) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 187-188. Tradução livre. E continua: Assim, o dever de fidelidade justifica o dever de prestação de trabalho extraordinário, ou o dever de levar uma vida privada que não prejudique a empresa, ou o dever de delação do comportamento infiel de outros trabalhadores (p. 188).

(55) BAYLOS, Antônio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999. p. 65.

(56) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 193. Tradução livre.

(57) SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 36.

(58) PACHECO Zerga, Luz. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Cizur Menor (Navarra). Thomson/Civitas, 2007. p. 33. Tradução livre.

o fim de proteger a pessoa do trabalhador e limitar os poderes do contratante mais forte, o empresário, a quem competia, no auge da liberdade contratual dos códigos civis do século XIX, fixar, unilateralmente, as condições de trabalho.⁽⁵⁹⁾

Assim sendo, se desprezarmos os desvios ideológicos surgidos em relação a este conceito, parece mui apropriado utilizar o termo “comunidade” para aplicá-lo à empresa. A razão fundamental se encontra em que uma sociedade se erige em comunidade, quando os indivíduos que a integram experimentam nas relações que estabelecem entre si, a existência de um vínculo de unidade, que só é possível quando há um mútuo reconhecimento de igual dignidade.⁽⁶⁰⁾

Na empresa, é possível lograr esta unidade na medida em que o cumprimento das obrigações adquiridas se fundamenta na boa-fé laboral e se admite a possibilidade de que empresários e trabalhadores possam chegar a ter, como interesse comum, a boa marcha da organização, que, por sua vez, redundará no benefício de ambos. Do contrário, será impossível alcançar essa unidade se não se superam os velhos prejuízos de reduzir o direito do trabalho a um direito de trabalhadores contra os empresários.⁽⁶¹⁾

Nesta nova concepção das relações laborais na empresa, tem lugar uma integração do econômico e do social com a ética e, deste modo, as valorações éticas aparecem sob o *standard* ou paradigma do “bom empresário” e do “bom trabalhador”, chamados a entenderem-se mais do que a enfrentar-se, dada a existência de uma “comunidade de objetivos e interesses” entre ambos.⁽⁶²⁾

(59) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 27. Tradução livre.

(60) PACHECO Zerga, Luz. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Cizur Menor (Navarra). Thomson/Civitas, 2007. p. 33. Tradução livre.

(61) *Idem*.

(62) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 36. Tradução livre.

Enfim, a implicação da pessoa na relação laboral não significa hoje sua lealdade absoluta ou sua vassalagem, uma vez que a pessoa só se vincula na zona secante em que a vida individual e a vida laboral coincidem, isto é, na estrita medida em que o programa contratual requer a colaboração da pessoa⁽⁶³⁾.

Hoje, é incontestável a necessidade de um acordo de vontades inicial para a formulação regular de uma relação de trabalho subordinada, o que remete necessariamente à ideia de contrato. Sublinhando-se, contudo, que “uma grande característica do Direito do trabalho é a contenção do livre jogo da autonomia da vontade, significando que a margem reservada a esta autonomia seja apenas residual, excepcional, e por isso, capaz de atuar, unicamente dentro dos limites estabelecidos pela lei laboral na hora de estabelecer o conteúdo da obrigação contratual”.⁽⁶⁴⁾

Por outro lado, a manutenção da concepção contratual só tem sido possível pagando o preço de uma mutação completa da velha noção de arrendamento de serviços. Isso porque, a análise contratual da relação de trabalho não pôde sobreviver nos diferentes sistemas jurídicos sem a incorporação de certos aspectos da concepção germânica, reconhecendo, sobretudo, a dimensão pessoal do compromisso do trabalhador. Trata-se, pois, da síntese das concepções romanista e germânica das relações de trabalho.⁽⁶⁵⁾

Assim é que, hodiernamente, quer se adote a concepção contratualista — que acabou prevalecendo — das relações de trabalho, quer se adote a visão comunitária ou institucional, ou mesmo a síntese dessas duas concepções, como é o caso do Brasil, o dever de atuar conforme a boa-fé é um imperativo nas relações de trabalho, vinculando ambos os contratantes.

(63) *Ibidem*, p. 32. Tradução livre.

(64) SEGALÉS, Jaime. *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*. Granada: Comares, 2001. p. 115. Tradução livre.

(65) SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996. p. 44. Tradução livre.

3.3. Reciprocidade

Como se sublinhou acima, o dever de agir de acordo com a boa-fé, com lealdade, honradez, não pode jamais ser confundido com um dever de sujeição cega por parte do empregado, tampouco servir de fundamento para multiplicarem-se os deveres somente dessa parte mais frágil da relação.

Como norma suprema de convivência, se segue conceituando o dever de boa-fé como uma obrigação unidirecional imposta ao trabalhador em benefício de um interesse empresarial, imposições que, em ocasiões e sob a máscara de um suposto interesse coletivo, frequentemente encerra um interesse particular, o do empresário, critério mantido por uma jurisprudência ancorada às vezes no tranquilo e fiel mar de fiéis e cumpridores trabalhadores, calados e submissos servos a serviço de um empresariado que, sob a cobertura de um paternalista bem comum, em interesse do crescimento econômico do país, não perseguia mais que seu lucro pessoal.⁽⁶⁶⁾

Por outro lado, também não se pode falar em uma vinculação a esse dever somente por parte do empregador, sob pena de ser inviabilizada a relação. O dever de atuar conforme os ditames da boa-fé, pois, vincula tanto o empregado, quanto o empregador. Haveria manifesto desequilíbrio na relação, caso se impusesse apenas a uma das partes o dever de agir conforme a boa-fé.

A boa-fé gera, pois, deveres recíprocos no contrato de trabalho. Trabalhadores e empresários devem cumprir suas obrigações e exercer suas faculdades, direitos e poderes de acordo com a boa-fé, concebida como norma de comportamento leal e honesto. Hoje em dia, a boa-fé não só se exige do trabalhador, mas também, e, quiçá, sobretudo, do empresário.⁽⁶⁷⁾

(66) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio de buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 65. Tradução livre.

(67) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 195. Tradução livre.

Na atualidade, a boa-fé não só é instrumento de submissão, mas também de informação, cooperação e adaptação, para responder às necessidades de transparência, diálogo, participação, gestão antecipada das competências e qualificações. A boa-fé permite assegurar o dinamismo próprio da vida social e é uma condição de viabilidade da empresa: uma comunidade não pode subsistir se está fundada na deslealdade.⁽⁶⁸⁾

4. As funções da boa-fé nas relações de trabalho

Chegada à conclusão da incidência da boa-fé nas relações de trabalho, analisar-se-á, nos itens seguintes, as três funções que cumprem a boa-fé (hermenêutico-integrativa, fonte de criação de deveres jurídicos e limite ao exercício de direitos subjetivos) nessas relações.

4.1. Interpretação e integração do contrato de trabalho

Como pontuado acima, os contratos devem ser interpretados conforme o princípio da boa-fé, servindo este à interpretação do contrato, bem como à sua integração, nas hipóteses não expressamente previstas no instrumento contratual, mas que decorrem do sentido querido pelas partes quando da formação do mesmo.

Também, o contrato de trabalho, deve ser interpretado conforme o princípio da boa-fé. Com efeito, esse contrato há de ser interpretado pressupondo a boa-fé e a correção das partes que o elaboraram, quer dizer, considerando que o trabalhador e o empresário quiseram se expressar segundo o modo usual como o fazem as pessoas honestas, sem buscar obscuridades ou confusões deliberadas.⁽⁶⁹⁾

De grande importância é, ainda, o critério segundo o qual a interpretação das cláusulas obscuras de um contrato não deverá favorecer a parte que houver ocasionado a obscuridade. Eis a regra da *interpretatio contra stipulatorem*,

(68) *Ibidem*, p. 196. Tradução livre.

(69) *Ibidem*, p. 199. Tradução livre.

prevista no art. 1.228 do Código Civil Espanhol e pensada para os contratos que são obra de apenas uma das partes e a outra se limita a aderir, cabendo falar, então, de uma interpretação contra o autor do mesmo.⁽⁷⁰⁾

E é exatamente o que acontece no contrato de trabalho, em que o empregador estipula as cláusulas contratuais, cabendo ao empregado, na maioria das vezes, aderir a essas cláusulas sem questioná-las. Assim, havendo ambiguidade ou contradição, dever-se-á eleger a interpretação que seja mais conforme a finalidade do negócio jurídico laboral e não, favorecer o empregador, o qual é, não raras vezes, o causador da obscuridade.

Serve, ainda, a boa-fé à integração do contrato de trabalho, tornando exigíveis aos contratantes comportamentos não expressamente previstos tanto em lei, quanto no contrato de trabalho, mas que derivam da sua finalidade econômico-social. Especialmente porque, em sendo um contrato de trato sucessivo, “as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência”.⁽⁷¹⁾

Como exemplo, pode-se mencionar a situação na qual o empregador deva conduzir os trabalhadores com segurança, quando fornece o transporte a estes entre sua residência e o local de trabalho.⁽⁷²⁾ Ora, ainda que o contrato preveja expressamente somente a obrigação do empregador de transportar o empregado nesses trajetos, a obrigação de transportar com

segurança deriva da finalidade econômico social do contrato, percebendo-se, pois, a função integrativa da boa-fé.

4.2. Fonte de criação de deveres jurídicos

Pontuou-se, acima, que o adimplemento de uma obrigação contratual não se limita ao cumprimento da obrigação principal ou secundária, mas implica, também, a observância de deveres laterais, anexos ou instrumentais, os quais podem decorrer da lei, da vontade das partes ou da boa-fé.

Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os deveres de proteção

(70) *Ibidem*, p. 187, p. 200. Tradução livre. Eis o que também está previsto no ordenamento brasileiro, cujo Código Civil preceitua, em seu art. 423 — Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente e o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 47 — As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

(71) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 430.

e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, *v. g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc.⁽⁷³⁾

Embora não exaustiva, esta lista permite extrair exemplos de deveres instrumentais que decorrem da aplicação da boa-fé objetiva, os quais podem ser visualizados, também, no âmbito das relações de trabalho. É o que se verá nos próximos tópicos.

4.2.1. Deveres de cuidado, previdência, proteção e segurança com a pessoa e o patrimônio da contraparte

No âmbito laboral, o respeito aos interesses do trabalhador adquire uma singular relevância, uma vez que o contrato de trabalho tem por objeto uma prestação personalíssima por parte do trabalhador. Como a prestação de serviços pode implicar em ameaça para os interesses e direitos fundamentais do trabalhador, a boa-fé obriga o empresário a proteger esses interesses na maior medida possível, sem que, contudo, precise sacrificar seus próprios interesses.⁽⁷⁴⁾

Dentro da obrigação de proteção que incumbe ao empresário, o dever de boa-fé lhe

impõe específicas obrigações relacionadas à segurança e higiene no trabalho, pedindo ele uma diligência e cuidado especial pelos interesses da pessoa do trabalhador. Dever de proteção que tem adquirido uma relevante posição constitucional como direito ao meio ambiente laboral, no qual está situado todo um conjunto de obrigações para o empresário.⁽⁷⁵⁾

Muito embora tenha adquirido uma notável autonomia, com desenvolvimento normativo importante, o dever de proteção à saúde, segurança e higiene do trabalhador decorre do dever de agir conforme a boa-fé.

4.2.2. Deveres de aviso e esclarecimento

Entre estes, se destacam o do empregador em comunicar ao empregado os riscos da atividade laboral, assim como o dever do empregado em comunicar ao empregador seu estado de saúde, alergias, necessidades sociais.⁽⁷⁶⁾

4.2.3. Deveres de informação

Tem-se considerado nos contratos de direito civil como umas das obrigações derivadas do dever de boa-fé a de informar à contraparte sobre certos aspectos essenciais para melhor desenvolvimento da relação contratual, especialmente nos contratos em que uma das partes apresenta flagrante debilidade em relação à outra, como é o caso dos contratos de consumo.

O direito do trabalho não fica alheio a essa tendência, uma vez que tem avançado no reconhecimento de um dever do empresário de informar ao trabalhador sobre suas condições de trabalho (salário, jornada, trabalhos a serem desenvolvidos), assim como do empregado de informar todas as condições relevantes para formação e desenvolvimento do pacto laboral.

Já nos ajustes prévios ao contrato de trabalho, trabalhadores e empregadores estão obrigados por um dever acessório da boa-fé:

(72) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 59.

(73) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

(74) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 199. Tradução livre. Menciona o autor como manifestações desse dever de respeito o dever de não desprestigiar profissionalmente o trabalhador, o dever de valorar de forma justa o trabalho realizado, segundo níveis de satisfação normalmente aceitáveis, o dever de possibilitar ao trabalhador a plena satisfação na realização de seu trabalho, permitindo-lhe, por exemplo, que desfrute dos resultados de sua tarefa.

(75) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio de buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 78. Tradução livre.

(76) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 62.

o de informar verazmente à outra parte em relação às questões que afetem ao pacto.⁽⁷⁷⁾ Na formação do contrato de trabalho, a boa-fé obriga, por exemplo, ao empresário informar todos os elementos suscetíveis de determinar o consentimento do trabalhador, o que exige transparência.⁽⁷⁸⁾

Da mesma forma, deve o empregado responder com transparência às perguntas que lhe são formuladas nas tratativas do contrato. Naturalmente que, se o empresário ou seus delegados formulam questões alheias à contratação e referentes à esfera de vida privada do trabalhador, tais perguntas excederão a boa-fé devida ao empresário, não gerando no empregado dever algum em respondê-las.⁽⁷⁹⁾

O empregador só pode averiguar e levar em conta dados da vida privada ligados à aptidão profissional do trabalhador, isto é, que tenham uma ligação direta e necessária com a aferição de sua capacidade para a execução do contrato e sejam, por conseguinte, relevantes para a constituição ou desenvolvimento da relação laboral, havendo que obedecer sempre a critérios de proporcionalidade.⁽⁸⁰⁾

Prevê o Código de trabalho francês⁽⁸¹⁾ que as informações requeridas ao candidato a

emprego não podem ter como finalidade depreciar sua capacidade de ocupar o trabalho proposto ou suas aptidões profissionais; impondo, ainda, que tais informações devem guardar relação direta com o trabalho proposto ou com a avaliação das aptidões profissionais (daí, a não imposição de que a mulher informe seu estado de gravidez), devendo o candidato responder, de boa-fé, a essas perguntas.

Pode-se, ainda, citar, como dever de informação inerente ao contrato de trabalho, a obrigação da empresa em permitir ao empregador e aos representantes dos trabalhadores acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.⁽⁸²⁾

Registre-se, outrossim, que as organizações de tendência (igrejas, partidos políticos) têm o dever de informar a ideologia que sustenta a instituição, assim como deixar claro a postura que espera do trabalhador na consecução de sua atividade, até mesmo para que este possa consentir esclarecidamente nas eventuais restrições que irá sofrer no gozo de seus direitos fundamentais.

Assim, por exemplo, o candidato a professor de uma instituição católica deve ser devidamente esclarecido quanto à ideologia da instituição, assim como quais posturas ou sustentações lhe são vedadas no exercício da sua atividade. Consciente das restrições que sofrerá no gozo de seus direitos fundamentais (liberdade de expressão, liberdade de culto), o candidato poderá escolher se aceita o trabalho com os sacrifícios que lhe são inerentes.

O rol exposto é apenas exemplificativo; não se exaurem nos exemplos alhures trazidos,

ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. Tradução livre.

(82) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 62.

(77) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 70. Tradução livre.

(78) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 212. Tradução livre.

(79) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 70. Tradução livre. Lembra Gil y Gil que nas empresas de tendência, e de forma excepcional, pode ser legítima uma indagação mais exaustiva do empresário sobre os aspectos da vida privada ou crenças do trabalhador, que podem incidir no campo profissional. Do mesmo modo e, excepcionalmente, alguns aspectos da vida privada podem ser relevantes no âmbito profissional quando o trabalhador vai ocupar um posto de confiança na empresa. GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 256. Tradução livre.

(80) ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e directos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 195.

(81) Article L1221-6. Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi

portanto, todas as implicações desse dever de informação que decorre da cláusula geral da boa-fé e que deve permear a relação de trabalho, seja na fase pré-contratual, contratual, na extinção do contrato e mesmo na fase pós-contratual.

4.2.4. Deveres de prestar contas

Tanto o empregador quanto o empregado têm o dever de prestar contas na relação de trabalho e, esse dever, embora goze de certa autonomia hodiernamente, decorre da boa-fé. Assim, tanto o empregado deve prestar contas em relação ao serviço realizado (esclarecendo, quando solicitado, modo e tempo de realização), quanto o empregador deve prestar contas em relação ao quantum devido ao empregado, sem lhe ocultar nenhum valor que seja seu de direito.

4.2.5. Deveres de lealdade, colaboração, cooperação

Com o progresso da ciência jurídica, tem-se consolidado a ideia de que a relação negocial não consiste somente em exigências contrapostas, originando, ao revés, deveres de cooperação recíprocos para a realização de um projeto comum para o qual devem cooperar ambas as partes.⁽⁸³⁾

Fala-se aqui, em uma adesão do trabalhador aos valores e objetivos da empresa, que deverá assumir conduta condizente com essa adesão. Por outro lado, não pode o empregador esperar essa fidelização se não atua de boa-fé, proporcionando aos trabalhadores benefícios nessa adesão, capacitando-os, contribuindo para realização profissional dos mesmos. É o que conclui Alfredo Montoya Melgar nos seguintes termos:

(83) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 222. Tradução livre. E continua o autor afirmando que o contrato de trabalho postula a existência de um mínimo de confiança e cooperação mútuas, tanto na fase de formação, como nas de integração e execução do contrato. De outro modo, seria impossível a convivência, destruindo-se a utilidade comum.

Claro está que essa aceitação natural pelos trabalhadores dos valores e objetivos da empresa só é possível quando esta atua lealmente, tanto em geral, como em face dos trabalhadores, respeitando um código ético que vá além das estritas obrigações jurídicas; seria ilusório pretender assegurar o compromisso, a atuação responsável e confiada dos trabalhadores, sem corresponder a estes com um trato justo.⁽⁸⁴⁾

Sublinhe-se que colaborar “não é só trabalhar para o outro, mas colaborar com os interesses do outro”⁽⁸⁵⁾ e que o dever de colaboração afeta tanto o devedor, quanto o credor. Em primeiro lugar, o devedor deve executar a prestação da forma mais útil, devendo realizar, inclusive, prestações não expressamente previstas no contrato e abster-se de prejudicar o credor. Por sua vez, o credor deve cooperar de forma mais ativa e facilitar ao devedor o cumprimento de suas obrigações.⁽⁸⁶⁾

Em relação ao empregado, o dever de colaboração está umbilicalmente ligado ao dever de diligência que lhe é exigível na prestação de sua obrigação, entendendo-a como “um critério ou ponto de referência para medir o comportamento do devedor da prestação no adimplemento de suas obrigações contratuais. Colaboração com a empresa e diligência são, pois, dois conceitos inseparáveis”.⁽⁸⁷⁾

Para essa cooperação mútua, exige-se, ainda, do empregado um dever de fidelidade, devendo-se

(84) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 34. Tradução livre.

(85) *Ibidem*, p. 68. Tradução livre.

(86) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 224. Tradução livre.

(87) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualizadores: José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 211. Continuam os autores advertindo que a violação desse dever por parte do empregado resulta na figura disciplinar prevista em lei: a desídia, que se caracteriza por um comportamento anômalo do empregado, concretizado em circunstâncias de fato múltiplas, reveladoras da violação do dever de diligência.

repudiar, por exemplo, a conduta inconsequente do trabalhador que, afastado da empresa por incapacidade temporal, desempenha, durante essa situação subsidiada, trabalhos que são incompatíveis com seu estado de saúde e, portanto, prejudiciais a sua cura ou, ainda, revelam uma situação fraudulenta de *enfermo imaginário*.⁽⁸⁸⁾

Podem ser enquadradas, igualmente, nessa hipótese de colaboração, cooperação e lealdade o dever do trabalhador a não concorrer com a atividade da empresa, sejeitando-se o empregado a não trabalhar para a empresa concorrente ou exercer, por conta própria, atividade em concorrência com a desenvolvida pela empresa em que trabalha.

Torna-se, por isso, cada vez mais difundida, especialmente entre os altos empregados e os que ocupam função técnica de maior especialidade, a cláusula de não concorrência no curso da relação de emprego, afigurando-se, inclusive, justa causa a hipótese de negociação habitual, por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço (art. 482, “c”, da CLT).⁽⁸⁹⁾

Escudero, Frigola e Corbella trazem alguns requisitos para a configuração da concorrência desleal durante o tempo em que vigora o contrato de trabalho: trabalhos correspondentes ao mesmo setor da atividade industrial ou comercial; prejuízo potencial ou real ao empresário; a empresa deve ter um efetivo interesse industrial e comercial na não concorrência; não consentimento do empresário, expresso ou tácito; os trabalhos devem ser efetivamente concorrentes e não tratar-se de simples contatos ou conversas do trabalhador com outro empresário.⁽⁹⁰⁾

(88) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 86. Tradução livre.

(89) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 130-131.

(90) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El*

Discute-se, entretanto, se permanece esse dever de não concorrência do empregado após a extinção do contrato de trabalho ou se, nesse caso, estar-se-ia “atentando contra a liberdade de trabalho atingindo, não só a função social do contrato, como seu objetivo econômico”.⁽⁹¹⁾

Tem-se entendido como lícita a estipulação dessa cláusula de não concorrência desde que se obedeça a um limite temporal (na Espanha, o pacto não pode ter duração superior a dois anos para técnicos e de seis meses para os demais trabalhadores — art. 21 do *Estatuto de los trabajadores*), que o empresário tenha um efetivo interesse industrial e comercial na cláusula e que satisfaça o trabalhador com uma compensação econômica adequada.⁽⁹²⁾

Fora desses limites e sem fixação de qualquer compensação, ainda que *in natura*, pode-se chegar à conclusão de que a cláusula de não concorrência após a extinção contratual é abusiva, já que, além de transpor certos parâmetros estabelecidos pela razoabilidade, não contempla qualquer contraprestação, desequilibrando a relação contratual.⁽⁹³⁾

No que concerne ao empregador, inúmeras são as obrigações que lhe correspondem nesse dever de lealdade, cooperação, colaboração para com o empregado. Nesse dever, enquadra-se, por exemplo, o do empregador a dar ocupação efetiva ao empregado como decorrência do

principio da buena fe en el contrato del trabajo. Barcelona: Bosch, 1996. p. 88. Tradução livre. Acrescentam os autores que a proibição de concorrência se estende àqueles períodos em que não existe obrigação de trabalhar, mas em que subsistem direitos derivados do contrato de trabalho, como durante as férias, períodos de licença ou suspensão do contrato por sanção disciplinar, em que, havendo-se interrompido a prestação efetiva, não desaparece a relação laboral e, por consequência, o dever de boa-fé contratual.

(91) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 131.

(92) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio da buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 89. Tradução livre.

(93) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 133.

respeito à dignidade deste, o que “opera como um limite ‘positivo’ ao poder diretivo do empregador”.⁽⁹⁴⁾

Um dos graus mais altos de lesão à dignidade e à profissionalidade do trabalhador se provoca por aquelas mudanças funcionais que derivam em uma falta efetiva de ocupação. Provém essa consideração da valorização do trabalho como um eixo central na realização da pessoa, o que leva a reconhecer o interesse do trabalhador na execução da prestação.⁽⁹⁵⁾

Registre-se que, inclusive no período de experiência ou em contrato de aprendizagem, está o empregador obrigado a oferecer ocupação efetiva ao empregado, provando as habilidades alegadas pelo empregado. Reconhece-se ao empregado em regime de experiência ou de aprendizagem “o direito de demonstrar, por forma séria, a sua habilidade profissional, trabalhando”.⁽⁹⁶⁾

Na realidade, mesmo na falta de uma previsão legal que o imponha, o dever de experimentar o trabalhador no período de prova é concretização do princípio da boa-fé. Esse dever não é um dever autônomo, com relevância causal no contrato, que acrescenta algo novo ao conteúdo da relação jurídica, mas uma manifestação do princípio da boa-fé no período de prova.⁽⁹⁷⁾

Cite-se, ainda, como decorrência desse dever de cooperação, a formação profissional do trabalhador a cargo do empregador; a obrigatoriedade de, em face da inserção de novas tecnologias no seio da empresa, proporcionar

ao trabalhador meios de adaptação, assim como assegurar formação adequada às novas funções a serem exercidas pelos empregados.

Incumbe ao empregador, nesse sentido, não só não obstar o exercício do direito fundamental do trabalhador, qual seja a educação e correspondente formação profissional, mas também contribuir ativamente para essa formação profissional, seja fomentando ou subsidiando a educação formal, seja oferecendo ao trabalhador cursos para formação profissional além da educação formal, contribuindo, ainda, para adaptação do trabalhador nos casos de inserção de novas tecnologias.⁽⁹⁸⁾

Frise-se que também decorre da boa-fé o dever do empregado de aproveitar ao máximo essa formação profissional que lhe é proporcionada pelo empregador e, por outro lado, faz-se restrição a que o empregado, munido dessa capacitação, a utilize em benefício de outra empresa, daí a possibilidade de admissão de cláusula de permanência na empresa, estabelecida em contrato, nessas hipóteses.

Reza o art. 21, 4 do *Estatuto de los trabajadores* na Espanha que quando *el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.*

Regra o artigo o chamado pacto de permanência, que é aquele em que o trabalhador assume a obrigação de permanecer na empresa durante certo tempo, após ter recebido uma especialização profissional a cargo do empresário.

(98) Ver, nesse sentido, GHIONE, Hugo Barreto. *Formação profissional a cargo do empregador*. São Paulo: LTr, 1996, *passim* e SEGALÉS, Jaime. *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*. Granada: Comares, 2001. p. 146-210.

(94) ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley, 2005. p. 20. Tradução livre.

(95) VALDÉS DE LA VEGA, Berta. *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*. Madrid: Trotta, 1997. p. 210-211. Tradução livre.

(96) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualizadores: José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 220.

(97) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 225. Tradução livre.

Exige-se, destarte, que essa especialização que recebeu o empregado tenha sido custeada pelo empregador, devendo o pacto ser formalizado por escrito, por um período não superior a dois anos. Caso o trabalhador não cumpra com o pactuado, abandonando o trabalho antes do prazo, o empresário terá direito a uma indenização, quantificada, normalmente, em razão do desembolso realizado pelo empresário.⁽⁹⁹⁾

Na falta de regulamentação específica no nosso ordenamento, recorre-se, *mutatis mutandis*, à legislação espanhola para servir como baliza nesses requisitos para o estabelecimento de um pacto de permanência de forma a obedecer ao princípio da boa-fé, sem desembocar para um uso abusivo desse tipo de pacto.

Abusiva será a cláusula de permanência quando, por exemplo, a empresa não arca com os custos dos estudos do empregado ou, de qualquer forma, não lhe ofereça qualquer vantagem, como, por exemplo, licença remunerada; devendo o tempo do pacto de permanência guardar certa proporção com o benefício concedido.⁽¹⁰⁰⁾

4.2.6. Deveres de omissão e segredo

Emana também da boa-fé esse dever recíproco de omissão e segredo na relação contratual.

(99) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio da buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 92-94. Tradução livre.

(100) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 140. Adverte o autor que a participação em curso de qualificação profissional, na forma do art. 476-A da CLT, ainda que às custas da empresa, com suspensão do contrato de trabalho não poderá servir de pretexto para a exigência da permanência pois, neste caso, o empregado já sofre uma restrição ao seu direito, qual seja, tem seu contrato suspenso. Isso porque a cláusula de permanência tem como requisito de validade a inexistência de qualquer prejuízo para o empregado durante os seus estudos. A permanência seria, pois, uma forma de retribuição à qualificação custeada pela empresa. Se, entretanto, já sofre uma restrição ao seu direito, durante o período de estudo, logo, não tem o que retribuir.

Especialmente na relação de emprego, em que podem estar — e não raramente estão — em jogo segredos de ambas as partes (negócios e clientela da empresa, vida privada do trabalhador), espera-se a observância desse dever de omissão de segredo, sob pena de vulneração da confiança.

Em relação ao empregador, sua finalidade radica em salvaguardar os seus interesses frente aos prejuízos que decorreriam se as questões relacionadas com seu patrimônio empresarial (técnicas produtivas e organizativas, patentes de invenção, procedimentos de elaboração, matérias primas, projeção de mercado, etc.) chegassem ao conhecimento de terceiros, especialmente a empresas concorrentes.⁽¹⁰¹⁾

Logicamente, para que se possa qualificar de desleal a comunicação de dados ou informações a terceiros, tais dados deverão ser confidenciais ou reservados, agravando-se a infração do dever de boa-fé se, ademais, essa transmissão de informação confidencial supõe um prejuízo para a empresa.⁽¹⁰²⁾

Reitere-se, pois, que nem toda comunicação de dados ou informações feitas pelo empregado a terceiros será enquadrada nessa violação ao dever de segredo, exatamente por não se enquadrar na qualidade de dados confidenciais ou reservados. Ademais, a ocorrência do prejuízo não é condição necessária para que reste configurada a violação a esse dever. Para que haja

(101) ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio da buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 95. Tradução livre. Continuam os autores: esse dever tem a particularidade de que não se extingue com o contrato de trabalho; é um dever que se impõe a todos os trabalhadores da empresa, independentemente de qualificação profissional, posto ou cargo; a obrigação se refere somente ao que seja realmente segredo e não aquilo que seja conhecido em geral ou em particular para a empresa a qual se transmite; não se exige um resultado ou produção de prejuízo, nem que o trabalhador obtenha algum prejuízo; não alcança o guardar segredo sobre os atos cometidos pelo empresário (p. 95-96).

(102) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 66. Tradução livre.

essa quebra de confiança, pois, é suficiente a divulgação do segredo da empresa a terceiros.

Ressalte-se, contudo, que existe uma fronteira muito tênue entre os dados de propriedade do empresário e os conhecimentos, aptidões e habilidades adquiridos pelo trabalhador no transcurso do emprego (o *know-how*); fronteira difícil, porque muitas vezes será difícil separar os procedimentos da empresa e sua assimilação pelo trabalhador.⁽¹⁰³⁾

Essa observação é importante para que não se entenda como segredo da empresa conhecimentos que são próprios de um profissional que, dentro da empresa, somente aperfeiçoou e desenvolveu habilidades e técnicas que já eram do seu domínio. Sublinhe-se, também, que esse dever não se limita ao curso do contrato de trabalho, subsistindo mesmo após a extinção do vínculo empregatício.⁽¹⁰⁴⁾

4.3. A função limitativa da boa-fé no contrato de trabalho

Pontuou-se acima que uma das funções da boa-fé é servir como um limite ao exercício de direitos subjetivos evitando-se, destarte, o exercício abusivo de direitos. Na relação de trabalho, em que ao empregador e ao empregado são atribuídos inúmeros direitos (pela lei, pela vontade das partes, por acordo ou convenção coletiva), exerce a boa-fé uma função limitativa de direitos, mesmo porque, “além da boa-fé, o ato de exercício de um direito ou de um poder se torna inadmissível e é antijurídico”.⁽¹⁰⁵⁾

(103) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 66. Tradução livre.

(104) A lei que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial dispõe, em seu art. 195 que comete crime de concorrência desleal quem: XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.

(105) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 250. Tradução livre.

O princípio da boa-fé goza, pois, de um protagonismo especial na hora de estabelecer limites que o empresário deve respeitar no exercício de seus poderes, funcionando como um critério de controle da discricionariedade do empresário e se constituindo como um meio de rechaço a condutas arbitrárias. Em suma, a boa-fé impõe ao empresário um comportamento justo no exercício de seus direitos e poderes e quando exige a prestação ao trabalhador.⁽¹⁰⁶⁾

De semelhante modo, a boa-fé impõe limite ao exercício de direitos por parte do empregado.

O fato de que a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inerentes gozem de certa universalidade e que, portanto, o trabalhador na sua atividade possa também ser considerado sujeito dotado de liberdade e de dignidade, não implica que sua inserção não traga consigo limites ao exercício de tais direitos fundamentais. [...] A inserção num âmbito de direção e organização alheio impede ou limita o exercício de direitos democráticos básicos.⁽¹⁰⁷⁾

A exigência de um comportamento coerente é uma das consequências que derivam dessa função limitativa da boa-fé, daí, a vedação de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*)⁽¹⁰⁸⁾ também ocorrer nas relações de trabalho.

O empresário pode vulnerar essa regra no exercício do poder diretivo quando, por exemplo, nega uma promoção sem valorar circunstâncias que serviram, em outras ocasiões, para permiti-la e sem expor as razões para a mudança de critério.⁽¹⁰⁹⁾ Ou, ainda, quando tolera o uso de

(106) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 187 e 251. Tradução livre.

(107) BAYLOS, Antônio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999. p. 127.

(108) Ver itens 2.1.2.3.1 a 2.1.2.3.3 acima.

(109) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 262. Tradução livre.

determinada roupa no local de trabalho e depois se recusa a aceitá-la, sem que deixe claro os motivos da sua mudança de postura.⁽¹¹⁰⁾

A boa-fé impõe, ainda, que um direito não pode ser exercitado quando o titular de um direito deixou de exercitá-lo por um tempo razoável, criando essa omissão na contraparte uma expectativa objetiva de que este direito não mais seria exercitado, ocasionando o que os espanhóis denominam de “retrato desleal” ou *supressio*, como ficou entre nós conhecida a doutrina da *Verwirkung* do direito alemão.

É o que ocorre, por exemplo, quando usa de forma inesperada seu poder disciplinar, que se manifesta em uma sanção, depois de um longo período de tolerância ante a falta imputada ao empregado. Não se aceita aqui uma mudança brusca e intempestiva, da indulgência ao rigor, da benignidade à exigência estrita.⁽¹¹¹⁾

Em certas hipóteses, e como sucede de modo particular nas faltas continuadas, a inércia do empresário não terá produzido a prescrição da falta, mas determinará que o exercício extemporâneo do poder vulnera a boa-fé. Se o ilícito persiste, a falta não prescreve apesar da inércia do empresário. E, não obstante, uma reação repentina do empresário pode contrariar a boa-fé, se o exercício resulta objetivamente inadmissível.⁽¹¹²⁾

Nesses casos, espera-se que o empresário que conhece e tolera uma falta do empregado durante muito tempo, mas não está mais disposto a tolerá-la, comunique ao empregado que não mais aceitará aquela conduta ou, no máximo, permite-se que ele aplique uma sanção leve, deixando claros os riscos da reincidência.

Para coibir esse tipo de postura do empresário, o ordenamento brasileiro impõe a imediatidade na aplicação de sanções.

(110) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 70.

(111) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 187 e 262. Tradução livre.

Pode-se, por outro lado, exemplificar a hipótese de *surrectio* na situação em que o empregador, tendo contratado com o empregado o direito de fiscalizar as mensagens remetidas pelas vias eletrônicas, através dos computadores da empresa, jamais exerce essa faculdade, gerando um direito subjetivo para o empregado em não ter suas mensagens violadas.⁽¹¹³⁾

A fórmula *tu quoque*, por sua vez, enquanto modalidade de exercício inadmissível de posições jurídicas, teria enorme aplicação no direito do trabalho, uma vez que, sempre que se estivesse diante de uma violação do contrato por parte do empregador, este não pode poder despedir o empregado alegando o descumprimento das obrigações contratuais por este.⁽¹¹⁴⁾

Podem-se agrupar sobre esta rubrica os artificios, provocações e estratégias do empresário como uma armadilha para provocar a falta do trabalhador e, depois, despedi-lo com fundamento nos fatos que ele mesmo provocou; a falsidade, alteração e obtenção desleal de ajustes (exigência, por exemplo, de que o trabalhador firme um documento em branco na relação contratual) e a aquisição de provas de forma desleal pelo empregador.⁽¹¹⁵⁾

5. Considerações finais

Das considerações feitas ao longo deste trabalho, é possível extrair algumas conclusões, a saber:

1. Quando se faz menção à boa-fé, faz-se referência a um agir honesto, diligente, justo. Trata-se de uma conhecida regra ética que foi incorporada como norma jurídica, na qualidade de princípio, e que repercute nas mais diversas áreas do direito.

2. Em sua aceção objetiva, a boa-fé é vista enquanto cláusula geral, que são cláusulas de

(112) *Ibidem*, p. 275. Tradução livre.

(113) MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 74.

(114) *Ibidem*, p. 75.

(115) GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 277. Tradução livre.

conteúdo aberto que, por sua abrangência, possibilitam maior liberdade ao magistrado no seu preenchimento.

4. Diz-se que a boa-fé objetiva possui três funções essenciais numa relação contratual, a saber: a) é instrumento hermenêutico-integrativo do contrato; b) é fonte de criação de deveres jurídicos; c) limita o exercício de direitos subjetivos (função restritiva).

5. O princípio da boa-fé objetiva incide sobre as relações de trabalho, seja para os que a encaram como uma relação contratual, seja para aqueles que a enxergam enquanto relação comunitária, ou, ainda, para os que a entendem como síntese de relação contratual e comunitária.

6. O dever de agir de acordo com a boa-fé, com lealdade, honradez, não pode jamais ser confundido com um dever de sujeição cega por parte do empregado, tampouco servir de fundamento para multiplicarem-se os deveres somente dessa parte mais frágil da relação.

7. Por outro lado, também não se pode falar em uma vinculação a esse dever somente por parte do empregador, sob pena de ser inviabilizada a relação. O dever de atuar conforme os ditames da boa-fé, pois, vincula tanto o empregado, quanto o empregador.

8. Vê-se, também nessas relações, a boa-fé desempenhando suas três clássicas funções: hermenêutico-integrativa, fonte de criação de deveres jurídicos e limite ao exercício de direitos subjetivos.

6. Referências bibliográficas

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e directos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- BAYLOS, Antônio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.
- BÍBLIA DE ESTUDO DE GENEBRA. São Paulo e Barueri: Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.
- CARDOSO, Roxana Borges. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- (Coleção Prof. Agostinho Alvim, Coordenação Renan Lotufo)
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do “duty to mitigate the loss” no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 171.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESCUADERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquim; CORDELLA HERREROS, Teresa. *El principio da buena fe en el contrato del trabajo*. Barcelona: Bosch, 1996.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos da obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito civil: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.
- GHIONE, Hugo Barreto. *Formação profissional a cargo do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- GIL Y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Obrigações*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Atualizadores: José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. O Direito Privado como um “sistema em construção — as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado, 1998, n.139.
- MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2001.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PACHECO Zerga, Luz. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Cizur Menor (Navarra). Thomson/Civitas, 2007.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley, 2005.

SEGALÉS, Jaime. *Derecho al trabajo, relación obligatoria y deuda formativa empresarial*. Granada: Comares, 2001.

SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996.

VALDÉS DE LA VEGA, Berta. *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*. Madrid: Trotta, 1997.

A origem histórica e doutrinária da Justiça do Trabalho e do sistema sindical brasileiro

Hélio Mário de Arruda^(*)

Resumo:

- ▶ Reflete-se sobre a conjuntura da década de trinta, procurando identificar como as ideias de Oliveira Vianna estavam direcionadas na solução do conflito capital e trabalho. O Brasil, nos anos pré-1930, é caracterizado por uma ideologia liberal conservadora, se opondo às tentativas de formulação e/ou aplicação das leis sociais. A questão social surge como a grande marca distintiva e legitimadora dos acontecimentos políticos pós-1930. O Estado abandona uma posição liberal por outra intervencionista no que se refere ao sindicalismo. Os direitos sociais passavam a ser primordiais para se alcançar a cidadania política. A fraqueza das classes sociais é um dos argumentos do pensamento autoritário brasileiro para legitimar o papel tutelar do poder público sobre a “sociedade civil”. Oliveira Vianna é um marco no desenvolvimento das relações trabalhistas no Brasil, na busca laboriosa da reversão do triste quadro do retrógrado liberalismo político e econômico que ignorava a “questão social”. O corporativismo tem como inspiração a doutrina social da Igreja. O corporativismo tem como inspiração a doutrina social da Igreja e foi a base da organização da Justiça do Trabalho e do sistema sindical no Brasil.

Palavras-Chave:

- ▶ Questão social — Revolução de 1930 — corporativismo — intervencionismo estatal — doutrina social da Igreja.

Índice dos Temas:

- ▶ I. Introdução
- ▶ II. A “questão social”
- ▶ III. O pensamento e a atuação de Oliveira Vianna
- ▶ IV. Conclusão
- ▶ V. Referências bibliográficas

(*) Mestre em História Social das Relações Políticas pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – Espírito Santo.

I. Introdução

Oliveira Vianna exerceu o alto cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a partir do ano de 1932, ocasião em que se cercou de um corpo de juristas de alta qualificação.

Neste trabalho, procuraremos identificar os traços que marcam a atuação de Oliveira Vianna na implantação do corporativismo nas esferas sindicais e do judiciário trabalhista.

Oliveira Vianna foi um antiliberal, um anticomunista, comungava com o pensamento inculcado na doutrina social da Igreja, mas sua concepção de corporativismo sempre objetiva o fortalecimento do poder secular.

Oliveira Vianna orgulhava-se de ter as raízes do seu pensamento na própria nacionalidade brasileira e, sendo adepto do autoritarismo, jamais permitiu que suas ideias fossem confundidas com a doutrina fascista.

II. A “questão social”

Ângela de Castro Gomes, em sua análise histórica, entende que a posição crucial e o tipo de encaminhamento que a questão social recebeu na década de 30 não podem ser exclusivamente explicados pelos problemas desta conjuntura, sem referências ao processo anterior de debates políticos e pressões sociais.

Neste sentido, o período da República Velha é sumamente significativo para contextualizar e dimensionar a evolução legislativa do pós-1930. Assim, importa lembrar a ocorrência de fortes demandas por parte do movimento operário, abarcando a quase totalidade das medidas de proteção ao trabalho na área da legislação social. Do mesmo modo, convém recordar a existência de iniciativas na área da legislação social que já indicavam um rompimento com a orientação liberal de um mercado de trabalho regulado apenas pela mão invisível da oferta e da procura.⁽¹⁾

(1) GOMES, 1983. p. 277.

O historiador francês René Rémond considera que a crise das democracias encontra sua razão de ser na conjunção de assaltos que lhe são feitos do exterior pelo fascismo e o comunismo e as imperfeições de ordem interna. (...) O comunismo e o fascismo aparecem como mais dinâmicos, modernos e adaptados, eles se prevalecem de uma eficácia reputada como superior, que tomam argumentos da deficiência interna da democracia e pretendem, em face do formalismo da democracia burguesa, instalar uma justiça mais justa e igualitária.⁽²⁾

Na visão de Gisálio Cerqueira Filho, a Primeira República Brasileira, no plano político-ideológico, os liberais historicamente têm uma postura irreal porque desligada da formação social brasileira. Era um liberalismo de fachada. O liberalismo não radical foi muito suscetível às influências do autoritarismo. A questão social só aparece como uma questão em tese e nunca como uma questão real.⁽³⁾

Desse modo,avas sucessivas de intelectuais brasileiros e brasilianistas apontam a paradoxal vigência de instituições de caráter liberal em uma sociedade clânica (Oliveira Vianna), patriarcal (Gilberto Freyre), oligárquica e caudillesca (Sérgio Buarque de Holanda), patrimonialista (Raymundo Faoro).⁽⁴⁾

Assim, a revolução soviética de outubro de 1917 é considerada o ponto de partida de um movimento histórico, cujas consequências se estendem até nós e que, talvez, não tenha, ainda, esgotado todas as suas consequências. A influência do acontecimento supera largamente o quadro russo. Certamente, é próprio de todas as ideologias que as fronteiras não as paralisam. Isto é mais vantajoso quando a ideologia se diz internacionalista no momento em que contesta ou combate o fato nacional e que busca se estender ao universo inteiro. Na estrutura internacional, é criada a III Internacional acompanhada de uma Internacional sindical

(2) RÉMOND, 2002. p. 67.

(3) CERQUEIRA FILHO, 1982. p. 82.

(4) BRESCIANI, 2003. p. 19.

revolucionária, com o *Komintern* com instância suprema concorrendo para essa expansão. Ocorre, todavia, a cisão do movimento operário em duas expressões, política e sindical. Os partidos socialistas, os sindicatos operários se dividem entre aqueles que se alinham com Moscou e aqueles que permanecem fiéis ao velho ideal da II Internacional ou da Federação sindical internacional.⁽⁵⁾

Em 1919, como assinala Werneck Vianna, com a assinatura do Tratado de Versalhes pelo governo brasileiro, este se obrigava a cumprir determinadas recomendações em favor dos trabalhadores (Vianna, 1999. p. 92), todavia, lentas foram as repercussões na nossa legislação trabalhista. O governo Bernardes, de 1922 a 1926, reprime violentamente os movimentos operários, reiterando velhos argumentos da luta de classes como um fenômeno importado, sem raízes na sociedade brasileira, sendo fruto de agitadores estrangeiros. Aos anarquistas — verdadeiros agitadores profissionais estrangeiros e até desequilibrados sociais — são atribuídos pelos políticos e empresários a responsabilidade pela agitação da classe operária, negando a existência de uma questão social no Brasil, bem como a necessidade de intervenção estatal e da elaboração de uma legislação social.⁽⁶⁾

Antes de 1930, a “questão social” era desconhecida no discurso dominante, salvo como fato excepcional e episódico, não porque não existisse, mas porque era incapaz de se impor como questão no pensamento dominante. Por isso, popularizou-se, para a 1ª República das oligarquias agrárias, a sentença “a questão social é um caso de polícia”. (...) As classes dominantes (oligarquias agrárias), na medida em que detinha o monopólio do poder político, detinham, simultaneamente, o monopólio das questões políticas legítimas, ou seja, daquelas questões que organizam a percepção do funcionamento da sociedade. A “questão social”, por ser ilegítima, ilegal, subversiva era

tratada no interior dos aparelhos repressivos do Estado: “a questão social era um caso de polícia”.⁽⁷⁾

Getúlio Vargas, em sua campanha eleitoral, estampou na Plataforma da Aliança o novo tratamento dado à “questão social”. Reconhece-se, explicitamente, a “questão social” e implicitamente, a classe operária.

Leôncio Martins Rodrigues registra que as legislações trabalhista e previdenciária passariam a ser vista, como um instrumento necessário, não só à estabilidade política, como ao crescimento econômico e industrial do país. Houve convergência do discurso do empresariado e do governo, de que a legislação do trabalho atendia aos justos reclamos dos trabalhadores, assegurava a paz social e um seguro desenvolvimento econômico. Dentre os ideólogos da época, destacam-se Oliveira Vianna e Alceu Amoroso Lima, ambos vinculados à defesa de um regime autoritário e ao fortalecimento do papel interventor do Estado. O Corporativismo português e a Doutrina Social da Igreja inspiram os dois autores.⁽⁸⁾

Oliveira Vianna, o ideólogo da política social do Governo Vargas, assim descreve a importância do tema:

Coube à Revolução, o mérito insigne de elevar a questão social — até então relegada à jurisdição da polícia nas correrias da praça pública — à dignidade de um problema fundamental do Estado e dar-lhe — como solução — um conjunto de leis, em cujos preceitos domina, com um profundo senso de justiça social, um alto espírito de harmonia e colaboração. Toda essa legislação social, de que este livro nos dá uma lúcida síntese, tem sido orientada neste sentido superior. É verdade que há, aqui, uma grande maioria de espíritos, que julgam que o problema social no nosso país não existe e para os quais todo o nosso esforço no sentido de resolvê-lo não tem tido outro efeito senão

(5) RÉMOND, 2002. p. 98-99.

(6) GOMES, 1979. p. 73.

(7) GOMES, 1979. p. 157.

(8) RODRIGUES, 1990. p. 50-51.

o de criar uma série de questões puramente artificiais, porque são inteiramente incompatíveis com a nossa estrutura econômica, ainda pouco evoluída.

Há, porém, um grande equívoco nesta afirmação. O problema social não é um problema exclusivo aos povos capitalistas e ultra-industrializados. É um problema universal. Existe aqui, como existe em qualquer povo civilizado, cristão ou não. Não podemos afastá-lo sob a frívola alegação de que as questões, que ele encerra, são estranhas ao espírito do nosso povo e à nossa organização econômica.⁽⁹⁾

Constatou Oliveira Vianna, que antes de 1930, a incipiente indústria procurava extrair do trabalhador o máximo do rendimento com o mínimo custo. O Estado, com isso, acabou por abandonar sua atitude de abstenção e de imparcialidade. Foi um erro porque o Estado não deve só intervir nos momentos de conflitos, mas deve ter atuação preventiva e regulatória das relações entre o capital e o trabalho. A questão social era vista como um problema do trabalho e não um problema da burguesia. Mas mesmo como proteção ao trabalho ela falharia, porque visava somente a proteção física do trabalhador. A intervenção residiria em não permitir a destruição da capacidade produtiva do operariado ameaçada pelas péssimas condições de trabalho e baixos salários.

A nova política social deveria se pautar pelo moderno conceito de trabalho e pelas atuais concepções sobre o papel do Estado na sociedade. A intervenção estatal visava harmonizar os interesses de patrões e operários. Para reduzir as distâncias sociais era preciso uma legislação de participação nos lucros e na administração das empresas; na formação de cooperativas; na execução de serviços de previdência eficazes etc.

A construção do projeto ideológico do Estado Novo evidenciou que a busca da legitimação da autoridade se dava de uma forma e por

motivos completamente distintos daqueles que fundamentavam a legitimidade dos governos anteriores. A competência da autoridade residia exatamente no abandono dos problemas políticos e no fato de concentrar em uma série de objetivos englobados e definidos como medidas responsáveis de bem-estar social.⁽¹⁰⁾

Harmonia, integração social, equilíbrio, cooperação entre as classes são os temas dominantes no trato da questão social no Estado Novo. O “insolidarismo” do nosso povo justificaria a intervenção estatal na organização do sindicato corporativo.

III. O pensamento e a atuação de Oliveira Vianna

Francisco José de Oliveira Vianna (1883-1951) consagrou-se como pesquisador da realidade social brasileira. Durante aproximadamente 33 anos, elaborou estudos interessados, em última análise, na compreensão da política nacional. Obcecado pela investigação objetiva do meio, teve em mira a renovação das ideias, a reelaboração da nossa cultura e o aperfeiçoamento do caráter brasileiro. As constituições de 1934, 1937 e 1946 absorveram algumas de suas ideias básicas, consubstanciadas, principalmente, nas obras *Populações Meridionais*; *Pequenos Estudos de Psicologia Social*; *O Idealismo da Constituição*; *Problemas de Política Objetiva*; *Raça e Assimilação*; *Problemas de Direito Corporativo*.⁽¹¹⁾

A Constituição de 1934 foi a primeira a conter um capítulo especial sobre a ordem econômica e social; no rol dos direitos sociais, previa o art. 21, entre outros, as normas a serem observadas pela legislação do trabalho: salário mínimo, jornada de oito horas, proibição do trabalho a menores de 14 anos, férias anuais remuneradas, indenização ao trabalhador despedido e assistência médica e sanitária ao trabalhador.

(10) GOMES, 1982. p. 120.

(11) MENDONÇA, 2002. p. 12.

(9) VIANNA, 1951. p. 11.

Nela, foi criada a representação profissional na Câmara dos Deputados (art. 23, §§ 3º e 9º), afixada o princípio da pluralidade e da autonomia sindical (art. 120), e a criação da Justiça do Trabalho, todavia, sem integração ao Poder Judiciário, ou seja, ainda da esfera do Poder Executivo.

A Carta outorgada em 1937, apelidada de “polaca”, considerou o trabalho um “dever social”, ao estilo da “*Carta del Lavoro*” italiana (art. 136); instituiu o sindicato único, em estreita colaboração com o Estado e por este controlado (art. 138); a greve e o *lock-out* foram declarados recursos nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (art. 139, segunda parte); e o elenco dos direitos sociais permaneceram, basicamente, o mesmo da Constituição de 1934.

Na visão de José Murilo de Carvalho, o modelo de organização para o mundo que sonhava, somente surgiu em Oliveira Vianna, após sua nomeação para Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, em 1932. Por essa época, abandonou a ideia do patriarcalismo rural, conformando-se com o fato de que o mundo moderno era o da indústria, do operariado, das classes sociais. Indagava como organizar este mundo dentro da utopia harmônica, incorporadora, cooperativa. Encontrava a resposta no corporativismo, no sindicalismo e na legislação social. Ao Estado, caberia até forçar as classes e as categoriais sociais a se organizarem na busca de uma sociedade harmônica e democrática. Os direitos sociais passavam a ser primordiais para se alcançar à cidadania política.⁽¹²⁾

É fundamental na obra de Oliveira Viana, no que tange ao conflito capital-trabalho, a leitura e a análise de Problemas de Direito Corporativo, de 1938, Problemas de Direito Sindical, de 1943 e Direito do Trabalho e Democracia Social, de 1951, que expõem sua visão sociopolítica e trabalhista. Suas ideias em muito influenciaram

a formação da Justiça do Trabalho, do sindicalismo e das instituições corporativas a partir do Estado Novo. Tais obras refletem os estudos empreendidos por Oliveira Vianna em Durkheim e Laski, entre outros cientistas sociais, historiadores e sociólogos.

Como outros autocratas da época, Vargas se vangloriou de ter estabelecido no Brasil a “verdadeira” democracia, “que não é aquela dos parlamentos, mas aquela que se apóia nas corporações organizadas”. Aquela, segundo as palavras do Presidente, “que responde aos interesses do povo e consulta suas tendências através as organizações sindicais e as associações de produtores”. Os dirigentes sindicais são nomeados pelo poder, a filiação sindical dá direito às vantagens sociais e os sindicatos devem inscrever nos seus estatutos a colaboração com a administração pública. O poder é, de fato, tanto centralizador como autoritário.⁽¹³⁾

A oposição entre o “país legal” e o “país real”, ocasionada pela tentativa vã de se implantar no Brasil um modelo constitucional que só se mostrava adequado aos países anglo-saxônicos, resultaria no “centrifugismo da autoridade” e, conseqüentemente, na impossibilidade de se levar a bom termo o processo de “organização nacional”. Destaque-se que a ideia de “nação organizada” era apresentada como sinônimo de um Estado dotado de um poder Executivo central hipertrofiado, capaz de se sobrepor não somente aos poderes das diversas unidades da Federação, mas também aos poderes Legislativo e Judiciário. As constituições liberais, como a tão criticada Constituição de 1891, eram apresentadas como obstáculos ao processo de organização e engrandecimento da nação.

O autoritarismo tem sua historicidade própria, distinta do apego ao passado e está relacionado aos momentos de ruptura da sociedade capitalista para a qual propõe uma *sui generis* ideia de modernização, justamente quando se

(12) CARVALHO, 1993. p. 30-32.

(13) ROLLAND, 2003. p. 78.

faz necessário que a mudança prevaleça sobre a tradição.

O aspecto autoritário desse corporativismo residia na capacidade do Estado em penetrar na vida sindical. Os sindicatos, para atuarem, precisavam ser reconhecidos, o que pressupunha obedecer a uma série de regras formais, burocráticas e políticas.

Oliveira Vianna concebeu a sociedade organizada a partir de corporações profissionais, idealizando a ação mediadora do Estado como referência principal à efetivação dos seus postulados e, assim, contribuiu decisivamente com a construção de uma teoria autoritária no Brasil dos anos trinta.

A partir da necessidade de superar a dicotomia Brasil real vs. Brasil legal, Oliveira Vianna desenvolveu os princípios de uma “revolução restauradora” centrada numa planificação reformista de mudanças estruturais, reclamando um capitalismo que se ajustasse para não se inviabilizar. No Estado Corporativo, para Oliveira Vianna, as corporações exercem um papel de mediação entre o país real e o país legal, sob a direção de um Estado forte, que submete a liberdade ao princípio da autoridade.

Adotou a “técnica autoritária”, que tinha como proposição o estabelecimento de um Estado pedagogo, edificador da Nação e inspirador do civismo, que se destinaria a organizar uma sociedade vista quase em estado de natureza.

A crise de transição do capitalismo chegou ao Brasil e encontrou uma sociedade agrária enfraquecida e um Estado com poder executivo central fortalecido, como agente político autoritário e como agente econômico interventor. O autoritarismo do Estado Novo não precisava de exemplos externos para ser concebido, pois, ele já estava presente na tradição política brasileira. A proposta do Estado Novo era uma nova política, mas essa inovação não representava mudanças profundas na sociedade, em específico, no autoritarismo que marcaria, na história do Brasil, as relações entre governantes e governados.

A fraqueza das classes sociais é um dos argumentos do pensamento autoritário brasileiro para legitimar o papel tutelar do poder público sobre a “sociedade civil”. Oliveira Vianna sempre apontou a inexistência de “classes organizadas” e a “falta de tradições e sentimentos de solidariedade” a exigir a ação corporativa do Estado.

Dessa forma, a pregação do autoritarismo ao longo da obra de Oliveira Vianna se justificava pelo pragmatismo de uma realidade posta, cuja população era considerada incapaz de transformar-se de per se; daí, a metáfora originária do pensamento torreano, denominada “visão realista” do Brasil.

Para Vianna, a sociedade brasileira, necessariamente, teria que se submeter à ação coordenadora de um Estado forte, uma vez que não estava habilitada à solidariedade horizontal. A solução era apresentada por um Estado corporativo.

A concepção de Estado Corporativo era um tema bastante discutido na Europa na década de 20, representando, naquele tempo, uma das grandes inovações de teóricos de vários países. Oliveira Vianna passa a absorver algumas novidades que adapta para o estudo da realidade nacional. No primeiro volume de Populações Meridionais no Brasil, nota a ausência de corporações entre os costumes das populações meridionais, apontando a mobilidade do trabalhador e a falta de solidariedade. Em Evolução do Povo Brasileiro, ele expressa opinião de que os sindicatos e as corporações são fatores de aceleração do domínio do nacional sobre o local. O tema do corporativismo passa a ser constante a partir de Problemas de Política Objetiva, publicado em 1930. Há um claro vínculo entre Oliveira Vianna e a produção intelectual europeia sobre o corporativismo, principalmente a italiana, em pleno florescimento nessa ocasião. Do tema só tratou, anteriormente o pensador Alberto Torres.⁽¹⁴⁾

(14) Alberto Torres foi Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado e nomeado pelo Presidente Campos Sales, em 1901 e aposentado por invalidez em 1909.

O corporativismo foi uma das novidades introduzidas pelo Estado Novo, adequado à realidade brasileira e dentro de um projeto de longo prazo, de industrialização do país, que todavia privilegiava o modelo de desenvolvimento em detrimento do regime político. Isso explicaria a permanência do corporativismo na política brasileira. O projeto do corporativismo no Estado Novo objetivaria preparar a sociedade brasileira para a industrialização: instituir a classe dos trabalhadores e garantir mão de obra para a indústria, como estratégia de desenvolvimento do país.⁽¹⁵⁾

Na verdade a proposta de Estado corporativo de Vianna era em essência um projeto de contra-revolução, na medida em que rejeitava transformações sociais limitando-as a um “reformismo constante” para evitar mudanças estruturais. Assim, “sua obra constitui, como bem acentua Evaldo Vieira, numa tentativa de sistematização ideológica dos princípios de uma revolução conservadora, entendida como uma ‘revolução burguesa retardada’”. O fascismo italiano encontrava-se em sua última fase, de instituição do Estado total, quando Getúlio Vargas implantou sua ditadura. O regime totalitário italiano, todavia não era o modelo desejado pela Constituição de 1937, pois, em relação à concepção de Estado e sociedade, ambos tinham objetivos essencialmente diferentes. As leis trabalhistas e sociais do Estado Novo não poderiam ter, o mesmo caráter das leis fascistíssimas, pois conformavam-se com as tradições políticas de um país agrícola, rural e monocultor. Diferentemente da Itália, onde existiam grandes capitais industriais em expansão, além de uma mão de obra operária organizada e estabelecida.⁽¹⁶⁾

Ao olhar essa sociedade, Oliveira Vianna deparava-se com a ausência de um cimento cultural. Tratava-se de uma sociedade desprovida de condições materiais para alavancar o

processo de constituição do Estado e do moderno sujeito de direitos. O povo era oprimido em demasia, humilhado, subjugado pelas elites com a força da intimidação e violência diretas, os trabalhadores não tinham condições de lutar por direitos de forma organizada. Daí a proposta de um Estado que controlasse com pulso de ferro uma articulação corporativa entre as duas classes sociais brutalizadas pelo sistema escravista. Sim, nem tudo eram flores. Amargavam-se contradições. Os espinhos eram autoritários, centralizadores. Numa sociedade heterogênea, desarticulada, sem identidade comum, era imprescindível um Estado unificador.⁽¹⁷⁾

O corporativismo criado pelo Estado Novo sofreu influências externas e do contexto internacional do capitalismo, seu sucesso, entretanto, deveu-se ao fato de adequar-se ao autoritarismo que, longe de ser uma novidade copiada de países mais avançados, correspondia a um aspecto marcante da história política brasileira, antes da existência do Estado Novo.

Corporativismo e autoritarismo não são sinônimos. O corporativismo societário pode ser estabelecido por iniciativa da sociedade civil. Diferentemente, o corporativismo estatal é construído a partir do Estado. Este último é mais apropriado para as formas autoritárias de poder, como foi o caso do Brasil.

O corporativismo organiza a sociedade a partir da categoria econômica ou profissional dos indivíduos. No caso do Estado Novo, os indivíduos foram organizados por profissões, o que significava dividir a sociedade por classes sociais. A separação por profissão garantia a formação de sindicatos distintos, para os patrões e os empregados, ou até mesmo, a distinção de classes profissionais, a dos eletricitistas, artistas, jornalistas, professores, comerciantes, banqueiros, industriais etc.

Oliveira Vianna, no exercício de suas funções de Consultor Jurídico, viu-se atacado mais de uma vez, na sua quase totalidade, por entidades patronais ou por pessoas a elas ligadas ou sob

É representante do pensamento ou ideário autoritário-conservador. Sua obra veio a lume entre 1910 e 1915, vindo a falecer em 1917.

(15) LANNA JUNIOR, 1999. p. 57.

(16) TRAGTEMBERG, 1981. p. 11.

(17) BIAVASCHI, 2005. p. 159.

seus serviços. Foi atacado pelo deputado Waldemar Ferreira, catedrático de direito comercial de São Paulo, por ocasião do primeiro projeto de instituição da Justiça do Trabalho, regulando o art. 122, da CF de 1934. Este era mais afeito aos ensinamentos clássicos do direito privado admitia como verdadeiras heresias jurídicas aos institutos novos, de direito social, principalmente, no que dizia respeito ao poder normativo dos tribunais do trabalho. Oliveira Vianna, todavia, dominava o direito público universal — americano, francês, italiano, alemão e inglês — trazendo novidades para a imensa maioria dos juristas brasileiros. As teses defendidas por Oliveira Vianna, em sua maioria, foram consagradas na Constituição de 1937.⁽¹⁸⁾

Refuta, assim, a tese do Professor Waldemar Ferreira de que o poder legislativo não pode ser delegado e que tal delegação seria de inspiração fascista. Oliveira Vianna afirma, de forma enfática, que apesar da Itália corporativa ter adotado a competência normativa dos tribunais do trabalho, ao lado dela se encontram outros, de tipo puramente democrático e liberal, como os Estados Unidos, a Austrália, a Nova Zelândia, a Dinamarca e a Noruega.

O fundamento da competência normativa dos tribunais do trabalho não é o regime político dominante num dado país; é a natureza mesma da decisão, é a peculiaridade do conflito a ser julgado, é a própria estrutura das organizações econômicas contemporâneas. O funcionamento da normatividade é orgânico — e não político.⁽¹⁹⁾

A legislação de proteção ao trabalhador e o poder normativo da Justiça do Trabalho, tende a apresentar mais vantagens para as camadas e grupos operários menos qualificados e que dispõem de menor capacidade de pressão e organização autônomas. Para estes, a via legal parece mais vantajosa do que a via contratual.⁽²⁰⁾

(18) MORAES FILHO, 1983. p. 1.045-6.

(19) VIANNA, 1983. p. 85.

(20) RODRIGUES, 1990. p. 32.

Na década de trinta, três normas legais disciplinaram a questão sindical, o Decreto-lei n. 19.770, de 19 de março de 1931; o Decreto n. 24.694, de 12 de julho de 1934; e, finalmente, o Decreto-lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939.

O Decreto-lei n. 19.770/1931, conhecido como “Lei de Sindicalização”, foi elaborado por Evaristo de Moraes e Joaquim Pimenta, consultores jurídicos do Ministério, dentro da concepção manifestada pelo Ministro Lindolfo Collor — tinha como objetivo inequívoco, embora não confessado, de desmobilizar o avanço das lutas operárias.

Em que pese o referido decreto ter disposto de regras de aplicação facultativa, o certo é que ele deu início à política de controle sindical pelo Estado e obteve adesões por conta de estímulos a sindicalização oficial, mediante a concessão de privilégios aos sindicatos que requeressem a carta de reconhecimento.

Os comunistas, a partir de 1934, aproximadamente, começaram a fazer com que as entidades sindicais, que estavam sob sua orientação, pedissem o reconhecimento ao Ministério do Trabalho, porque viam nessa atividade um modo de terem acesso à representação classista da Câmara dos Deputados prevista na Constituição de 1934. Todavia, os trotskistas lutaram contra a oficialização dos sindicatos.⁽²¹⁾

O Decreto n. 24.694/1934 teve a participação de Joaquim Pimenta, como relator e de Oliveira Vianna, consultor jurídico e chefe da Consultoria. O seu art. 2º, alínea “c”, definia os sindicatos como órgãos de colaboração com o Estado na solução dos problemas profissionais.

O decreto acabava com a autonomia sindical em razão do controle do Ministério do Trabalho sobre os sindicatos. O conteúdo dos estatutos sindicais estava previsto no decreto. Continuava proibida a propaganda de ideologias exóticas e de caráter político e religioso. Foi mantida a obrigação de remessa de relatórios ao Ministério. As penalidades são abrandadas,

(21) COSTA, 1986. p. 10.

mas o sindicato poderia ser fechado até 6 meses. Proíbem-se as entidades sindicais de se filiarem em organismos sindicais internacionais.

O Decreto-lei n. 1.402/1939 surge durante o Estado Novo, sob o regime da Carta outorgada de 10 de novembro de 1937. Este diploma legal foi elaborado por uma comissão de juristas do Ministério do Trabalho, sob a direção de Oliveira Viana.

Mantinha o decreto-lei a necessidade do registro sindical de reconhecimento. Admitia que os sindicatos pudessem impor contribuições a todos que participassem das profissões ou categorias representadas. Fixava deveres aos sindicatos de colaboração com o poder público, manutenção de atividades assistenciais, quando, anteriormente, eram somente atribuições do sindicato. A função política era afastada do sindicato. Retorna o princípio da unicidade sindical, pois o art. 6º estabelecia que não seria reconhecido mais de um sindicato para cada profissão.

O diploma legal estadonovista continuava a definir o conteúdo do que deveria constar dos estatutos. Inova somente, em seu art. 8º, na exigência que nos estatutos constasse a afirmação de que a associação agiria como órgão de colaboração com os poderes públicos e as demais associações, no sentido da solidariedade das profissões e da sua subordinação aos interesses nacionais.

O art. 10 estabelecia como condição, para funcionamento do sindicato, a abstenção de qualquer propaganda de doutrinas incompatíveis com as instituições e os interesses da Nação, bem como de candidaturas a cargos eletivos estranhos ao sindicato.

Foi retomada, por força da disposição contida no art. 17, a possibilidade de intervenção estatal nos sindicatos se ocorressem circunstâncias que perturbassem o seu funcionamento.

Mais um caso de inelegibilidade passou a constar no art. 19, qual seja para aqueles que professassem ideologias incompatíveis com as instituições ou os interesses da Nação.

Aumentava o controle estatal sobre as entidades sindicais, ao estabelecer no art. 26 que o Presidente da República, quando julgasse conveniente aos interesses da organização sindical, poderia ordenar que se organizassem em federação os sindicatos de determinada profissão, ou determinado grupo de profissões, e também teria o poder para organizar confederações.

A estrutura sindical vertical e subordinada ao Estado, de tipo corporativo, é afirmada no decreto-lei, em seu art. 23.

Aumentou-se o controle estatal sobre os recursos financeiros das entidades sindicais, consoante o art. 40.

A carta de reconhecimento de uma entidade sindical poderia ser cassada caso esta ousasse uma postura hostil às diretrizes governamentais, consoante o art. 45, alínea c.

Nenhum ato de defesa profissional seria facultado à associação não registrada na forma do art. 48, § 4º, e mesmo a denominação “sindicato” passou a ser privativa das associações profissionais de primeiro grau, por disposição expressa do art. 50.

Esta, pois, foi a estrutura legal que regeu o sindicalismo corporativo no Brasil, dentro de um espírito conservador e autoritário que orientava o Estado. Esta legislação sindical brasileira não pode ser considerada como fascista; primeiro, porque não se pode equiparar corporativismo ao fascismo e, em segundo lugar, vários são os corporativismos, não se podendo igualar o corporativismo italiano, fascista, àquele defendido por Oliveira Vianna.⁽²²⁾

É inegável o papel intelectual orgânico de Oliveira Vianna que só se tornou possível com o exercício das funções do cargo de Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, no qual imprimiu praticidade às suas ideias nacionalistas, autoritárias, e do sindicalismo corporativista.

Intelectual orgânico, aqui, é visto dentro da concepção Gramsciana, ou seja, aquela que vê

(22) Biavaschi, 2005: 159.

a ação do intelectual de uma forma ampliada, com um caráter original de formulador. O intelectual orgânico, para Gramsci, age, atua, participa, ensina, organiza e conduz, ou seja, se integra na construção de uma nova cultura, de uma nova visão de mundo, uma nova hegemonia. Este intelectual se contrapõe àquele teórico, sem qualquer aproximação com o empírico. Na lição de Gramsci, a teoria só tem sentido quanto é testada na prática.

Oliveira Vianna via o Estado moderno como uma “reação contra o individualismo”, uma “gravitação para o grupo”. Prevalcia, na nossa sociedade de “origem colonial”, uma mentalidade “anti-grupalista”, o “insolidarismo social” dada a “fraqueza de nossa consciência coletiva”. A formação dessa consciência coletiva seria realizada por um Estado “forte”, seja pela educação, seja pela coação, dentro de uma “política nacional, racionalmente determinada, conscientemente deliberada”.⁽²³⁾

O corporativismo estadonovista se vincula ao modelo de intervencionismo estatal do New Deal rooseveltiano, e Oliveira Vianna sempre se preocupou de dissociá-lo do fascismo de que era alvo de acusações. Franklin Roosevelt (1882-1945), defensor da propriedade e da livre empresa, defende com rigor que somente a intervenção do Estado pode corrigir as leis naturais no sentido do bem-estar geral. Ele é considerado o presidente do reformismo.

Vincula-se, doutrinariamente, o corporativismo brasileiro ao pensamento social da Igreja católica, tal como consubstanciado nas encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*.⁽²⁴⁾ Oliveira Vianna via as instituições corporativas inspiradas no pensamento católico e não no Fascismo e no Nazismo. Aponta sempre como fontes do corporativismo as encíclicas *Rerum Novarum* vindas de Leão XIII e *Quadragesimo Anno* de Pio XII, e não de Hitler ou de Mussolini.

(23) VIANNA, 1974. p. 23-28.

(24) VIANNA, 1951. p. 112.

O “insolidarismo” do povo brasileiro, apontado por Oliveira Vianna, é fato incontestável, que fundamenta a ideia de um sindicato único por profissão. Quanto menos fragmentação houvesse nas associações, maior força teria os sindicatos em um país onde os laços por interesse eram tão enfraquecidos.

Oliveira Vianna parte, todavia, do “insolidarismo” social para considerar o caráter brasileiro inconsistente e inapto para as tarefas associativas e para o exercício da cidadania, no que dizia respeito às lutas operárias. Esta constatação justificava, para ele, a imperiosa necessidade de um regime político autoritário. Ao Estado, caberia o papel organizador e regulamentar da estrutura e funcionamento do sindicalismo corporativista.

No Brasil, o sindicato é uma causa inicial de um futuro espírito associativo. Gisálio Cerqueira Filho vê o dado trabalhado por Oliveira Vianna sob a rubrica da “insolidariedade social” na formação histórica brasileira como fundamental para a explicação, justificação e racionalização na intervenção do Estado na legislação sindical.⁽²⁵⁾ Se o povo não é solidário, o Estado tem que intervir para organizar e fazer funcionar o sistema sindical corporativo.

A nova política social, para Oliveira Vianna, não devia se limitar a proteger o trabalhador, mas modificar “a sua condição de simples instrumento da produção, máquina viva que funcionava ao lado das máquinas inanimadas”. A nova política deveria se conformar plenamente com os princípios fundamentais da doutrina social da Igreja, consubstanciada nas encíclicas papais *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. O que caracterizaria a nova política social deveria ser “a preocupação de restaurar, no operário ou no trabalhador, a sua dignidade de pessoa humana”.

Espírito de igualdade e de justiça nas relações entre operários e patrões; sentimento de colaboração e solidariedade que envolvesse

(25) CERQUEIRA, 1982. p. 63-64.

ambos numa atmosfera de fraternidade; a inexistência de barreiras insuperáveis entre a condição de operário e a condição de patrão são as notas características da nova política.

Essa política de elevação e dignificação do trabalhador implicava, segundo Oliveira Vianna, em cinco problemas fundamentais a serem tratados pelo Estado e seus especialistas, e outros espíritos e corações generosos.

O primeiro problema a resolver era o da modificação da mentalidade da classe patronal. O desejado espírito de solidariedade e de fraternidade para com as classes trabalhadoras só veio a ser alcançado após uma árdua luta, na qual se destacaram filantropistas de todos os matizes, a Igreja, com sua doutrina e o Estado ao instituir um severo sistema de deveres sociais, de natureza imperativa, porque sujeito a sanções penais.

O segundo problema a resolver era o da modificação da mentalidade do próprio operariado. Dois traços, segundo Oliveira Vianna, dominavam a mentalidade operária: um era o espírito antipatronal e o outro, o sentimento de social inferioridade. Cita o advento e o florescimento das instituições corporativas, ou pré-corporativas, que colocam em pé de igualdade patrão e empregado, além de outras instituições estatais ou privadas.

O terceiro problema posto era acerca da constituição do ambiente material e social necessário para fazer ressurgir e desenvolver, na consciência do trabalhador, o sentimento de sua dignidade humana e de sua elevação social. E aí se inserem os serviços públicos para atender as casas higiênicas e confortáveis, vilas operárias, cidades jardim, instituições recreativas, instituições culturais, instituições sanitárias, clínicas, ambulatórios, cooperativas, instituições de previdência, agências de colocações, tribunais do trabalho, acessíveis e gratuitos.

O quarto problema Oliveira Vianna denomina de problema da organização da capilaridade social da classe trabalhadora, ou seja, de ascensão e superiorização. Aqui se inserem o sistema

de bolsa de estudos e de extensão universitária, e o sistema de participação dos conselhos do Governo como representante de sua classe.

O quinto problema é o da oficialização da assistência social como um serviço público. Trata-se de articulação pelo Estado de todos os serviços de caridade e de filantropia com o objetivo de ressaltar, na pessoa do assistido, aquilo que constitui a sua dignidade humana.⁽²⁶⁾

Entre os anos de 1919 e 1930 muito conseguiram as classes trabalhadoras: assinatura pelo Brasil do Tratado de Versalhes que estabeleceu direitos mínimos em favor dos trabalhadores e criou a Organização Internacional do Trabalho — OIT; Decreto n. 3.724, de 1919, que regulou as obrigações resultantes de acidentes do trabalho; Decreto n. 16.027, de 30 de abril de 1923, criando o Conselho Nacional do Trabalho, como aparelho técnico-burocrático para organizar a legislação do trabalho e superintender sua aplicação; Lei n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, a chamada lei Eloy Chaves, que criou em cada estrada de ferro existente no país uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos empregados; a Lei n. 5.109, de 20 de dezembro de 1926, ampliou tais benefícios às empresas portuárias e marítimas; a Lei n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, facultou as várias classes, anualmente, 15 dias de férias, sem prejuízo do ordenado, vencimentos ou diárias percebidas; o Decreto n. 5.485, de 30 de junho de 1928, estendeu os seguros de enfermidade e morte ao pessoal não contratado das empresas radiotelegráficas e telegráficas e o Decreto n. 5.492, de 16 de julho do mesmo ano, regulava a organização de diversões e a locação de serviços teatrais.

Evaristo, diante de tal legislação anterior ao ano de 1930, categoricamente afirma:

Daí considerarmos erro histórico, além de mera propaganda eleitoral, a frase feita de que o Brasil nada possuía nesse terreno antes daquela última data é uma injustiça que se

(26) VIANNA, 1951. p. 34-35.

comete com a classe operária; aos grandes idealistas e lutadores que a defenderam e orientaram; aos parlamentares, principalmente, aos membros da Comissão de Legislação Social; e, finalmente, a alguns homens de governo. Deve-se, em parte, esta afirmação enganosa de perspectiva histórica ao regime ditatorial que o Brasil viveu de 1937 a 1945. (...) Segundo os arautos de tal regime nada fora imaginado, concebido, pensado, tentado, nem realizado por ninguém, antes de o haver feito o Chefe Nacional.⁽²⁷⁾

Na verdade, a expressão “dignidade da pessoa humana” vinha sendo defendida como meta a ser alcançada em favor dos trabalhadores pelos movimentos sociais, sejam socialistas, sejam católicos, sejam fascistas. As soluções aventadas é que eram divergentes conforme a corrente ideológica.

A solução preconizada por Oliveira Vianna atendia às suas posições conservadoras, mas antiliberais e anticomunistas, com amparo na doutrina social da Igreja.

Na verdade, Oliveira Vianna defende um Estado centralizado e intervencionista, fundado na autoridade, restando aos cidadãos o direito de participarem nas corporações de origem estatal e a liberdade civil garantida pelo Poder Judiciário, todavia, é suprimida a liberdade política em nome da reconstrução nacional.

A organização da Justiça do Trabalho e do sistema sindical é, todavia, a única tentativa, no sentido prático, de construção do Estado corporativo revelada nas atividades de Oliveira Vianna.

O sindicato é visto como instrumento para os empregadores e empregados participarem efetivamente do Estado. As classes participariam dos conselhos e das corporações e, dessa forma, atenderiam à finalidade pretendida por Oliveira Vianna do sindicalismo se tornar à força motriz da organização do povo.

Em relação à Justiça do Trabalho, o traço corporativo era mais acentuado, porque tinha

competência normativa para corrigir os desajustes econômicos geradores dos conflitos de trabalho, mediante a fixação de uma norma geral e única. A Justiça do Trabalho passa a ser constituída de órgãos de natureza corporativa e técnica com competência para conciliar e julgar conflitos coletivos de natureza econômica. A Justiça do Trabalho era paritária, ou seja, tem a participação de representantes dos empregadores e dos empregados, sob a presidência de um juiz, representando o Estado.

Evaldo Vieira critica o esvaziamento do poder do colegiado em favor do fortalecimento dos presidentes dos tribunais e do intervencionismo estatal, ao afirmar que “o corporativismo de Oliveira Vianna não passou, portanto, de componente do Estado, funcionando em seu nome como um elemento de mediação entre ele e a sociedade”.⁽²⁸⁾

IV. Conclusão

O corporativismo ínsito na Doutrina Social da Igreja foi a base da organização da Justiça do Trabalho e do sistema sindical no Brasil e, nesse sentido preponderante, foi o pensamento de Oliveira Vianna na elaboração da legislação pertinente.

O corporativismo, ainda que tenha sido adotado pelo fascismo, ao mesmo tempo, se inseriu na Doutrina Social da Igreja que ao fascismo precedeu, não se podendo, portanto, atribuir às instituições da Justiça do Trabalho e do sistema sindical brasileiro a inspiração fascista.

O corporativismo representou uma reação ao liberalismo e ao comunismo, ao defender a intervenção do Estado no domínio econômico e a conjugação de esforços de empregadores e empregados em prol do progresso e da paz social.

Nesse sentido, tem o corporativismo um conteúdo ideológico conservador, mas que, ao mesmo tempo, se revela oposto ao modelo

(27) MORAES FILHO, 1978. p. 105.

(28) VIEIRA, 1993. p. 164.

econômico individualista e político liberal, adotando um posicionamento estatal que erigiu uma Justiça do Trabalho para resolver o conflito capital e trabalho e um sistema sindical integrado ao aparelho do Estado em nome da colaboração e da paz social.

V. Referências bibliográficas

1. Livros

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *A “questão social” no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

COSTA, Sérgio Amad. *Estado e controle sindical no Brasil* (um estudo sobre três mecanismos de coerção — 1960/64). São Paulo: T. A. Queiroz, 1986.

GOMES, Ângela Maria de Castro. *Burguesia e trabalho*. Política e legislação social no Brasil 1917-1937. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

MORAES FILHO, Evaristo. *O problema do sindicato único no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

RÉMOND, René. *Le XX^e. Siècle de 1914 a nous jours*. Paris: Seuil, 2002.

RODRIGUES, Leôncio M. *Partidos e sindicatos*. São Paulo: Ática, 1990.

VIANNA, F. J. Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. O problema da incorporação do trabalhador no Estado. Rio de Janeiro: José Olympio, 1951.

_____. *Instituições Políticas Brasileiras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1974.

_____. *Problemas de direito corporativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

2. Teses

BIAVASCHI, Magda B. *O direito do trabalho no Brasil — 1930/1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. Doutorado em economia aplicada. Campinas: Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, 2005.

LANNA JR., Mário Cléber Martins. *Dois histórias de regulação do trabalho e do capital: um estudo comparado da legislação do Estado Novo brasileiro e do fascismo italiano*. Doutorado em História. Rio de Janeiro: Instituto de Filosofia e Ciências

Sociais — IFCS, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1999.

MENDONÇA, Carlos Vinicius Costa de. *O êxtase autoritário: a política educacional de segurança nacional no período Vargas e sua repercussão no Espírito Santo (1930-1940)*. São Paulo: Doutorado em História, Universidade de São Paulo, 2002.

3. Capítulo de obra

BRESCIANI, Maria S. Brasil: liberalismo, republicanismo e cidadania. In: SILVA, Fernando T. *et alii*. (Orgs.). *República, liberalismo, cidadania*. Piracicaba: Unimep, 2003. p. 3-25.

CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Vianna. In: BASTOS, E. Rugai; MORAES, J. Quartim de (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Unicamp, 1993.

GOMES, Ângela Maria de Castro. O redescobrimto do Brasil In: OLIVEIRA, Lúcia Lippi (Org.). *Estado Novo, ideologia e poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 120.

ROLLAND, Denis. “Gegé”, le dictateur “cordial” et la culture: politique autoritaire, contrôle des cultures nationales et instrumentalisation des cultures étrangères. In: ROLLAND, D.; BASTOS, E. R.; RIDENTI, Marcelo (Orgs.). *Intellectuels et politique Brésil-Europe XIX^e-XX^e siècles*. Strasbourg: L’Harmattan, 2003.

TRAGTEMBERG, Maurício. Apresentação. In: VIEIRA, Evaldo A. *Corporativismo e autoritarismo no Brasil* (Oliveira Vianna & Companhia). 2. ed. São Paulo: Cortez, 1981.

VIEIRA, Evaldo. Oliveira Vianna e o Estado brasileiro no século XX. In: BASTOS, E. Rugai; MORAES, J. Quartim de (Orgs.). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Unicamp, 1993.

4. Artigos

GOMES, Ângela Maria de Castro. Empresariado e legislação social na década de 30. In: *Seminário Internacional sobre a Revolução de 1930*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

MORAES FILHO, Evaristo de. Oliveira Viana e o direito do trabalho no Brasil. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 47, n. 9, p. 1.033-1.048, set. 1983.

A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: análise dos fundamentos jurídicos

Gaysita Schaan Ribeiro^(*)

Resumo:

- ▶ Este artigo tem por objetivo a análise dos fundamentos jurídicos da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na execução trabalhista, com enfoque em princípios constitucionais, a partir da relação que se estabelece entre empregado e empregadora, pessoa jurídica, cujo quadro social é composto de pessoas físicas, à qual o Direito confere autonomia patrimonial. Busca-se, pela análise doutrinária e jurisprudencial, uma releitura desse instituto jurídico, sob a moderna concepção do direito processual como meio de satisfazer o direito material, e com uma participação mais ativa do magistrado para a efetividade do Direito.

Palavras-Chave:

- ▶ Personalidade jurídica — doutrina da desconsideração — fundamentos jurídicos — execução trabalhista.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista
 - ▶ 2.1. Considerações iniciais
 - ▶ 2.2. Os sujeitos da relação jurídica de emprego e os efeitos contratuais
 - ▶ 2.3. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial da empresa
 - ▶ 2.3.1. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial dos sócios
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ This article aims to analyze the juridical fundamentals of the Disregard Doctrine of Legal Entity in labor execution cases, with a focus on the constitutional principles, departing from the established relationship between employee and employer, being the latter a juridical person whose patrimonial autonomy is granted by law. Through the analysis

(*) Advogada.

of both the doctrine and the former court decisions, I seek an alternative reading of this juridical institution, under the modern conception of litigation law as means of satisfying the material right, with a more active participation of the judge for the effectiveness of the Law.

Keywords:

► Juridical personality — disregard doctrine — juridical fundamentals — labor litigation.

Os novos institutos não surgem repentinamente, mas se desenvolvem gradualmente sobre o tronco de velhos institutos que vêm aos poucos se renovando e cumprindo novos objetivos.

(Tullio Ascarelli)

1. Introdução

Este estudo aborda a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista, partindo dos princípios constitucionais que amparam todo e qualquer cidadão, assim também o trabalhador, na busca da efetividade de seus direitos e interesses, porventura, violados numa determinada relação jurídica de emprego.

O direito processual contemporâneo vem sofrendo as influências de uma nova corrente de ideias, cujo principal objetivo é, reconhecendo o processo como meio de satisfazer o direito material, utilizá-lo do modo mais adequado, célere e justo possível, a fim de que o Direito cumpra a sua própria razão de ser: pacificar e harmonizar as relações sociais.

O vínculo jurídico que se estabelece entre empregador e empregado está inserido em um complexo contexto. De um lado, acha-se o empregador, empreendedor, proprietário do negócio e que detém as rédeas da atividade econômica; de outro, o empregado, cujo esforço físico e/ou intelectual depende em prol dessa mesma atividade, em troca, apenas, de uma remuneração que lhe proporcione um mínimo para o sustento próprio e de sua família.

Estando a atividade empresarial sujeita aos riscos inerentes ao mercado econômico e financeiro, e diante das disposições que, *de lege lata*,

regulam as relações de emprego e a responsabilidade pelo inadimplemento contratual, é imprescindível ao operador do direito fazer, por vezes, uma releitura dos institutos jurídicos, procurando aperfeiçoar conceitos e renovar ideias, de modo a acompanhar as constantes mudanças que ocorrem no contexto econômico e social.

A partir dessas premissas é que se desenvolve o presente estudo.

2. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista

2.1. Considerações iniciais

A Constituição da República (CR) enfeixa, em um sistema, uma série de direitos e garantias, individuais e coletivos, considerando Estado e Cidadãos, e estes entre si, visando a harmonia nas relações sociais.

Em seu art. 5º, inciso XXXIV, a Lei Fundamental confere a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se da positivação do Princípio do Acesso à Justiça, pelo qual o Estado garante a prestação jurisdicional para a solução justa dos litígios sob seus auspícios.

Outra garantia constitucional e fator legítima do exercício da jurisdição é o Princípio do Devido Processo Legal, consagrado no inciso LIV do mesmo dispositivo, pelo qual a atuação judicial deverá observar determinadas regras procedimentais previamente estabelecidas em lei. Nele, estão compreendidas outras garantias, tais como o contraditório (não apenas formal, mas pleno e efetivo) e a ampla defesa (conduta

dialética do processo), o duplo grau de jurisdição, a assistência judiciária gratuita, a publicidade, o juiz natural e a motivação das decisões judiciais.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, ao art. 5º foi acrescido mais um inciso, pelo qual passou a garantir-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação.

Com este conjunto de normas, consubstanciado em princípios e regras, somados a outros, como os princípios da Isonomia e da Inafastabilidade da Jurisdição, busca o ordenamento jurídico assegurar a efetividade das decisões judiciais que hão de conferir aos cidadãos o bem da vida almejado, o direito subjetivo invocado.

Neste contexto, surge no Direito Contemporâneo uma nova concepção do direito processual, doutrina que o denomina de “Pós-moderno”, apreçoando que:

“a relatividade do direito processual pós-moderno se traduz pela recusa de um processo formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, e pela aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas.” (FREIRE, 2008. p. 28)

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2006. p. 139), trata-se de:

“costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das ‘tutelas dos direitos’, e sem, evidentemente, negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual.”

A toda evidência, os anseios sociais não mais permitem a desvinculação transdisciplinar. O sistema jurídico como regulador do sistema social, na visão contemporânea, tende, assim, a afastar-se, aos poucos, da concepção de uma regulamentação exageradamente conservadora,

para tornar-se uma sistematização mais flexibilizada.

Para tornar efetivo o processo, destarte, é necessário imprimir celeridade e priorizar os meios que possibilitem a superação dos inúmeros obstáculos e desafios da execução. Afinal, é no momento em que as regras jurídicas são aplicadas e efetivadas que o Direito mostra a sua *raison d'être* (DEBS, 2006. p. 251).

Sob esses novos ventos é que se deve analisar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na execução trabalhista, porquanto, em perfeita harmonia com os princípios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, que tutelam créditos superprivilegiados, de natureza alimentar, consoante disposição contida no art. 100, § 1º-A, da CR.

2.2. Os sujeitos da relação jurídica de emprego e os efeitos contratuais

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 2º, considera empregador “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Embora a lei celetista não tenha utilizado o melhor termo ao se referir ao empregador como “empresa”, o que é bastante criticado pela doutrina, incontroverso é que empregador será sempre uma pessoa física ou jurídica.

Por via transversa do conceito de empresário contido no art. 966 do Código Civil (CC), chega-se ao entendimento de que empresa é “a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, ou seja, é a organização técnico-econômica que, combinando os elementos matéria-prima, trabalho e capital, produz bens ou serviços para troca, visando a obtenção de lucro. A organização dessa atividade e a responsabilidade sobre ela cabe ao empresário, o qual reúne, coordena e dirige os seus elementos, suportando os riscos dela decorrentes.

Oportuno referir, neste ponto, que a empresa não pressupõe a existência de uma sociedade,

pois a atividade empresarial pode ser desenvolvida por uma só pessoa física (o empresário individual), e não, necessariamente, por duas ou mais pessoas, a quem a lei autoriza formarem uma sociedade, esta, sim, pessoa jurídica, empresária, sujeito de direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o Código Civil de 2002, que trouxe significativas mudanças para o Direito Empresarial, as sociedades, hoje, são divididas em: (i) não personificadas; e (ii) personificadas. No primeiro grupo, estão as sociedades em comum e em conta de participação; no segundo, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações.

Para fins deste estudo, irá interessar apenas a sociedade limitada, em razão dos diversos tratamentos jurídicos dados pelo Direito Empresarial às demais espécies de sociedades no que diz respeito à responsabilização patrimonial dos sócios.

Pois bem, fixados estes conceitos e limites, passa-se a uma breve análise dos efeitos do contrato de trabalho, que também terão influência na conclusão deste estudo.

O contrato de emprego estabelecido entre uma empresa (individual ou coletiva) acarreta aos sujeitos da relação jurídica determinadas obrigações. São os efeitos próprios do contrato.

As principais obrigações impostas aos sujeitos da relação de emprego são: ao empregador, dar trabalho e remunerar; ao empregado, prestar o serviço para o qual foi contratado. Evidentemente, outras obrigações decorrem da relação de emprego, como a assinatura da CTPS, o depósito do FGTS, a emissão da CAT quando do infortúnio, pelo empregador, e, pelo empregado, as obrigações de conduta, de bem portar-se no ambiente de trabalho, de utilizar adequadamente as ferramentas que lhe são confiadas etc.

Estabelecidos, assim, os sujeitos da relação jurídica de direito material que ora se pretende analisar, bem como os efeitos que decorrem

desse vínculo, é possível avançar para o estudo dos fundamentos da responsabilidade patrimonial decorrente do inadimplemento das obrigações trabalhistas.

2.3. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial da empresa

As sociedades limitadas estão regulamentadas nos arts. 1.052 a 1.087 do CC, que, já no primeiro deles, dispõe que “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

Assim, com a personificação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada estabelece-se a separação do patrimônio dos sócios em relação ao do ente coletivo, já que contribuem, inicialmente, com bens particulares para a constituição dos fundos sociais. Feito isto, cabem aos sócios o direito à participação nos lucros e à parcela do acervo social líquido quando da extinção da sociedade (BERTOLDI, 2006. p.143). Trata-se do princípio da autonomia patrimonial.

É oportuno lembrar que a solidariedade a que se refere o art. 1.052 diz respeito apenas à eventual insuficiência de integralização do capital de um ou mais sócios, quando todos os que compõem o quadro social terão de arcar com o valor não integralizado.

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “pode parecer, à primeira vista, uma regra injusta, mas não é. Como o risco de insucesso é inerente a qualquer atividade empresarial, o direito deve estabelecer mecanismo de limitação de perdas, para estimular empreendedores e investidores à exploração empresarial dos negócios” (2007. p.157). Prossegue alertando para o fato de que, sem limitação das perdas, os lucros teriam de ser maiores e, assim, conseqüentemente, seriam maiores os preços dos bens ou serviços adquiridos no mercado. Mais adiante, refere o autor que “também não há injustiça na regra da limitação da responsabilidade dos sócios porque os credores, ao

negociarem seus créditos, podem incluir nos preços uma taxa de risco associada à perda decorrente da falência da sociedade” (p. 158). Não há como deixar de concordar com essas considerações, evidentemente. No entanto, apenas em relação a contratantes de mesma suficiência econômico-financeira, ou seja, em igualdade de condições e possibilidades. Não é o caso da relação estabelecida entre empresa e trabalhador.

Prosseguindo. Dispõe o art. 591 do Código de Processo Civil (CPC) que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.” E, no art. 592, que “ficam sujeitos à execução os bens: (...) II – do sócio, nos termos da lei” (v. também art. 596).

De acordo com MARINONI e MITIDIERO (2008. p. 607), os artigos 592, inciso II, e 596 não devem ser aplicados isoladamente. “Estão atrelados à situação específica, prevista em lei, para que possam induzir responsabilidade secundária dos sócios”. Exemplos, para ilustrar, são os arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN).

A par dessas disposições, surgiu, como construção doutrinária e jurisprudencial, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, primeiro em decisões judiciais americanas, inglesas e alemãs, depois, integrando a jurisprudência e a doutrina de outros países, como o Brasil, tendo aqui, como pioneiro, o eminente jurista Rubens Requião.

Essa teoria veio como um instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica, especialmente contra a realização de fraudes. Passou a ser adotada pelo Judiciário brasileiro, relativizando o princípio da autonomia patrimonial do ente coletivo.

A decisão judicial proferida neste sentido declara a ineficácia episódica do ato constitutivo da pessoa jurídica, para alcançar o acervo patrimonial dos sócios e controladores, até então, protegidos pela formalidade jurídica da

personificação. Não se trata de anulação ou extinção da pessoa jurídica, mas de afastamento casuístico e temporário de alguns de seus efeitos.

A propósito, a doutrina brasileira desenvolveu, com FÁBIO ULHOA COELHO (2005. p. 85), uma divisão da teoria *sub examen* em duas subteorias, denominadas Teoria Maior e Teoria Menor.

A primeira, segundo o autor,

é a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto.

A segunda,

se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.

Em 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teoria da desconsideração da personalidade jurídica passou a fazer parte do direito positivo, e, posteriormente, a compor, também, a nossa lei substantiva, com o advento do Código Civil de 2002. Não se pode deixar de mencionar, contudo, as previsões antes contidas nas Leis ns. 6.404/76 (Lei das S/A), 8.884/94 (Lei Antitruste) e 9.605/98 (Crimes Ambientais).

Para efeitos da presente abordagem, considerar-se-á o CDC e o CC, que dispõem, nos arts. 28 e 50, respectivamente, o seguinte:

Art. 28/CDC. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Art. 50/CC. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Como se vê, a lei consumerista abarca uma gama maior de possibilidades para a incidência da desconsideração, e isso decorre, indubitavelmente, em razão da natureza das relações jurídicas que estão sob sua proteção, aliás muito similares às relações de emprego, que também têm, num dos polos, uma pessoa hipossuficiente, em posição de desvantagem em relação à outra.

Sem a pretensão de realizar um estudo comparado da teoria em questão, mas apenas a título de informação, cumpre referir que, segundo JORGE NETO e CAVALCANTE (2008, p. 332),

Nos Estados Unidos, essa doutrina só tem sido aplicada nas hipóteses de fraudes comprovadas, em que se utiliza a sociedade como mero instrumento ou simples agente do acionista controlador. Em tais casos de confusão do patrimônio da sociedade com o do acionista, induzindo terceiros em erro, tem-se admitido a desconsideração, para responsabilizar pessoalmente o controlador.

No Direito do Trabalho Português, encontram-se algumas peculiaridades. Em comentários ao art. 379º do Código do Trabalho, JOANA VASCONCELOS (2008, p. 697) diz o seguinte:

“A responsabilidade dos sócios controladores da sociedade-empregadora e dos gerentes, administradores ou diretores é extracontratual, fundada em atuação ilícita e culposa e num dano por aquela causado ao trabalhador — e não mera responsabilidade patrimonial ou de garantia.

A efectivação desta responsabilidade depende da alegação e prova, pelo trabalhador, dos seus pressupostos (facto ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade), nos termos gerais.

E prossegue:

A responsabilidade dos sócios por créditos laborais dos trabalhadores da sociedade-empregadora não abrange, naturalmente, todos e quaisquer sócios desta, mas apenas os denominados ‘sócios controladores’, *i. e.*, aqueles que exercem ou podem exercer uma influência dominante na sociedade. (...)

A responsabilidade do sócio controlador depende sempre da responsabilidade do gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização por si designado ou eleito (ou não destituído). (...) Por outro lado, tal responsabilidade pressupõe, ainda, a culpa do próprio sócio — seja culpa *‘in eligendo’*, seja ‘quando pelo uso da sua influência’ tenha determinado a prática ou a omissão do acto gerador de responsabilidade civil do gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização.

Quando isso suceda, o sócio responde (...) perante o trabalhador, solidariamente com a sociedade e com o gerente, administrador ou director por si designado ou eleito, pelos créditos laborais devidos pela sociedade empregadora.”

Feitas estas considerações, encaminha-se este estudo para a análise da aplicação da Teoria

da Desconsideração da Personalidade Jurídica e dos dispositivos legais existentes, com enfoque na execução dos créditos trabalhistas.

2.3.1. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial dos sócios

O instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica não está expressamente positivado na legislação trabalhista. A sua aplicação decorre do disposto nos arts. 8º, parágrafo único, 769 e 889 da CLT, que autorizam a incidência de preceitos integrantes do direito comum, do direito processual comum e da Lei das Execuções Fiscais (LEF) às hipóteses não previstas na lei celetista, condicionada à compatibilidade com os princípios que alicerçam o direito do trabalho e o direito processual do trabalho.

Em sede doutrinária, SCHIAVI (2008. p. 115) refere que duas são as teorias da desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização do sócio pelas dívidas trabalhistas da sociedade. A primeira é a teoria subjetiva, que tem como pressupostos a inexistência de patrimônio social e a caracterização de abuso de poder, desvio de finalidade, confusão patrimonial ou má-fé praticados pelo sócio. A segunda, mais atual segundo ele, é a teoria objetiva, “que disciplina a possibilidade de execução dos bens do sócio, independentemente de os atos destes violarem, ou não, o contrato, ou haver abuso de poder.” Este posicionamento se assenta na natureza alimentar do crédito trabalhista e na hipossuficiência econômica do trabalhador, especialmente para demonstrar a má-fé do administrador.

DALLEGRAVE NETO (2002. p. 186) classifica as teorias em subjetiva e objetiva, no mesmo sentido adotado por Schiavi, mas ainda vislumbra uma terceira, a qual denomina finalística, segundo a qual, havendo prejuízo do credor e dificuldade da execução, a intenção fraudulenta do devedor é presumida, não carecendo de prova por parte daquele.

A tese da culpa presumida também é defendida por HOMERO BATISTA MATEUS

DA SILVA (2008. p. 18), que, referindo-se às lições de Fábio Konder Comparato, afirma que “a antiga vinculação entre responsabilidade e poder de gestão”, presente no art. 10 do Decreto n. 3.708/19, “transmudou-se numa relação entre responsabilidade e poder de controle”, porquanto referido dispositivo restou revogado pelo art. 50 do CC-02, que ampliou a abrangência da desconsideração a todos os sócios da pessoa jurídica.

Em sentido oposto, ou seja, pela necessidade de prova do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, posiciona-se FLÁVIO TARTUCE. Considera este doutrinador que as normas insertas no CDC não se aplicam ao Direito Laboral, pois trata-se de diploma legal direcionado a regular relações de consumo, conclusão que retira da análise dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/90. Diz ele que tampouco a doutrina maximalista admitiria reconhecer, aqui, uma relação de consumo (para a doutrina maximalista, na análise da relação de consumo não se leva em conta a vulnerabilidade técnica, jurídica ou socioeconômica).

Abstraindo os respeitáveis posicionamentos contrários ou favoráveis à aplicação subsidiária do art. 50 do CC e da aplicação por analogia do art. 28 do CDC, entende-se que, na análise da desconsideração da personalidade jurídica da empregadora, há que se levar em conta, primeiro, alguns aspectos fundamentais, nem sempre ponderados com a devida prioridade.

Com efeito, a relação jurídica obrigacional derivada do vínculo empregatício se dá entre uma pessoa física, o trabalhador, que se coloca à disposição de um empregador, entregando-lhe sua força de trabalho para que integre a atividade econômica, em troca de uma remuneração predeterminada.

Como já se disse, a organização dessa atividade e a responsabilidade sobre ela cabe ao empresário, o qual reúne, coordena e dirige os elementos matéria-prima, trabalho e capital, ao mesmo tempo, suportando os riscos do

negócio. Convém lembrar que, embora haja previsão legal para a participação nos lucros pelo empregado, tal direito, sabe-se, até hoje, foi minimamente efetivado.

Impende destacar, ainda, que às relações de emprego se aplicam não só o princípio tuitivo da seara laboral, mas também a nova ordem de princípios e valores que a Constituição Federal de 1988 inaugurou, tendo como fundamentos da República, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, o que fez surgir o enfoque existencialista de proteção à pessoa e que, posteriormente, alicerçou o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e o Código Civil, em 2002, abrindo o ordenamento jurídico privado para a introdução de preceitos constitucionais intimamente ligados à função social dos contratos.

De incidência incontestável nas relações de trabalho, também, é o princípio da boa-fé objetiva, hoje, positivado no art. 422 do CC, segundo o qual as partes devem agir, tanto na conclusão, quanto na execução do contrato — e aí inclui-se a fase precedente de negociações, com probidade e boa-fé, um agir pautado na cooperação, na lealdade, na confiança, na consideração recíproca, comportamentos estes que se originam na solidariedade social.

Por outro lado, não se pode deixar de observar que o ordenamento jurídico brasileiro dá ampla liberdade para a constituição e funcionamento das sociedades empresárias. Conforme anota JOSÉ TADEU NEVES XAVIER (2003), com a peculiar percuciência de sempre, “o art. 50 do Novo Código Civil pecou ao omitir-se em relação a um ponto tormentoso na questão da responsabilidade dos sócios em nosso sistema, que é a ocorrência da subcapitalização como motivo para o reconhecimento da desconsideração”.

De fato, nem o art. 50 prevê tal hipótese, nem prevê no direito brasileiro um valor mínimo de capital social a ser integralizado quando da formação da sociedade. Em razão disso, XAVIER alerta para a identificação de um

princípio a ser observado em análise casuística: trata-se do Princípio da Adequação do Capital Social. Nas palavras deste doutrinador,

A inadequação do capital aos recursos necessários para o desempenho seguro da atividade social e para suportar os riscos de sua atividade ficou conhecida como subcapitalização, estimulando o surgimento entre nós do questionamento no sentido de identificar se, no direito brasileiro, existe a responsabilidade pessoal dos sócios pela subcapitalização da sociedade.

Fazendo menção à insuficiência de debates sobre tão importante questão, ao final, assevera:

Ao constituírem a sociedade, com a adoção de forma societária à qual o ordenamento reserve esse privilégio da limitação de responsabilidade, os sócios assumem o dever de assegurar a existência de um capital adequado para garantir a atividade da empresa. Trata-se de condição implícita que, se não cumprida, não autorizará o surgimento da limitação de responsabilidade. O Direito não pode tolerar a atuação de sociedades temerárias, dotadas de pequena porção patrimonial totalmente insuficiente para atender aos encargos contratuais assumidos e aos riscos oriundos do desenvolvimento da sua atividade, gerando instabilidade no tráfico negocial. *Dotar sociedades, que se encontram nesta situação, de limitação de responsabilidade é preterir os valores sociais em função de benefícios injustificáveis para os membros da pessoa jurídica.* (grifamos)

Com razão, XAVIER. Especialmente, no âmbito laboral, a equidade revela ser intolerável o fato de os créditos trabalhistas restarem a descoberto, enquanto os sócios, beneficiários diretos dos lucros da empresa, resultado do trabalho humano despendido pelo empregado, têm o seu patrimônio pessoal a salvo, a pretexto de que o sistema assegura a separação em face da autonomia da pessoa jurídica, que, aliás, não passa de uma ficção legal.

Por todos esses motivos, entende-se ter plena incidência no âmbito juslaboral a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa-empregadora, seja pela aplicação subsidiária do art. 50 do CC, seja por aplicação analógica do art. 28 do CDC.

Por fim, impõe-se referir que o Tribunal Regional da Quarta Região, por suas diversas turmas, vem, sistematicamente, entendendo pela desconsideração da personalidade jurídica do ente coletivo, com o redirecionamento da execução contra os bens dos sócios, sempre que inexistirem ou forem insuficientes os bens que compõem o patrimônio social para o pagamento das dívidas trabalhistas inadimplidas. Vejam-se as recentes ementas:

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. A aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica e redirecionamento da execução aos bens dos sócios que compunham o quadro societário da sociedade executada visa garantir a efetiva prestação jurisdicional, porquanto não se pode deixar a descoberto do manto do direito o empregado em detrimento do sócio da sociedade executada, o qual deve suportar os riscos do empreendimento econômico. Agravo de petição parcialmente provido. (00074-2000-021-04-00-3 – 7ª Turma – Desª Fed. Flávia Lorena Pacheco – 10.12.2008)

EMENTA: REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. É suficiente o inadimplemento da obrigação pelo devedor principal para que se redirecione a execução do devedor subsidiário, ficando resguardado a este último o direito de regresso contra o primeiro, ou seus sócios. (00008-2004-009-04-00-3 – 3ª Turma – Des. Fed. Luiz Alberto de Vargas – 17.11.2008)

EMENTA: IRREGULARIDADE E ILEGALIDADE DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. ILEGALIDADE DA PENHORA. Nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada todos os sócios respondem subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas da sociedade com seus próprios bens, sendo

que é direito do exequente exigir de cada cotista o pagamento integral da dívida societária. Agravo de petição não provido. (01449-1996-022-04-00-1 – 1ª Turma – Des. Fed. José Felipe Ledur – 23.10.2008)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. EX-SÓCIO. No direito do trabalho, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se aplica segundo os seus históricos preceitos, mais abrangentes e benéficos ao trabalhador, destinatário único do princípio tutelar do direito do trabalho. Justifica-se, a teoria, na proteção ao trabalhador hipossuficiente, cujo crédito exequendo tem natureza alimentar. A responsabilidade por esse risco se transfere aos sócios e, sucessivamente, aos ex-sócios. (00818-2005-733-04-00-1 – 6ª Turma – Desª Fed. Maria Cristina Schaan Ferreira – 22.10.2008)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO DO MUNICÍPIO DE VACARIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. Não há violação ao contraditório e à ampla defesa o redirecionamento da execução para o sócio da reclamada, pois a natureza alimentar dos créditos trabalhistas impõe que o princípio da responsabilidade limitada dos sócios da pessoa jurídica seja mitigado para que o empregado possa submeter os bens dos sócios da empresa até a satisfação integral dos créditos trabalhista, independentemente da existência de fraude ou abuso de direito. Incidência do art. 28, § 5º da Lei n. 8.078/90. Recurso desprovido. AGRAVO DE PETIÇÃO DA UNIÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR. JUROS E MULTA. O fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre com o trânsito em julgado da sentença de liquidação, não, sendo devidos juros moratórios antes de sua constituição. 00355-2006-461-04-00-3 – 3ª Turma – Des. Fed. Francisco Rossal de Araújo – 15.10.2008)

EMENTA: DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS. O princípio da desconsideração da personalidade jurídica leva à comunicação dos patrimônios dos

sócios e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, independentemente de ter participação minoritária e não ter atuado como gerente. Aplicação dos arts. 50 e 1.032 do CC. Agravo de petição do sócio executado desprovido. (00671-2003-003-04-00-9 – 2ª Turma – Des. Fed. Hugo Carlos Scheuermann – 6.8.2008)

EMENTA: VIABILIDADE DA PENHORA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA CORRENTE DE SÓCIO. Sendo infrutíferas as tentativas do exequente em ver satisfeito seu crédito trabalhista pela ex-empregadora, impõe-se a responsabilização do sócio da empresa. Situação em que a constrição judicial é mantida, sobretudo porque o crédito do empregado se reveste de nítida natureza alimentar, sendo preferencial aos créditos de outra natureza. Provedimento negado. (00328-2005-404-04-00-5 – 1ª Turma – Desª Fed. Maria Helena Mallmann – 21.5.2008)

3. Conclusão

A efetividade do Direito e a constante busca por Justiça são a eterna luta e o grande objetivo dos operadores, bem como constituem o verdadeiro anseio social.

A interpretação das normas e dos institutos exige do hermeneuta mais do que descobrir a vontade do legislador ou da lei. Requer uma constante releitura e o aprimoramento das concepções e do conhecimento que se tem da realidade, em níveis transdisciplinares, baseando-se não só nos diversos métodos existentes, em uma interpretação sistemática, mas a partir de valores, regras e normas que, hoje, formam o alicerce do edifício jurídico e que dão o norte para o qual se deve trilhar.

Aplicar o Direito ao caso concreto é dar vida ao ordenamento jurídico, levando ao jurisdicionado, muitas vezes, a única possibilidade de alcançar o direito porventura violado ou, até então, não efetivado.

Da mesma forma, proteger o hipossuficiente não é mais um princípio exclusivo do Direito do Trabalho, embora nele tenha seu embrião.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, o Direito deixou de ver o cidadão como um indivíduo isolado, cujos interesses a tutelar vão muito além do seu patrimônio material, financeiro e econômico.

Hoje, mais do que em qualquer outra época, amparar o trabalhador, o cidadão que, com seu esforço, ajuda a gerar as riquezas provenientes da produção e comercialização de bens e serviços, deve constituir um dos objetivos primazes da comunidade jurídica e da sociedade como um todo.

Assim, ao deparar-se com as dificuldades diurnas da execução, deve o Judiciário Trabalhista, como, aliás, já tem feito, adotar a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica na maior amplitude possível, de sorte a restabelecer o equilíbrio violado pela ineficiência e, quiçá, incompetência dos que se aventuram no mundo dos negócios, fato que não deixa de caracterizar abuso de direito e de poder.

Aliás, já era tempo de, no meio empresarial, surgir e se manter única a ideia de que o empregado jamais pode arcar com os prejuízos de uma atividade à qual só fez agregar esforços.

Enquanto esse ideal não aporta, resta ao Poder Judiciário viabilizar os meios para que o trabalhador encontre, o quanto antes, a compensação pela transgressão sofrida em seus direitos, que já são mínimos e que nem sempre correspondem ao mínimo essencial à sua sobrevivência.

4. Referências bibliográficas

ARAÚJO, João Carlos de. *Perfil da execução trabalhista*. v. II. São Paulo: LTr, 2008.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

- _____. *Manual de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A execução dos bens do sócio em face da *disregard doctrine*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; FREITAS, Ney José de (Coords.). *Execução trabalhista: estudos em homenagem ao Ministro João Oreste Dalazen*. São Paulo: LTr, 2002.
- DEBS, Neuman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 249-256.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KÜLZER, José Carlos. *A contribuição dos princípios para a efetividade do processo de execução na justiça do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Responsabilidade patrimonial no processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na justiça do trabalho: breves comentários*. Flávio Tartuce. Brasil. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>> Acesso em: 20 jan. 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- VASCONCELOS, Joana *et al.* *Código do trabalho anotado*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- XAVIER, José Tadeu. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. In: *Juris Síntese*, n. 44 (CD-Rom). Porto Alegre: Síntese, nov./dez. 2003.

Créditos trabalhistas e responsabilidade civil do empregador: reflexões para uma reparação integral

Oscar Krost^(*)

Resumo:

- ▶ O presente ensaio propõe o exame dos elementos que integram a responsabilidade civil do atual tratamento dado ao inadimplemento de obrigações trabalhistas, seguido de reflexões na busca de uma reparação integral dos danos sofridos.

Palavras-Chave:

- ▶ Crédito trabalhista — responsabilidade do empregador — reparação integral.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Responsabilidade civil. Conceito. Elementos
- ▶ 3. Créditos trabalhistas. Inadimplemento. Reparação integral
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

“Rejeitar um presente inaceitável não significa necessariamente formular, quanto mais fornecer, uma solução para seus problemas.”

HOBSBAWM (2002. p. 545)

1. Introdução

Sempre que iniciado o debate sobre os meios de tornar mais efetiva a tutela jurídica de determinados segmentos, como o dos trabalhadores, são apresentadas justificativas de diversas ordens e indicados como pontos sensíveis o déficit na estrutura judicial e na atualização das normas vigentes.

Embora não se negue razão a tais argumentos, devem os Operadores do Direito fazer uso das ferramentas ao seu alcance, renovando, pela via hermenêutica, o conteúdo do maior número possível de leis, bem como suprimindo as lacunas existentes, por intermédio de recursos como a analogia, de grande utilidade ao Direito do Trabalho (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4^o e 5^o e CLT, arts. 8^o e 852-I, §1^o).

Com base em tais premissas, propõe-se no presente estudo a análise dos elementos que integram a responsabilidade civil e do atual tratamento dispensado pela legislação laboral ao inadimplemento de obrigações pelo empregador em face do empregado, seguida de

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 12^a Região/SC.

reflexões acerca do entendimento jurisprudencial majoritário e de sugestões na busca da reparação integral dos danos sofridos.

2. Responsabilidade civil. Conceito. Elementos

Apresenta-se impressionante a velocidade com que traduzidas atualmente as relações interpessoais, em virtude da influência sobre o agir humano das novas tecnologias, causando a relativização de grandezas tidas, até então, por verdadeiros obstáculos, como a distância e o tempo.

Um fluxo tão intenso de ações acaba por produzir uma imensa gama de reações, causadoras de lesões a terceiros e do dever de indenizar.

VENOSA (2007, p. 01) considera que “em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade”, havendo a crescente preocupação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos de ampliar o espectro de incidência dos princípios que regem a matéria, por representar um dano não reparado fator de grande inquietação social.

Como requisitos do dever de indenizar, exigem-se:

I. o ato comissivo ou omissivo decorrente de culpa, assim também compreendido o exercício de um direito legítimo em situações de excesso dos limites impostos por seus fins social e econômico ou também pela boa-fé e pelos bons costumes;

II. o dano, material ou imaterial; e

III. o nexo causal entre ambos (Código Civil, arts. 186 e 187), ressalvadas hipóteses excluídas de ilicitude, como a legítima defesa e o estado de necessidade, dentre outras (Código Civil, art. 188).

Tal quadro consagra a responsabilidade “subjetiva”, regra geral, em que é necessário o agir culposo do agente.

De outro lado, a responsabilidade “objetiva”, reservada a situações específicas, de risco acentuado, nas quais dispensa a presença do elemento volitivo. Basta para a responsabilização do

sujeito a produção do dano em decorrência de seu agir, independentemente de culpa (Constituição, art. 21, inciso XXIII, alínea “d”, e Código Civil, art. 927, parágrafo único).

Justificando o desenvolvimento histórico do tema, leciona SALIM (2005, p. 29-30):

(...) a teoria subjetiva não mais atendia à demanda surgida com a transformação social, principalmente ante o pesado ônus da prova que recaía sobre os trabalhadores. Assim, em final do século XIX, destacam-se os trabalhos dos juristas Raymond Saleilles e Louis Joserand, que, buscando um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolveram a teoria do risco.

Para SANTOS (2005), as principais teorias sobre responsabilidade objetiva são:

a) do risco integral (*toda ação danosa enseja a responsabilidade de seu autor*);

b) do risco proveito (*quem aufere vantagem de uma atividade e causa determinado dano deve repará-lo*);

c) dos atos normais e anormais (*ações são mensuradas segundo um padrão médio de conduta socialmente aceita*); e

d) do risco inerente à atividade, adotada pelo Código Civil (*o dever de reparar decorre da atividade normalmente exercida, por seu risco próprio*).

Um breve comparativo dos momentos históricos do Brasil à época da elaboração e promulgação dos dois últimos Códigos Civis permitem uma compreensão mais ampla das mudanças sofridas pela responsabilidade civil em menos de 100 anos.

Em um primeiro momento, o Código Civil de 1916, idealizado em um período embrionário da sociedade capitalista, no qual ensaiados os primeiros passos da produção em larga escala, inexistindo um mercado de consumo massificado. A atividade econômica do país se limitava à produção primária e, no cenário político estava em curso a transição do Império para a República, regida por uma Constituição

ainda em afirmação.⁽¹⁾ Como tônica do Direito Privado, o individualismo, o patrimonialismo e o positivismo, consagrando o mito da completude das codificações.

Em um segundo momento, o atual Código, inspirado em projeto de lei da metade da década de 1970, idealizado em um mundo em franco processo de globalização, para o qual a máxima “tempo é dinheiro” sintetiza o ritmo adotado pela linha de produção em escala planetária. O país se apresenta como potência industrial emergente, sedimentando o *status* de República sob a égide de uma Constituição conhecida por “cidadã”, após vinte anos de um regime ditatorial militar. Em um tempo com tais matizes, o Direito Privado acabou recriado, ocupando-se com temas como os direitos coletivos e a dignidade da pessoa humana, rompendo com o modelo hermético de codificação, passando a atuar de forma dinâmica, pela interação fluída de pequenos sistemas normativos, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor — Lei n. 8.078/90, moldados a partir da conjunção harmônica de diversas espécies de normas, abrangendo além das regras, os princípios.

Quanto à causa da responsabilidade, esta pode variar de acordo com a natureza da relação jurídica estabelecida entre os envolvidos: contratual ou legal. Na primeira, há um vínculo obrigacional anterior à conduta lesiva, originado pelo ajuste de vontades, enquanto que na segunda, apenas a partir do evento tem início o

liame, gerando o dever de reparar da incidência da lei.

Para VENOSA (2007. p. 20), “a doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade”, entendimento de grande valia ao Direito do Trabalho, por ser a lei a principal fonte de direitos e deveres de empregados e empregadores, embora comum sua reprodução, mesmo parcial, em normas coletivas ou contratos individuais.

Ademais, é plenamente possível a ofensa pela prática de um único ato tanto de disposições legais, quanto contratuais, atraindo a aplicação de sanções estabelecidas em ambos os planos.

Um exemplo de tal situação pode ser verificado quando, inobservadas pelo empregador normas de segurança do trabalho, são provocados danos à saúde do empregado, impedindo a continuidade do pacto e gerando, de forma concomitante, os deveres de adimplir as verbas contratuais (CLT, arts. 157 e 483, alínea “d”) e de reparar os danos causados (Código Civil, arts. 186 e 187).

3. Créditos trabalhistas. Inadimplemento. Reparação integral

Via de regra, busca-se, em ações trabalhistas, o adimplemento de haveres devidos ao empregado por descumprimento de disposições relativas à execução contratual, assim também consideradas as vinculadas à sua extinção, em quantias “tarifadas” em lei.

Em alguns casos, é postulada a paga de indenizações por danos decorrentes da prestação de serviços, decorrentes de acidentes/doenças do trabalho ou de tratamento com rigor excessivo e/ou desrespeitoso a direitos da personalidade, em montantes arbitrados em sentença.

Contudo, o Juiz, ao decidir as lides, em vez de dissipar as tensões sociais, dando a cada um o que lhe é devido, acaba, em geral e de modo inadvertido, acentuando o desequilíbrio material das partes ao deixar de aplicar a todos os

(1) Sobre o período, refere FAORO (2001, p. 698-9):
“Aqui, o engano maior: os homens da cidade não exercem, na totalidade, funções urbanas. Com o predomínio das atividades da agricultura e da pecuária, há uma faixa instável, ‘rurbana’, caracterizando-se o corpo social pela influência de interesses rurais.
(...)
A transição do setor do comando se faz gradualmente. O sistema imperial, como largamente se discorreu, parte do centro, com os nomeados e não eleitos presidentes de província, em regra ativos apenas na fase eleitoral, com o apoio do instrumento manipulado verticalmente, a partir da corte — a Guarda Nacional —, ajudando no domínio dos meios locais de compressão e fraude.”

casos as disposições do Código Civil atinentes à responsabilidade por danos, lançando mão do estabelecido na CLT e na legislação complementar.

Diversas são as matérias afetadas por este viés de interpretação, merecendo quatro delas especial destaque, “pontos de partida” para a reflexão.

A primeira se refere à limitação da condenação ao pagamento de honorários advocatícios a lides que não decorram da relação de emprego (Instrução Normativa n. 27/2005 do TST), ou nas que daí se originem, porém, a título de honorários assistenciais, desde que o trabalhador esteja assistido pelo sindicato de classe e declare, ou comprove, situação de pobreza (Lei n. 5.584/70 e Súmulas ns. 219 e 329 do TST).

A segunda se relaciona à adoção do regime de caixa na realização das retenções fiscais sobre créditos apurados, aplicável sobre o valor integral da condenação, mesmo quando decorrente da soma de prestações de trato sucessivo, devidas no curso do contrato (Lei n. 8.541/92 e Súmula n. 368 do TST).

A terceira diz respeito à incidência de juros moratórios a contar do ajuizamento da ação e segundo o “índice trabalhista” (CLT, art. 883 e Lei n. 8.177/81).

A quarta guarda pertinência à prescrição da pretensão do direito de ação do trabalhador para postular créditos exigíveis no período anterior a cinco anos da data do ajuizamento da demanda (Constituição, art. 7º, inciso XXIX).

Embora as referidas orientações encontrem expressa previsão em lei e sejam adotadas pela jurisprudência majoritária, não se mostram as mais eficazes na recomposição das perdas sofridas pelos trabalhadores, os quais acabam deixados longe do “estado anterior das coisas”, frustrando a pacificação social, finalidade última da jurisdição.

Isso ocorre por não ser considerado o efetivo alcance do termo “reparação integral”, que abarca toda a extensão do prejuízo experimentado pela vítima, antes e após o ajuizamento de

demanda, inclusive perdas e danos, lucros cessantes, juros e atualização monetária segundo índices oficiais, despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo de eventual pena convencional e indenização suplementar (Código Civil, arts. 389, 395, 402, 404 e 944).

Ignora-se, ainda, o mais importante Princípio do Direito do Trabalho, o da Proteção, e sua projeção da Aplicação da Regra Mais Favorável, incidente mesmo em situações de escolha de uma disposição entre várias no curso do processo, pelo emprego de meios menos eficientes na realização do crédito alimentar.

Além disso, de modo reflexo, há o estímulo do descumprimento das normas de proteção ao trabalhador, na medida em que apenas parte dos custos do inadimplemento são atribuídos ao patrão, a quem cabe assumir todos os riscos do empreendimento (CLT, art. 2º). Ao contrário, são detraídos das quantias devidas ao credor, em prejuízo deste e de todos os que atuam em conformidade com os ditames legais, institucionalizando a prática da concorrência desleal, infringindo a ordem econômica (Lei n. 8.884/94).

Propõe-se, diante de tais observações, a adoção de uma interpretação normativa capaz de reequilibrar o abalo causado pelo inadimplemento de obrigações atinentes à execução/terminação da relação de emprego, a fim de se observar, segundo PONTES DE MIRANDA (2003, p. 56) que “a finalidade da indenização em dinheiro é dar ao patrimônio do ofendido, tal como é no momento, o que possa torná-lo igual ao que seria, se o fato ilícito, absoluto ou relativo, não tivesse ocorrido.”

No tocante à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, os que ainda resistem a esta possibilidade, defendem a recepção do art. 791 da CLT pela Constituição, pela preservação do *jus postulandi* das partes no processo trabalhista. Não sendo obrigatório o acompanhamento do advogado, aquele que optar por contratá-lo deve arcar com os custos decorrentes.

Em sentido distinto, SAAD (1998, p. 179): Sem prejuízo do respeito que nutrimos pelos doutos membros do Tribunal Superior

do Trabalho, parece-nos que o citado art. 133 da Lei Maior autorizou apenas o legislador infraconstitucional a dizer quando e como o advogado há de desempenhar sua função na administração da Justiça, mas, com isso, não quis dizer que, por lei ordinária, permita a eliminação do advogado nos litígios trabalhistas.

Mesmo admitida a compatibilidade da CLT com a Constituição, no particular, recorde-se a força normativa dos costumes, os quais podem criar e até mesmo revogar regras, tais como, por exemplo, as estabelecidas nos arts. 228 a 230 do Código Penal, sobre a criminalização da atividade vinculada à prostituição.

Poderiam os litigantes atuar em nome próprio desacompanhados de advogado, devendo, se do contrário preferirem, ser ressarcidos pela despesa daí originada.

Deixar de admitir o reembolso dos gastos com honorários, pelo fundamento de que remascente o direito de postular pessoalmente em juízo, obrigando o trabalhador a recorrer a seu sindicato de classe, desconsidera a vulnerabilidade material deste em face do empregador e gera a premissa de que o desequilíbrio existente no curso da relação laboral tem fim tão logo ajuizada a demanda. Cerceia, ainda, o direito de livre escolha do profissional.

Ademais, pelo teor do art. 14 da Lei n. 5.584/70, não há termo que autorize a conclusão sobre a existência do monopólio da assistência judiciária pelo sindicato, mas apenas do dever deste de prestá-la.

Com isso, não se defende a aplicação do Princípio da Sucumbência, incompatível como regra geral com a natureza das lides submetidas ao Judiciário Trabalhista, bastando a adoção da disciplina da assistência judiciária estabelecida na Lei n. 1.060/50.

Àqueles que litigam ao abrigo do benefício, maior parte dos demandantes trabalhistas, devido o reconhecimento da verba honorária assistencial, independente de que advogado lhe acompanhe, e, aos demais, enquanto exceção, honorários

advocáticos, em consequência do direito à reparação integral do dano, e não como fruto da sucumbência.

Recorde-se, ainda, o comando do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, obrigação descumprida pelo Poder Público na esfera trabalhista desde 1988, pelo qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Quanto ao apuro das retenções fiscais, explícita a opção do Legislador pela adoção do regime de caixa.

Ocorre que alguns demandantes, mesmo vitoriosos nas ações trabalhistas, passaram a defender a tese de que se pagas à época própria as quantias reconhecidas, estariam isentos do Imposto de Renda, dando margem à proposição de novas ações na busca da declaração do direito à adoção do regime de competência.

Contrariando a literalidade da lei, reconheceu a Justiça Federal o desequilíbrio trazido pela norma tributária, examinada de modo incompatível com os demais valores do sistema, e sedimentou o entendimento na linha proposta pelos trabalhadores, sendo acompanhada pelo STJ.⁽²⁾

A pacificação da jurisprudência levou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Parecer/PGFN/CRJ n. 287/2009, a propor a não apresentação de defesa e de recursos em lides envolvendo o tema, bem como a desistência dos já interpostos, quando ausente “outro fundamento relevante”.⁽³⁾

(2) Destaque para os seguintes precedentes: TRF da 4ª Região, Processo n. 2007.71.59.001627-0, Rel. Juiz Paulo Paim da Silva, 1ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul, decidido em 11.3.2009; TRF da 4ª Região, Processo n. 2007.70.51.005592-5, Relª Juíza Luísa Hickel Gamba, Turma de Uniformização Jurisprudencial, decidido em 17.4.2009; TRF da 4ª Região Processo n. 2006.71.05.005481-3, Rel. Juiz Roger Raupp Rios, 1ª Turma, decidido em 1º.7.2008 e STJ, Processo n. 505.081/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 6.4.2004.

(3) Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/publicacoes/dispensa-de-contestar-e-recorrer/arquivos/46.PA-0287-2009.doc>> Acesso em: 7 ago. 2009.

Acolhidas as referidas ponderações pelo Procurador-geral e pelo Ministro da Fazenda, foi publicado o Ato Declaratório n. 01/2009, em 13.5.2009.⁽⁴⁾

Diante de tal quadro, destaque para as razões de decidir da Magistrada Trabalhista Camila Torrão Britto de Moraes Carvalho, para quem a adoção do regime de competência, no caso, se reveste de verdadeira questão de política judiciária, a fim de evitar a propositura desnecessária de novas demandas judiciais.⁽⁵⁾

Em relação aos juros moratórios, tendo em conta o Princípio do Não Retrocesso Social inscrito na Constituição, art. 7º, *caput*, pelo qual os direitos ali assegurados aos trabalhadores não prejudicam “outros que visem à melhoria de sua condição social”, autorizada, em benefício dos destinatários da norma, a “inversão” da máxima de que o acessório deve seguir o principal.

Com isso, é possível a incidência de juros a partir da data do vencimento da obrigação (CLT, art. 459, § 1º, se não ajustada outra mais favorável), momento em que violado o direito, como tratadas as contribuições sociais decorrentes (Leis ns. 8.212/91, art. 35, e 9.430/96, art. 61), adotada, inclusive, a mesma taxa, superior a atualmente aplicável aos créditos trabalhistas.⁽⁶⁾

(4) Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/atopgfn1_2009.htm> Acesso em: 7 ago. 2009.

(5) Conforme sentença proferida nos autos da Reclamação Trabalhista n. 02351-2007-006-12-00-2, em trâmite na 1ª Vara do Trabalho de Tubarão, TRT da 12ª Região, publicada em 10.7.2009, disponível em: <http://oracle10g.trt12.gov.br/caud/tubarao/1/2009/0702351s_100720091630.doc> Acesso em: 7 ago. 2009.

(6) Reforçando tal entendimento, o disposto no CTN (Lei n. 5.172/66), art. 186, pelo qual o crédito tributário, gênero de que o previdenciário é espécie, prefere a todos os outros, exceto os decorrentes da legislação do trabalho e de acidentes de trabalho. O privilégio em questão confirma a relevância no sistema normativo do fruto do trabalho subordinado, inexistindo razão para se reputar mais grave a mora produzida pelo inadimplemento patronal em relação a obrigações acessórias do liame de emprego, devidas a terceiros (INSS), do que às principais, tituladas pelo próprio trabalhador.

Ademais, a sentença judicial, no particular, além da carga condenatória, não constitui o crédito, mas o declara, de modo que os efeitos do inadimplemento devem ser sentidos a contar de sua ocorrência.

Finalmente, a prescrição parcial, tema mais espinhoso dos até aqui examinados.

Por se tratar de exceção extintiva da pretensão do direito de ação, serve como espécie de “punição” do ordenamento ao credor inerte, o tornando desprovido da tutela judicial na defesa de seu patrimônio jurídico, em nome da segurança das relações sociais.

Ocorre que nas relações trabalhistas, de trato sucessivo, em que vigora o Princípio da Continuidade, embora estabelecida uma relação contratual, esta se dá “sob o império da necessidade”, segundo definição de GENRO (1979. p. 76), sendo evidente a distinção de condições materiais entre os contratantes, razão de ser do Princípio Protetivo e de seus desdobramentos.

Assim, examinar topicamente cada regra que compõe o art. 7º da Constituição, de modo descontextualizado, conduz a conclusões distintas das idealizadas pelo Constituinte, ferindo os fundamentos e os objetivos do Direito do Trabalho.

O inciso XXIX, referente ao direito de ação para postular créditos decorrentes da relação de trabalho, quando limita seu alcance aos devidos no período de cinco anos, observados dois anos da extinção do pacto, foi idealizado em um sistema de estabilidade no emprego, em que foi vedada a despedida arbitrária, segundo o inciso I, o qual perdura desde 1988 sem a regulamentação devida.⁽⁷⁾

Nada mais equânime, diante da mora legislativa, do que buscar o Judiciário o sentido do

(7) Observando tais fundamentos, as razões de decidir da sentença proferida nos autos do Processo n. 02068-2007-096-15-00-0, de lavra do Magistrado Jorge Luiz Souto Maior, em tramitação na 3ª Vara do Trabalho de Jundiáí, TRT da 15ª Região, publicada em 10.6.2009, disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/JUN/docs/02068200709615000i237821.PDF>> Acesso em: 12 ago. 2009.

texto que mais eficácia empreste à intenção do Constituinte Originário, qual seja: enquanto não regulamentada a estabilidade no emprego, inaplicável a prescrição parcial, não havendo como imaginar a livre postulação em juízo por quem esteja sob dependência econômica de outrem, correndo eminente risco da perda abrupta e injustificada da fonte de sustento.

A respeito, argumenta SILVEIRA (2008. p. 24-5):

Se não pode entrar na justiça pois perde o emprego e, depois de despedido, perde todos os direitos maculados no período anterior aos cinco anos que precedem o fim da relação empregatícia, o trabalhador está num brete. (...)

Estivesse regulamentada, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa seria elemento pacificador desta realidade. Isso, pois, oneraria o empregador com auspícios demissionários, permitindo que o empregado, até mesmo, defenda processualmente seus direitos, sem ser por isso demitido.

Aplicável também, por analogia, o disposto no Código Civil, art. 197, que regula as causas suspensivas da prescrição em relações entre cônjuges na constância do casamento, ascendentes e descendentes durante o poder familiar e tutelados/curatelados e seus tutores/curadores no curso da tutela/curatela, ou seja, enquanto configuradas subordinação ou dependência.

Além disso, como defendido em relação aos juros, aceita a possibilidade de o principal seguir o acessório, se mais favorável ao trabalhador, pronunciável a prescrição trintenária, atinente à postulação de depósitos de FGTS, estabelecida na Lei n. 8.036/90, art. 23, §5º, observado o lapso de dois anos após a extinção do pacto, como consagrado na Súmula n. 362 do TST, sobre todas as pretensões condenatórias dirigidas contra o empregador.

Tecidas tais considerações, relega-se aos Operadores do Direito, especialmente aos Juizes, a reflexão sobre as questões propostas, devendo ser examinadas sob a inspiração dos valores

que norteiam o sistema normativo pátrio, especialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (Constituição, art. 1º, incisos III e IV), sob pena de tornar mais gravosos os efeitos jurídicos de um ato culposos cometido por alguém que se envolva em um acidente de trânsito fortuitamente, do que daquele que viola dolosa e reiteradamente o arcabouço trabalhista e previdenciário, com o intuito de majorar lucros, em prejuízo de toda a sociedade.

4. Conclusões

Muitos são os problemas enfrentados pelo Judiciário na resolução de conflitos, no mais das vezes de ordens estrutural e normativa.

Com relação à defasagem dos textos legais, há instrumentos para superar ou minimizar as dificuldades existentes, disponíveis pela via hermenêutica, principalmente, pela analogia.

No caso do crédito trabalhista, é necessário recorrer às disposições atinentes à responsabilidade civil, estabelecidas no Código Civil, as quais se apresentam adequadas ao atual estágio de desenvolvimento da sociedade “global”, principalmente considerando o avanço dos riscos por ela produzidos, notoriamente ao trabalhador assalariado, sem o que, cada vez mais distante o ideal da reparação integral dos danos.

Afinal, como refere SANTOS (2001. p. 164) a respeito da encruzilhada com que se depara o mundo pela quebra do paradigma vigente, em plena transição de milênio, “a saída da crise é a obra mais progressista dos nossos tempos. Implica um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, um repensar tão radical que, na verdade, pode ser concebido como um ‘des-pensar’”

5. Referências bibliográficas

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

GENRO, Tarso Fernando. *Introdução à crítica do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: L&PM, 1979.

- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo XXVI.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- SALIM, Adib Pereira Netto. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, Editora HS, n. 257, maio 2005, p. 24-36.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2001.
- vol. 1 – A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva da empresa em face do Novo Código Civil. In: *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul, Plenum, n. 2, set./out. 2005. 1 CD-ROM.
- SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. Coleção Direito Civil, v. IV.

A natureza social dos créditos do trabalho e a incidência do IRRF nas execuções trabalhistas

Marcel Lopes Machado^(*)

Resumo:

- ▶ O estudo tenta abordar a natureza jurídica dos créditos do trabalho, a principiologia do Direito Material do Trabalho, um patamar mínimo de proteção social dos trabalhadores e a necessidade de (re)interpretação das normas tributárias de cálculo do IRRF nas execuções trabalhistas, sua modalidade de cálculo, com confronto de análise da jurisprudência do STJ e do TST e a necessidade de uniformização da interpretação do direito federal tributário perante os Tribunais Superiores.

Palavras-Chave:

- ▶ Créditos do trabalho — natureza — IRRF — execuções trabalhistas — direitos e garantias fundamentais — diálogo de fontes jurisprudenciais.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. A natureza social dos créditos do trabalho. Sociedade pós-moderna. Neoliberalismo e globalização
- ▶ 2. Apuração integral/global e apuração mensal do IRRF. Férias indenizadas e danos morais “puros”
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Bibliografia

1. A natureza social dos créditos do trabalho. Sociedade pós-moderna. Neoliberalismo e globalização

Os créditos trabalhistas são dotados de natureza alimentar e preferencial, art. 100, § 1º-A da CR/88 c/c art. 186 do CTN, porquanto

constituem patrimônio social mínimo dos trabalhadores inerente à sua subsistência e necessidades básicas vitais, art. 6º c/c art. 7º da CR/88.

Os créditos do trabalho têm por destinação a manutenção das condições de subsistência do

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região. Auxiliar da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia – MG. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela UFU. Pós-graduado em Filosofia do Direito e Direito Público pela Faculdade Católica de Uberlândia/Dominis. Professor

convitado do curso de Pós-graduação em Direito Material e Processual do Trabalho da UFU no ano de 2008. Professor do curso de Graduação de Direito Processual do Trabalho da faculdade UNIPAC Uberlândia no ano de 2008.

homem, logo, devem ser considerados *créditos sociais essenciais e sensíveis*⁽¹⁾ às transformações sociais, econômicas, financeiras e políticas, o que justifica a finalidade social do processo do trabalho, sua principiologia e procedimentos distintos, bem como a constante busca de interpretação e aplicação das regras do ordenamento jurídico, segundo os princípios da proteção, norma mais favorável e condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT.

E, em uma sociedade capitalista pós-moderna, cujos valores do *neoliberalismo*, da *globalização* com suas práticas de *terceirização* colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural, consideram os direitos humanos como “*custos sociais*” das empresas, que vão suprimindo-os em nome da competitividade global e que tanto influencia o *desmantelamento* do Estado do Bem-estar Social, há necessidade do Direito e da Justiça do Trabalho promover o *controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção social* dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção social no Estado do Bem-estar Social, art. 1º, IV c/c art. 7º c/c art. 170 e 193 da CR/88, frente às mutações dos sistemas produtivos.⁽²⁾

(1) O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n. 1.675-1, publicada no DJU em 24.9.97, mencionou que os direitos sociais do trabalho encontram-se inseridos no *rol dos direitos constitucionais fundamentais*, em interpretação sistemática extraída do art. 5º, § 2º da CR/88. “... os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”.

(2) “As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômica-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social*, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo (...)”. In: DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005. p. 121.

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

2. Apuração integral/global e apuração mensal do IRRF. Férias indenizadas e danos morais “puros”

Predomina na Justiça do Trabalho o entendimento de que o IRRF incidirá sobre a *integralidade* das parcelas tributáveis no momento de pagamento ao exequente, observadas as isenções e deduções fiscais, ou seja, o cálculo do IRRF será apurado unicamente pela integralidade (somatório) das parcelas sujeitas à tributação, no momento de sua disponibilidade ao trabalhador, art. 12 da Lei n. 7.713/88 c/c art. 46 da Lei n. 8.541/1992 c/c Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, *Súmula n. 368 do TST*.

Trata-se de matéria tributária federal, art. 153, III da CR/88, cuja natureza das normas é de ordem pública, caráter cogente e imperativa, vinculadas ao *princípio da estrita legalidade tributária*, art. 150, I da CR/88 c/c art. 97 do CTN, *garantia fundamental*⁽³⁾ do cidadão contribuinte, no caso, o cidadão trabalhador, frente

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

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

E o STJ, inobstante a disposição do art. 12 da Lei n. 7.713/88 c/c art. 46 da Lei n. 8.541/92 acerca da incidência do IRRF sobre a apuração integral dos créditos passíveis de tributação, possui o entendimento contrário ao adotado pelo TST em sua Súmula 368, ou seja, o *IRRF será apurado mensalmente* sobre as parcelas tributáveis objeto da condenação judicial,⁽⁴⁾ inteligência do art. 521 do Decreto n. 85.450/80 (então RIR) e atual art. 640 do Decreto n. 3.000/99.

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

E, a partir da jurisprudência que se consolidou no STJ, o Procurador Geral da Fazenda

Nacional, no uso de suas atribuições e competências legais, com as prerrogativas concedidas pelo art. 19, II da Lei n. 10.522/2002 c/c art. 5º Decreto n. 2.346/1997, editou e publicou o *Ato Declaratório* n. 01/2009 da PGFN relativo, justamente, à apuração *mensal* do IRRF sobre as parcelas objeto de condenação judicial, assim redigido:

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

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

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

Não obstante, a ausência de previsão expressa no art. 39 do Decreto n. 3.000/99, que especifica as parcelas objeto de isenção fiscal, a jurisprudência do STJ adotou o entendimento de que não há incidência de IRRF sobre férias + 1/3 indenizadas pela não fruição na sua época própria (Súmulas ns. 125, 136 e 386)⁽⁵⁾, bem

In: NERY JR., Néelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 343-344. “Assim, o patrimônio dos contribuintes só poder ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I e art. 150, II da CF), irretroativa (art. 150, III, a da CF), não confiscatória (art. 150, IC da CF)”.

“Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (*hipótese de incidência do tributo*, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquotas), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao Poder Executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da *hipótese de incidência* do tributo, como, também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota)”. In: CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 217.

(4) Precedentes do STJ: 1º T. – RESP 424.224-SC – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 19.12.2003, p. 323; 1º T. – RESP 505.081-RS – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 31.5.2004, p. 185; 1º T. – RESP 901.945-SC – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 16.8.2007, p. 300; 2º T. – AgRg RESP 641.531-SC – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – DJE 21.11.2008; 2º T. – RESP 1.075.700-RS – Relª Minª Eliana Calmon – DJE 17.12.2008.

(5) Além dos seguintes precedentes: 1ª Seção – RESP 1.111.223-SP – Rel. Min. Castro Meira – DJE 4.5.2009; 1ª T. – RESP 863.244-SP – Rel. Min. Luiz Fux – DJU

como sobre danos morais puros⁽⁶⁾, por não se tratarem de parcelas que importam em acréscimo patrimonial, inteligência do art. 43 do CTN, mas, sim, a recomposição do patrimônio jurídico violado, ainda que imaterial no caso dos danos morais.

3. Conclusão

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

Os princípios da proteção, da norma mais favorável e da condição mais benéfica que informam o Direito Material do Trabalho, art. 8º da CLT, impõem a sua aplicabilidade, inclusive, como instrumento necessário à perfeita (re)distribuição de justiça social em razão do relevante significado e valor constitucional dos créditos do trabalho, art. 1º, IV c/c 100, § 1º-A c/c arts. 170 c/c 193 da CR/88, e, via de consequência, à própria *efetividade e concretude dos direitos e garantias fundamentais*, art. 5º, §1º da CR/88, por força do princípio da efetividade⁽⁷⁾ das normas constitucionais.

31.3.2008, p. 01; 1ª T. – RESP. 782.194-SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 30.4.2008, p. 01; 2ª T. – RESP 910.262-SP – Relª Minª Eliana Calmon – DJE 8.10.2008; 1ª T. – RESP 978.637-SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJE 15.12.2008.

(6) STJ – 2ª T. – AgRg RESP 869.287-RS – Rel. Min. Humberto Martins – DJU 31.5.2007, p. 422 e STJ – 1ª T. – RESP 410.347-SC – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 17.2.2003, p. 227; STJ – 1ª Seção – RESP 963.387-RS – Rel. Min. Herman Benjamin – DJE 5.3.2009; STJ – 2ª T. – RESP 1.068.456-PE – Relª Minª Eliana Calmon – DJE 1º.7.2009.

(7) “A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas

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

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

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

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

Eis aí, com toda clareza, a função do Direito do Trabalho nas democracias modernas. Funciona como um dique (Damm) contra a liberdade contratual que o escravizaria e dá-lhe, com a proteção da lei, a dignidade

constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. p. 246.

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

humana necessária. Essa necessidade de proteção (Schützbedürftigkeit) é o pressuposto de todo o Direito do Trabalho. Logo, o trabalhador não precisa provar: *Opus non est probare, quod in substantia rerum est* (não há necessidade de provar o que está na substância das coisas)⁽⁸⁾.

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

Prestigia-se, pois, não só aplicações das normas jurídicas em maior conformidade com os direitos fundamentais e proteção jurídica do trabalhador na matéria tributária, mas também, e, principalmente, um sadio e eficaz *diálogo das fontes jurisprudenciais* e a aplicação do *princípio da unidade de convicção* da matéria eminentemente jurídica entre os Tribunais

Superiores que possuem o dever constitucional e institucional de *uniformizar e pacificar* o entendimento do *direito federal*, art. 105, III c/c art. 111-A, § 1º da CR/88 c/c art. 896 da CLT e Lei n. 7.701/88.

4. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

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



Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdão do Superior Tribunal de Justiça
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

- **ACÓRDÃO: RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.496/2007 — APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA — EMPREGADO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E EMPREGADO DE TOMADORA DOS SERVIÇOS INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA — LEI N. 6.019/74.** A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional. Entretanto, a impossibilidade de se formar vínculo de emprego com ente da administração pública, ante a ausência de prévia aprovação em concurso público, não elide o direito do trabalhador terceirizado à percepção dos mesmos salários e vantagens auferidos pelos empregados da tomadora dos serviços, exercentes das mesmas funções, por aplicação analógica do art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74. Precedentes desta SBDI-I. Recurso de embargos conhecido e não provido.

Numeração antiga: E-RR – 1027/2006-048-03-00

Publicação: DEJT - 17.4.2009

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista n. TST-E-RR-1027/2006-048-03-00.7, em que é Embargante CAIXA ECONÔMICA FEDERAL — CEF e são Embargadas DANIELA MARA SILVA e ROSCH — ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS E INFORMÁTICA LTDA.

A egrégia Terceira Turma desta Corte superior, por meio do acórdão prolatado às fls. 414/420, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema isonomia terceirização administração pública indireta atividades típicas da categoria profissional dos bancários — art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74 — aplicação analógica. Manteve, assim, a decisão mediante a qual fora reconhecida a responsabilidade subsidiária da Caixa Econômica Federal, condenando-se a reclamada ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da isonomia entre seus empregados e a reclamante.

Inconformada, interpõe a CEF o presente recurso de embargos, às fls. 428/442. Requer a exclusão da condenação ao pagamento das diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial e reflexos. Esgrime com afronta aos arts. 5º, II, e 37, *caput*, incisos II, XIII, XXI e XXV, §§ 2º e 6º, da Constituição da República, 461 e 611 da Consolidação das Leis do Trabalho e 71 da Lei n. 8.666/93. Indica contrariedade às Súmulas de ns. 23 e 331, II, do TST, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Não foi apresentada impugnação ao recurso, consoante se extrai da certidão lavrada à fl. 444.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1 – PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O apelo é tempestivo. O acórdão foi publicado em 10.10.2008, sexta-feira, conforme certidão

lavrada à fl. 421, e as razões recursais foram protocolizadas em 10.10.2008, à fl. 422. A reclamada está regularmente representada, consoante procuração acostada às fls. 426/427. O depósito recursal foi efetuado no valor total arbitrado à condenação (fls. 351 e 407), e as custas, recolhidas à fl. 350.

2 – PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

2.1 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LEI N. 6.019/74. EMPREGADO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E EMPREGADO DE TOMADORA DOS SERVIÇOS INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA.

A egrégia Terceira Turma desta Corte superior não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema isonomia terceirização administração pública indireta atividades típicas da categoria profissional dos bancários — art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74 — aplicação analógica. Manteve, assim, a decisão mediante a qual fora reconhecida a responsabilidade subsidiária da Caixa Econômica Federal, condenando-se a reclamada ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da isonomia entre seus empregados e a reclamante. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, aduzidos às fls. 415/420:

Não alcança conhecimento o recurso.

A discussão gravita em torno da possibilidade de se conceder a empregado terceirizado, cujo trabalho se inseria na atividade-fim da tomadora de serviços entidade integrante da administração pública indireta, tratamento isonômico ao conferido aos trabalhadores por esta admitidos diretamente, como se bancário fosse.

A Constituição da República consagra o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII).

Ora, a execução das mesmas tarefas, ou similares, integradas na atividade-fim empresarial, bem como a submissão a idênticos encargos, coloca o empregado da tomadora de serviços e o empregado terceirizado lado a lado, ensejando tratamento equitativo.

A submissão a concurso público distingue o empregado da tomadora, integrante da administração pública indireta, apenas no tocante aos requisitos para contratação, o que não afasta o direito de tratamento isonômico, adequado às peculiaridades da atividade desenvolvida, relacionadas, por exemplo, a salário, jornada de trabalho e intervalos obrigatórios.

Dessa feita, tendo em vista que, no caso, o Tribunal de origem consignou que a terceirizada, assim como os empregados da tomadora de serviços (Caixa Econômica Federal), desempenhava funções típicas dos bancários, impõe-se, por aplicação analógica do art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74, o reconhecimento da isonomia salarial, estendendo-se, ainda, à autora, todos as condições benéficas previstas nos instrumentos coletivos da categoria profissional, sem que se cogite do reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora. Nesse sentido, rememoro alguns precedentes desta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *verbis*:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — ENTE PÚBLICO — CONDIÇÃO DE BANCÁRIO — IDENTIDADE DE FUNÇÕES ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO DE OBRA E OS CONTRATADOS DIRETAMENTE PELA TOMADORA DOS SERVIÇOS. 1 – O deferimento de parcelas inerentes à condição de bancário a empregado de empresa terceirizada que se ativa em tarefas típicas da empresa tomadora, não pressupõe o reconhecimento do vínculo empregatício com esta última. Possível, daí, nos termos da jurisprudência mais recente desta SBDI-1, deferir ao empregado tais parcelas sem o reconhecimento do vínculo com a tomadora. 2 – Logo, constitui ônus do recorrente, ao interpor recurso a decisão proferida pelo Tribunal Regional mediante a qual se reconhece, com base na

prova dos autos, o exercício pelo reclamante de funções típicas de bancário e a formação do vínculo diretamente com a tomadora, impugnar a decisão em ambos os aspectos, não sendo possível tratar o deferimento das parcelas inerentes à condição de bancário como mero consectário do vínculo empregatício reconhecido judicialmente. 3 – Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-RR-805.460/2001.0, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 29.2.2008)

TERCEIRIZAÇÃO — EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E OS DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho (com a ressalva de entendimento pessoal do relator, para observar a regra da disciplina judiciária). Recurso de Embargos de que não se conhece. (TST-E-ED-AIRR e RR-750.675/2001.0, Rel. Min. Brito Pereira, DJ 19.10.2007)

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA — ISONOMIA — TERCEIRIZAÇÃO — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA — ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS — ART. 12, ALÍNEA A, DA LEI N. 6.019/74 — APLICAÇÃO ANALÓGICA. A Constituição da República consagra o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), ao mesmo tempo em que proíbe o tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII). A execução das mesmas tarefas, bem como a submissão a idênticos encargos coloca o empregado da tomadora de serviços e o empregado terceirizado em situação que enseja tratamento equitativo. A submissão a concurso público distingue tais empregados no que toca aos estatutos jurídicos reguladores de suas relações de trabalho, o que não afasta o direito ao tratamento isonômico, adequado às peculiaridades das atividades desenvolvidas. A impossibilidade de se formar o vínculo de

emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (TST-E-RR-799.073/01.6, SDI-I, Relator Ministro Rider Nogueira de Brito, DJ 25.2.2005). Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior razão na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período de tempo prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções (TST-E-RR-654.203/00.9, SDI-I, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ – 11.11.2005). Aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei n. 6.019/74. Embargos conhecidos e não providos. (TST-E-ED-RR-655028/2000.1, Relª Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 25.5.2007)

Agrego que, a par de evitar injusta discriminação entre empregados que desempenham o mesmo leque de funções, o reconhecimento da isonomia salarial e o tratamento como se bancário fosse, visam a impedir que a tomadora de serviços extraia vantagem do aproveitamento de empregado terceirizado, em condições de trabalho e salário inferiores, na consecução de sua atividade-fim. Reputo, portanto, incólumes os dispositivos e súmula invocados.

Ademais, o acórdão recorrido, ao reconhecer à reclamante o direito à isonomia salarial com os empregados da tomadora de serviços, bem como às condições benéficas previstas nos

instrumentos coletivos aplicáveis à categoria dos bancários, guarda sintonia com o entendimento iterativo, notório e atual desta Corte. Incide, na espécie, a Súmula n. 333 do TST.

Pugna a embargante pela reforma do julgado, a fim de que se exclua da condenação a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento de diferenças salariais decorrentes da aplicação da isonomia salarial deferida desde a sentença. Afirma inviável a extensão dos direitos assegurados aos empregados concursados da CAIXA a empregados terceirizados, visto que se encontram em situações completamente distintas. Argumenta que não há no ordenamento jurídico possibilidade de equiparação de direitos entre empregados de empresas distintas, consoante prescreve o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho. Esgrime com afronta aos arts. 5º, II, e 37, *caput*, incisos II, XIII, XXI e XXV, §§ 2º e 6º, da Constituição da República, 461 e 611 da CLT e 71 da Lei n. 8.666/93. Indica contrariedade às Súmulas de ns. 23 e 331, II, do TST, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Cumpre salientar, inicialmente, que, tendo sido o presente recurso de embargos interposto na vigência da Lei n. 11.496/07, o seu cabimento fica adstrito à configuração de divergência entre decisões proferidas por Turmas desta Corte superior ou destas com julgados da Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida revelar consonância com orientação jurisprudencial ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal. Despiciendo, dessa forma, o exame do recurso no que tange às apontadas violações de dispositivos de lei federal e da Constituição da República.

Quanto à divergência jurisprudencial, verifica-se que o terceiro aresto transcrito à fl. 437, oriundo da Primeira Turma deste Tribunal Superior, permite o conhecimento do presente recurso. Referido modelo, ao examinar a mesma matéria versada nos presentes autos, em caso em que figurava a ora embargante no polo

passivo da lide, adotou entendimento em sentido contrário ao dos presentes autos. Com efeito, em hipótese semelhante à versada nos presentes autos, afirma o paradigma que não se revela possível a aplicação analógica da Lei n. 6.019/74, porque a condição da reclamante é distinta daqueles empregados contratados diretamente pela segunda reclamada CEF, integrantes da categoria dos bancários.

Conheço, portanto, do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

II – MÉRITO

Trata-se de hipótese em que a reclamante foi contratada por empresa interposta para prestar serviços inerentes à atividade-fim do tomador, consoante consta da decisão proferida pelo Tribunal Regional e transcrita pela Turma à fl. 416, não se caracterizando a hipótese de trabalho temporário, regulamentado pela Lei n. 6.019/74. Nos termos do art. 2º do referido diploma legal, trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender a necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

É certo que, aos trabalhadores em regime temporário, a lei assegura o direito à percepção de remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente (art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74). Tal garantia tem o manifesto propósito de coibir a depreciação da mão de obra efetiva e permanente o que inevitavelmente ocorreria, caso se admitisse a possibilidade de contratação, em caráter temporário, de empregados com remuneração mais baixa.

Esse raciocínio igualmente se aplica à hipótese de terceirização modelo que, desvirtuado de sua finalidade de racionalizar a atividade empresarial, cometendo a empresas especializadas a execução de tarefas inseridas na própria atividade-fim da empresa tomadora, pode efetivamente acarretar graves distorções nas relações de trabalho, concorrendo de forma indelével

para a precarização das condições da prestação dos serviços.

A interposição de pessoa jurídica (prestadora dos serviços) não se revela suficiente para justificar o tratamento diferenciado de trabalhadores que executam as mesmas tarefas, de igual importância para a atividade empresarial. A obrigação de dar tratamento isonômico aos iguais não encontra exceção na mera circunstância formal de os trabalhadores gozarem de status jurídico diverso.

Na hipótese dos autos, valeu-se a Turma, como base legal para a consagração do princípio da isonomia, do art. 12 da Lei n. 6.019/74, aplicado por analogia. Tal procedimento encontra autorização expressa no art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Verifica-se, ainda, que não houve o reconhecimento de vínculo empregatício entre a CEF e a autora, mas apenas a afirmação da sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas decorrentes da isonomia salarial na terceirização dos serviços, não havendo cogitar em afronta ao art. 37, II, da Constituição da República.

Com efeito, prevalece nesta Corte uniformizadora entendimento no sentido de que o trabalhador terceirizado tem direito aos mesmos salários e vantagens auferidos pelos empregados da tomadora dos serviços que exercem as mesmas funções, por aplicação analógica do art. 12, alínea *a*, da Lei n. 6.019/74.

Nesse sentido vem-se manifestando, reiteradamente, esta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, a exemplo dos seguintes precedentes:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA — ISONOMIA — TERCEIRIZAÇÃO — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA — ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS — ART. 12, ALÍNEA A, DA LEI N. 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. A Constituição da República consagra o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), ao mesmo tempo em que proíbe o

tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII). A execução das mesmas tarefas, bem como a submissão a idênticos encargos coloca o empregado da tomadora de serviços e o empregado terceirizado em situação que enseja tratamento equitativo. A submissão a concurso público distingue tais empregados no que toca aos estatutos jurídicos reguladores de suas relações de trabalho, o que não afasta o direito ao tratamento isonômico, adequado às peculiaridades das atividades desenvolvidas. A impossibilidade de se formar o vínculo de emprego, contudo, não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumprisse função idêntica no ente estatal tomador dos serviços. Esse tratamento isonômico visa a afastar os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita. Trata-se de mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante, encontrando amparo no art. 5º, *caput*, da Constituição (Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ...) e também no art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (TST-E-RR-799.073/01.6, SDI-I, Relator Ministro Rider Nogueira de Brito, DJ 25.2.2005). Ora, se na terceirização temporária de curto prazo vislumbrou-se a possibilidade de tratamento discriminatório, com muito maior razão na terceirização permanente, em que, não raro, os empregados da prestadora dos serviços sujeitam-se por período de tempo prolongado a condições de patente desigualdade salarial em relação aos empregados de mesma categoria da empresa tomadora, não obstante desempenhando idênticas funções (TST-E-RR-654.203/00.9, SDI-I, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJ – 11.11.2005). Aplicação analógica do art. 12, *a*, da Lei n. 6.019/74. (TST-E-ED-RR-655028/2000.1, Relª Ministra Rosa Maria Weber Candiota, DJU de 25.5.2007)

RECURSO DE EMBARGOS — ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL

DA TOMADORA DOS SERVIÇOS — VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. A questão em debate já está pacificada nesta c. SBDI-1 do TST, no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, porém, a impossibilidade de se formar o vínculo de emprego não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador terceirizado que cumpre função idêntica na tomadora, já que não é empregado apenas por força da terceirização. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST-E-ED-RR-579/2006-003-18-00, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJU de 22.8.2008)

TERCEIRIZAÇÃO — ISONOMIA SALARIAL — EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS — EMPREGADOS DA EMPRESA DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-E-RR-666.620/2000, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJU de 19.9.2008)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI

N. 11.496/2007 — CAIXA ECONÔMICA FEDERAL — TERCEIRIZAÇÃO — RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ISONOMIA DE DIREITOS — PRECEDENTES. A jurisprudência do TST, em especial desta Subseção, segue no sentido de manter a isonomia de direitos, quando se verificar a identidade de funções entre os empregados da empresa fornecedora de mão de obra e os contratados diretamente pela tomadora dos serviços, no caso a Caixa Econômica Federal. Trata-se de interpretação analógica do art. 12 da Lei n. 6.019/1974 em face dos arts. 5º, *caput*, e 7º, XXXII, da CF. Recurso de Embargos não conhecido. (TST-E-RR-675.012/2000, Relª Ministra Maria de Assis Calsing, DJU de 3.10.2008)

Tem-se, assim, que a decisão proferida pela colenda Terceira Turma, no caso sob exame, guarda perfeita harmonia com a jurisprudência reiterada desta Corte uniformizadora.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 02 de abril de 2009.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA

Ministro Relator

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

► **EMENTA: PROCESSO DO TRABALHO — APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

I – A aplicação analógica do art. 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho além de propiciar a realização dos princípios que informam esse ramo do direito processual e o próprio direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, não encontra nenhum obstáculo de ordem técnica sendo, por isso, perfeitamente possível.

II – Recurso especial improvido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.686 – RN
(2009/0041464-3)

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI
RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

ADVOGADO: PEDRO JORGE SANTANA PEREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: CARLOS ALBERTO PINHEIRO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS

ADVOGADO: MANOEL BATISTA DANTAS NETO E OUTRO(S)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2010 (Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1. – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator o Desembargador Federal PAULO GADELHA, cuja ementa ora se transcreve (fls. 6.384):

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO EMAÇÃO RESCISÓRIA – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA EM DESFAVOR DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAMENTO – PEDIDO RESCISÓRIO PARCIALMENTE PROCEDENTE – TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROLATADO NA PRESENTE AÇÃO RESCISÓRIA – FASE DE CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO – APLICAÇÃO DO ART. 475-J, DO CPC – INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL PELA CEF – NORMA DO ART. 475-J, DO CPC, COMPATÍVEL COM O PROCESSO DO TRABALHO – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1 – Inicialmente, deve ser destacado que a reclamação trabalhista, distribuída em 11.1.1988,

cujo acórdão foi objeto da presente ação rescisória, foi promovida perante a Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, uma vez que, à época, esta também detinha competência para julgar as demandas trabalhistas que envolviam empresas públicas federais;

2 – Cabe a esta Corte Regional executar as decisões por ela proferidas em sede de ação rescisória, em consonância com a inteligência do art. 108, I, “b”, da CF/88, c/c art. 17, § 2º, do Regimento Interno do TRF da 5ª Região;

3 – A aplicação do art. 475-J, do CPC, é plenamente compatível com o processo trabalhista, até porque é uma maneira de estimular o devedor a pagar a sua dívida sem a necessidade de o Judiciário promover o cumprimento forçado da sentença;

4 – Ademais, a sistemática da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevista em seus arts. 876 a 892, diz respeito à fase do cumprimento forçado, ou seja, etapa posterior ao incidente de cumprimento espontâneo, que ora se aplica supletivamente, em consonância com os princípios da efetividade da prestação jurisdicional, da proteção ao hipossuficiente, da dignidade da pessoa humana, da celeridade processual, da menor onerosidade à parte hipossuficiente, dentre outros, o que afasta qualquer ilegalidade na incidência do art. 475-J, do CPC, à execução trabalhista, na proporção em que este se torna uma ferramenta eficaz na concretização dos mencionados princípios;

5 – Precedentes desta Corte e do TRT da 6ª Região;

6 – Agravo regimental improvido.

2. – Os embargos de declaração opostos (fls. 76/79) foram rejeitados (fls. 82/85).

3. – A recorrente alega, em síntese, que o art. 475-J do CPC, que determina a aplicação de multa ao executado que não providencia espontaneamente o pagamento da dívida, seria incompatível com o processo trabalhista, subordinado este à disciplina específica dos arts. 876 e 892 da CLT.

Acrescenta que, nos termos do art. 769 da CLT, as normas de processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo do trabalho quando não forem com ele incompatíveis.

Mas, especificamente, com relação à execução, o diploma a ser aplicado subsidiariamente, de acordo com o art. 889 da CLT, seria a Lei de Execução Fiscal n. 6.830/80, que não contempla dispositivo equiparado ao 475-J do CPC.

Destaca que, a prevalecer o entendimento sufragado pelo Tribunal de origem, de que o art. 475-J do CPC tem aplicação no processo trabalhista, também se estaria violando o princípio da menor onerosidade para o devedor, insculpido no art. 620 do Código de Processo Civil.

4. – Aponta dissídio jurisprudencial, transcrevendo ementas de julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

É o relatório.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

5. – Em 11.1.1988 os recorridos ingressaram com reclamação trabalhista (fls. 6.032/6.052) contra a Caixa Econômica Federal. A demanda foi proposta perante a Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, porque à época, segundo esclarece o acórdão recorrido, a Justiça Federal era competente para apreciar causas trabalhistas propostas contra empresas públicas federais.

6. – A sentença, prolatada em 4.4.1988, extinguiu o processo, declarando a prescrição da pretensão dos autores (fls. 6.092/6.097).

7. – O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de recurso ordinário, afastou a prescrição determinou o retorno dos autos à 1ª Instância, para prolação de nova sentença (fls. 6.132/6.139).

8. – Em 30.9.1998 foi prolatada nova sentença, desta feita julgando procedente o pedido dos autores, condenando a parte ré a reenquadrar os reclamantes como “Escriturários Intermediários – A”, e a pagar-lhes todos os consectários legais (fls. 6.191/6.198).

9. – O Tribunal Regional Federal, em acórdão prolatado pelo então Juiz Federal

CASTRO MEIRA, no dia 8.7.2002, deu provimento à apelação da Caixa Econômica Federal, afirmando que não havia prova de que os reclamantes tivessem sido desviados de função (fls. 6.228/6.235).

10. – Em 18.9.2003 os reclamantes ajuizaram uma ação rescisória (fls. 02/16) contra esse acórdão, que foi julgada parcialmente procedente pelo Tribunal de origem, para reconhecer o direito dos autores às diferenças salariais decorrentes do desvio funcional (fls. 6.311/6.323).

11. – A Caixa Econômica Federal interpôs recurso especial que não foi o admitido na origem e o Agravo de Instrumento que se seguiu foi julgado improcedente pelo E. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (fls. 6.326/6.327).

12. – Iniciada a fase de cumprimento de sentença perante ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que proferiu o título executivo, determinou-se, em 6.6.2007, a intimação da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para promover o pagamento voluntário do valor constante na memória de cálculo, sob pena de incidência de multa de 10%, nos termos do art. 475-J do CPC (fls. 6.361).

13. – Contra essa decisão interlocutória, proferida pelo Vice-Presidente do Tribunal, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL interpôs agravo regimental (fls. 6.362/6.364) contra cujo acórdão sobreveio o presente recurso especial.

14. – O cerne da questão aqui examinada está em saber se o art. 475-J do CPC pode ou não ser aplicado na fase de cumprimento de uma sentença condenatória de natureza trabalhista.

15. – Diz o art. 475-J do Código de Processo Civil:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. [...]

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

16. – Trata-se de inovação trazida com a reforma processual promovida pela Lei n. 11.232/05. A mesma que pôs fim à execução para entrega de quantia certa como um processo autônomo, substituindo-a por uma fase de cumprimento de sentença. É medida de coerção indireta que visa, por um lado, a estimular o devedor ao cumprimento voluntário da obrigação constante na sentença condenatória que lhe foi imposta e, por outro lado, a puni-lo pelo inadimplemento (sanção legal). Perfila-se entre outros instrumentos fundados na mesma inspiração, como a multa cominatória prevista no art. 461 do CPC e a possibilidade de parcelamento da dívida, constante do art. 745 do mesmo diploma.

17. – Tais instrumentos, na medida em que concorrem para uma prestação jurisdicional mais célere, vinculam-se aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Além disso, aliás, justamente por isso, apresentam total sintonia ideológica com o princípio vetor do direito do trabalho de tutela ao trabalhador.

18. – Nesses termos, cumpre reconhecer que, em um plano teórico, não haveria qualquer incompatibilidade entre a regra do artigo 475-J do CPC e o processo do trabalho. Muito ao revés, a racionalidade própria desse instituto guarda estreita relação com o processo trabalhista.

19. – Ideologicamente, portanto, mostra-se altamente recomendável uma postura favorável à aplicação analógica do dispositivo em comento ao processo do trabalho. Resta saber, no entanto, se, tecnicamente, essa aplicação é viável.

20. – O tema, cumpre reconhecer, é bastante controvertido.

21. – Argumenta-se que não seria possível a dita aplicação analógica, porque o art. 475-J se vincula a uma fase de cumprimento de sentença que só existe no processo civil. Assim, porque o processo trabalhista ainda se assenta na

estrutura de um processo de execução autônomo em relação ao de conhecimento, não seria possível, por incompatibilidade sistêmica, a analogia em questão.

22. – De fato não existe, no processo do trabalho uma fase de cumprimento de sentença. Ali a efetivação das sentenças condenatórias ainda se dá em sede de um processo de execução autônomo, tal como ocorria no processo civil antes da Lei n. 11.232/05. Mas isso não é empecilho à aplicação analógica da norma processual civil.

No processo civil, o fato gerador da multa prevista no art. 475-J, se é que assim podemos chamar o inadimplemento espontâneo do devedor, situa-se em um momento temporal que antecede o início da fase de cumprimento da sentença, a qual, em rigor, apenas se inaugura com o requerimento do credor, na forma do art. 475-B. Bem por isso é preciso reconhecer que a multa prevista no art. 475-J, não constitui um instrumento de coerção inerente ao sistema unificado de processo adotado pelo CPC.

Imagine-se que, no processo civil, ainda persistisse o processo de execução autônomo. Nesse caso estaria inviabilizada uma inovação legislativa semelhante àquela que se extrai do indigitado dispositivo para estimular o cumprimento voluntário da obrigação consignada na sentença condenatória? A resposta, naturalmente, só pode ser negativa. Do contrário ter-se-ia de admitir que outras medidas de coerção indireta também seriam incompatíveis com o processo autônomo de execução.

Na hipótese em testilha, a incompatibilidade não ocorre, porque o fato gerador da multa em questão não está umbilicalmente ligado à fase de cumprimento de sentença ou ao modelo unificado de processo adotado pelo Código de Processo Civil. O instituto em questão é instrumento de coerção, e não de execução. Nesse sentido basta apenas dizer que o comportamento omissivo do devedor que dá ensejo à sanção destacada antecede o próprio início da fase de cumprimento de sentença.

Não é possível afirmar, assim, que o art. 475-J do Código de Processo Civil encerra um instrumento próprio da fase de cumprimento de sentença que existe apenas no Código de Processo Civil. Não se vislumbra a sustentada incompatibilidade sistêmica entre ele e o modelo de execução trabalhista, lastreado na existência de um processo autônomo.

23. – Argumenta-se que também não seria possível a dita aplicação analógica, porque a CLT já teria regulado suficientemente o processo do trabalho, faltando, por isso, o pressuposto primeiro para a aplicação da analogia que é a lacuna da lei.

Confira-se, a propósito, os artigos da CLT que compõem o núcleo do que nela se dispôs a respeito do processo do trabalho:

Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora

§ 1º – O mandado de citação deverá conter a decisão exequenda ou o termo de acordo não cumprido.

§ 2º – A citação será feita pelos oficiais de diligência.

§ 3º – Se o executado, procurado por 2 (duas) vezes no espaço de 48 (quarenta e oito) horas, não for encontrado, far-se-á citação por edital, publicado no jornal oficial ou, na falta deste, afixado na sede da Junta ou Juízo, durante 5 (cinco) dias.

Art. 881 – No caso de pagamento da importância reclamada, será este feito perante o escrivão ou secretário, lavrando-se termo de quitação, em 2 (duas) vias, assinadas pelo exequente, pelo executado e pelo mesmo escrivão ou secretário, entregando-se a segunda via ao executado e juntando-se a outra ao processo.

Parágrafo único – Não estando presente o exequente, será depositada a importância, mediante guia, em estabelecimento oficial de crédito ou,

em falta deste, em estabelecimento bancário idôneo.

Art. 882 – O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, atualizada e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código Processual Civil.

Art. 883 – Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.

Para alguns, a penhora prevista no art. 880 da CLT na hipótese de o devedor não pagar nem garantir a execução, já seria a sanção cominada pela lei trabalhista para o inadimplemento voluntário. Nesses termos não haveria que se autorizar a aplicação de um instrumento previsto no CPC para situação equiparada.

Com a devida vênia dos que pensam assim, tem-se que a penhora de bens, no processo de execução (assim como sucede em uma fase de cumprimento de sentença), com vistas à satisfação do crédito reconhecido na sentença condenatória, não pode ser considerada uma sanção imposta ao executado.

A penhora e posterior alienação dos bens que integram o patrimônio do devedor para a satisfação da dívida reconhecida na sentença reflete, pura e simplesmente, o caráter substitutivo da Jurisdição, isto é, o poder de império do Estado que, substituindo-se à vontade e à atuação concreta das partes, dá solução à lide e realiza, no mundo dos fatos a solução preconizada por ele como devida.

Assim é que a penhora e posterior expropriação, em um processo de execução, constitui consectário natural do inadimplemento voluntário do devedor. Não representa, em absoluto, uma sanção ou um exortamento extra ao cumprimento da obrigação.

Da leitura dos dispositivos legais antes transcritos não se extrai que a CLT tenha, de alguma forma, previsto uma medida de coerção indireta semelhante àquela insculpida no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Tampouco se pode concluir que ela tenha, de alguma forma, excluído a possibilidade de aplicação, por analogia, do referido instrumento. Não se identifica no tratamento dispensado pelo legislador aquilo que em doutrina se costuma designar de “silêncio eloquente”. Aliás imaginar que tal tenha acontecido é mesmo ignorar os princípios que informam o processo do trabalho e que, naturalmente, emergem do próprio direito positivo.

24. – Um terceiro argumento contrário à aplicação analógica do art. 475-J ao processo do trabalho funda-se na regra contida no art. 889 da CLT, que determina, em caso de omissão, a aplicação subsidiária da Lei de Execuções Fiscais, a qual não contém disposição semelhante àquela do art. 475-J.

Acredita-se que o enfrentamento desse argumento não pode dispensar a consideração de outro dispositivo da própria CLT, o art. 769, que assim dispõe:

Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Vê-se, assim, que, a determinação contida no art. 889 deve conviver com aquela inserta no art. 769 da CLT. Propugna-se, nessa medida, que o intérprete, embora deva socorrer-se da Lei de Execuções Fiscais, não pode descurar do direito processual civil comum, especialmente na aplicação daqueles institutos mais afeitos à principiologia do direito trabalhista.

É com fundamento nessa orientação que o Tribunal Superior do Trabalho tem admitido, por exemplo, a aplicação analógica, no processo do trabalho, da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC quando interpostos embargos de declaração protelatórios.

Por todos, confira-se:

RECURSO DE REVISTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS – MULTA.

A aplicação da penalidade prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC não constitui medida que se opõe ao prequestionamento da matéria, mas que evita a utilização distorcida dos embargos de declaração para, imotivadamente, prolongar o deslinde da controvérsia submetida a juízo. Não cabe nesta instância recursal a análise dos fatos que ensejaram a convicção judicial acerca da finalidade procrastinatória daquele instrumento recursal. A parte tem direito de se valer dos recursos previstos na legislação, observando os limites nela impostos para o exercício deste direito. Considerados protetatórios os embargos de declaração opostos, tão somente fez o julgador incidir o que prevê o dispositivo legal que regula a interposição do referido recurso.

TST, RR – 1539876-76.2005.5.01.0900, 6ª Turma, Relator Ministro ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA, DJ 13.6.2008.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – INTUITO PROTETATÓRIO CARACTERIZADO – MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC.

A pretensão do reclamado não é sanar suposta omissão existente no acórdão embargado, mas questionar as razões de decidir levadas a efeito pelo Julgador, com vistas a provocar reexame de matéria sob a qual o pronunciamento jurisdicional foi inequivocamente completo e claro, revelando, assim, nítido intuito protetatório da parte, o que atrai a aplicação da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, consoante estabelece o art. 538, parágrafo único, do CPC. Embargos de declaração a que se rejeita.

TST, AIRR – 467740-26.2005.5.09.0658, 2ª Turma, Relator Ministro VANTUIL ABDALA, DJ 20.6.2008.

MULTA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. Não evidenciados, no caso dos autos, elementos suficientes a infirmar a conclusão consagrada pelo Tribunal de origem, que, ante a interposição de embargos de declaração, sem omissão que os justificasse, divisou o intuito procrastinatório da parte, impondo-lhe

a sanção prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

TST, AIRR - 34540-85.2004.5.02.0444, 1ª Turma, Relator Ministro LELIO BENTES CORRÊA, DJ 27.6.2008.

Defende-se, em doutrina, que a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, com base no art. 769, da CLT, reclama o atendimento simultâneo de duas condições: a omissão da legislação trabalhista e a utilidade para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional.

A partir dos argumentos expostos, tem-se no caso em debate, tal qual reconhecido em relação aos embargos de declaração protetatórios, também estão satisfeitos os requisitos da omissão e da utilidade para a aplicação analógica do Código de Processo Civil.

25. – Tem-se, em suma, que a aplicação analógica do art. 475-J do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, além de propiciar a realização dos princípios que informam esse ramo do direito processual e o próprio direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, não encontra nenhum obstáculo de ordem técnica sendo, por isso, perfeitamente possível.

26. – Nesse sentido, embora se saiba que a matéria não é pacífica no Tribunal Superior do Trabalho, vale destacar alguns precedentes daquela Corte:

(...) MULTA DO ART. 475-J DO CPC — APLICAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO – OMISSÃO LEGISLATIVA E COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS TRABALHISTAS – ART. 769 DA CLT. Aplica-se ao Direito Processual Trabalhista, por força da autorização prevista no art. 769 da CLT, o comando do art. 475-J do CPC, que estabelece multa no percentual de 10% caso o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue, espontaneamente. Do exame das normas que regem o processo do trabalho depreende-se que o legislador ordinário silenciou quanto à presente matéria, pois o art. 883 da CLT limita-se a dispor que — Não pagando o executado, nem

garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial –. A falta de previsão legal específica de penalidade por descumprimento espontâneo do título executivo judicial autoriza a incidência do art. 475-J do CPC nesta seara, pois não houve silêncio eloquente do legislador ordinário, de modo a concluir pela existência de regulação exaustiva da matéria pela legislação trabalhista e de inaplicabilidade desse preceito legal, nos termos do art. 769 da CLT. A legislação processual trabalhista sempre foi pioneira em mitigar as formalidades exorbitantes que outrora regiam e, em muitos casos, ainda regem o processo, simplificando procedimentos e desburocratizando o sistema processual, sempre tendo como mira a condição especial do trabalhador hipossuficiente e o caráter alimentar do direito debatido. A norma prevista no art. 475-J do CPC amolda-se, perfeitamente, ao processo do trabalho, notadamente ao impulso oficial, princípio que rege o processo do trabalho e que está presente na fase de execução, em que o art. 878 da CLT autoriza o início da execução de ofício pelo próprio juiz da causa. Mostra-se desarrazoado pensar que o legislador ordinário tenha, manifestamente, prescindido de um instrumento tão engenhoso e eficaz para o cumprimento espontâneo das decisões judiciais transitadas em julgado, como o previsto no aludido preceito legal, que contribuirá, de forma indelével, para assegurar a celeridade no cumprimento das decisões judiciais e a própria autoridade da prestação jurisdicional entregue à parte. A única conclusão razoável diante do exame do art. 883 da CLT é que houve mero esquecimento do legislador ordinário, ao deixar de prever penalidade específica para o devedor que não cumpre, espontaneamente, decisão judicial coberta pelo manto da coisa julgada. Esse, inclusive, tem sido o entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho em hipóteses similares, como, v. g., no caso da multa por embargos de declaração protelatórios prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC, plenamente aplicável ao processo do trabalho, não obstante a previsão legal específica no art. 897-A

da CLT, que também silenciou quanto à aplicação de penalidade.

TST, RR-135800-87.2006.5.13.0006, P Turma, Redator o Ministro LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO, DEJT 4.12.2009.

(...) RECURSO DE REVISTA – PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS – APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC EM EXECUÇÃO DEFINITIVA – COMPATIBILIDADE DA NORMA PROCESSUAL CIVIL COM O PROCESSO DO TRABALHO – VIOLAÇÃO LEGAL NÃO CONFIGURADA. Tendo o Regional determinado a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC após o trânsito em julgado da decisão, com observância do disposto no art. 880 da CLT, não se verifica afronta ao art. 769 da CLT. Perfeitamente lógico admitir a existência de lacuna da lei em relação à mencionada multa, de forma a ser aplicável o art. 769 da CLT, adotando-se supletivamente o diploma processual civil na fase de execução trabalhista. Tal inteligência prestigia os princípios informadores do Processo do Trabalho — da celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, alçados atualmente a nível constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF) —, pois a coercitividade imposta ao devedor em cumprir o comando emergente do título executivo é forma de proteção ao hipossuficiente que pretende ver adimplido crédito trabalhista, cuja natureza é eminentemente alimentar. Tratando-se de execução definitiva, determinante do pagamento in continenti em dinheiro, conforme jurisprudência firmemente consolidada (Súmula n. 417, I e II, TST), desponta clara a compatibilidade da nova regra cominatória do CPC com o processo executório trabalhista, que sempre priorizou a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

TST, RR-21400-14.2007.5.01.0021, 6ª Turma, Relator o Ministro MAURICIO GODINHO DELGADO, DEJT 7.5.2010.

27. – Acrescenta-se, finalmente, que se alguma ainda restar quanto ao ponto, cabe a aplicação do princípio *in dubio pro misero* a autorizar o entendimento sufragado pelo Tribunal de origem.

28. – Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0041464-3 [PROCESSO_ELETRONICO] REsp 1111686/RN

Número Origem: 200305000266416

PAUTA: 1º.6.2010

JULGADO: 1º.6.2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

ADVOGADO: PEDRO JORGE SANTANA PEREIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: CARLOS ALBERTO PINHEIRO DE OLIVEIRA NETO E OUTROS

ADVOGADO: MANOEL BATISTA DANTAS NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de junho de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

- ▶ **PROVA ILÍCITA. Valoração.** Prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica. É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em princípio, repudia a aceitação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI da Constituição Federal). Não menos certo é que doutrina e jurisprudência não se mostram convergentes quanto à invalidade e imprestabilidade da prova ilícita e procuram mitigar o rigor dessa inadmissibilidade absoluta, encampando uma tese intermediária fundada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, hodiernamente, propugna-se a ideia de que, em caso extremamente graves e excepcionais, quando estiverem em risco valores fundamentais, também assegurados constitucionalmente, cabe ao julgador admitir e valorar a prova tida por ilícita. Significa dizer que, no caso concreto, deve haver uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos e quando ocorrer uma lesão a um direito fundamental de maior relevância, a prova deve ser validamente admitida. *In casu*, cotejando os princípios das garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X da Constituição Federal), com os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do acesso à informação inerente ao exercício profissional e da ampla defesa (art. 1º, incisos III e IV e art. 5º, incisos XIV e LV da Constituição Federal), resta irrefutável a prevalência da prova obtida a partir da gravação clandestina de conversa telefônica efetivada sem o conhecimento de um dos interlocutores do diálogo, reproduzida em laudo de degravação por perito judicial, mormente se considerada a primazia da realidade dos fatos. Reputo, portanto, válida a prova produzida.

Processo TRT/SP n. 01559.2005.061.02.00.9
RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: CDME — CLÍNICA DERMATOLÓGICA MED. ESTÉTICA ÍRIS ROCCO

Recorridos: OS MESMOS

Origem: 61ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

Inconformada com a r. decisão de fls. 161/163, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a ação, recorre ordinariamente a reclamada, às fls. 166/171, sustentando ser indevido o pagamento de indenização por dano moral.

Também irresignada com a r. decisão de primeiro grau, recorre a reclamante, às fls. 185/195, pugnando pela legalidade da utilização da fita cassete como prova, bem como pelo reconhecimento do vínculo empregatício, com os consequentes.

Contra-razões, fls. 198/200 e 202/206.

Depósito recursal e custas pagas, fls. 175 e 183.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

Imperativo de ordem lógico-formal demanda a análise do apelo obreiro primeiramente.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

1. Da admissibilidade da prova ilícita

É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em princípio, repudia a aceitação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI da Constituição Federal). Não menos certo é que doutrina e jurisprudência não se mostram convergentes quanto à invalidade e imprestabilidade da prova ilícita e procuram mitigar o rigor dessa inadmissibilidade absoluta, encampando uma tese intermediária fundada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De fato, na lição de Nelson Nery Junior, “não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva”.

Assim, hodiernamente, propugna-se a ideia de que, em caso extremamente graves e excepcionais, quando estiverem em risco valores fundamentais, também assegurados constitucionalmente, cabe ao julgador admitir e valorar a prova tida por ilícita. Significa dizer que, no caso concreto, deve haver uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos e quando ocorrer uma lesão a um direito fundamental de maior relevância, a prova deve validamente admitida.

Pois bem.

Cotejando os princípios das garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X da Constituição Federal), com os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do acesso à informação inerente ao exercício profissional e da ampla defesa (art. 1º, incisos III e IV e art. 5º, incisos XIV e LV da Constituição Federal, resta irrefutável a prevalência da prova obtida

a partir da gravação clandestina de conversa telefônica efetivada sem o conhecimento de um dos interlocutores do diálogo, reproduzida em laudo de degravação por perito judicial, mormente se considerada a primazia da realidade dos fatos.

Não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, à revelia do outro, a fim de repelir conduta ilícita do outro, mesmo sem o seu conhecimento, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º LVI da Carta Magna, constituindo exercício regular de direito e de legítima defesa (Precedentes AI-AgR 666459 – 1ª T. – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, AI-AgR 503617 – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso, RE-AgR 402035 – 2ª T. – Relª Minª Ellen Gracie).

Reputo, portanto, válida a prova produzida.

2. Do vínculo de emprego

Prospera o insurgimento.

Com efeito, admitida a prestação de serviços — fato constitutivo — é do empregador o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo do direito do autor, a teor dos arts. 818, consolidado e 333, II do CPC, qual seja, a prestação de serviços autônomos e eventuais, de cujo encargo não se desvincilhou.

Isso porque o depoimento da única testemunha patronal nenhum subsídio trouxe à convicção julgadora, posto que não soube informar nenhum detalhe acerca da modalidade de prestação de serviços pela reclamante (fl. 148).

Mas não é só.

As folhas de ponto de fls. 22/25 comprovam que a demandante inseriu-se na estrutura hierárquica, organizacional e disciplinar da empresa, eis que, além de estar subordinada a controle de horário, deveria justificar suas faltas por meio de “atestados”, pressupostos absolutamente incompatíveis com o trabalho autônomo.

De outro turno, não obstante o *onus probandi*, como dito, coubesse exclusivamente à reclamada,

o fato é que a conversa telefônica, reproduzida em laudo de degravação por perito judicial, acabou por chancelar a tese esposada na peça de ingresso, quanto ao reconhecimento do liame empregatício, em uma vã tentativa de transfiguração em posterior trabalho cooperado (fls. 113 e 117).

Nesse contexto, o conjunto probatório afigura-se suficiente para o convencimento do Juízo quanto à inequívoca relação de emprego, sendo certo que a tentativa de ‘maquiar’ a real relação havida entre as partes, alijando a autora da proteção laboral, sucumbe ao princípio da realidade do contrato de trabalho e não pode ser validamente considerada (art. 9º da CLT).

Não bastasse, convém salientar que o ônus de manter registro dos empregados decorre de imposição legal e compete ao empregador (art. 29, CLT). Se não o faz corretamente, não pode beneficiar-se de sua própria incúria, militando presunção favorável ao reclamante, quanto às datas de ingresso e saída descritas na exordial. Observo que o fato de a reclamante não ter postulado anotação em CTPS não aproveita à reclamada, na medida em que decorre de imposição legal (art. 39, § 2º da CLT).

Reformo, para reconhecer o vínculo de emprego com a reclamada, no período de 14.11.2003 a 31.10.2004, como auxiliar de enfermagem, com salário último de R\$ 500,00 (fl. 79), devendo a reclamada proceder às anotações na CTPS da autora em 10 (dez) após o trânsito em julgado, sob pena de fazê-lo a Secretaria da Vara, que, igualmente, deverá expedir ofícios à DRT, INSS e CEF, para as providências cabíveis, quanto ao vínculo declarado.

Considerando que a questão de fundo do direito violado já foi objeto de apreciação pela MM. Vara de origem, entendo submetida ao efeito translativo de que trata o art. 515, § 1º do CPC e Súmula n. 393 do TST, devolvendo a esta instância revisora toda a matéria impugnada, restando viabilizado o reexame meritório.

3. Da rescisão indireta

É cediço que o fato gerador da rescisão indireta do contrato de trabalho — tal como a justa causa aplicada ao empregado — há de revestir-se de extrema gravidade, de forma a tornar insustentável a manutenção do pacto laboral. Os motivos graves e relevantes alegados pelo empregado devem ser sopesados, bem como a proporcionalidade e imediatidade do descumprimento das obrigações contratuais, máxime porque o bem maior a ser preservado é o emprego.

In casu, da análise do conjunto fático-probatório depreende-se que, além de não proceder ao devido registro, a reclamada condicionou o retorno da reclamante ao trabalho à sua ilegal filiação como cooperada, incorrendo na falta grave de que trata o art. 483, alínea “a” da CLT, de forma a tornar insustentável a manutenção do pacto laboral.

Reformo, para reconhecendo a rescisão indireta do contrato de trabalho, em 31.10.2004 (observado o período de suspensão decorrente da licença maternidade), e deferir aviso prévio, 13º salário 2003/2004 (11/12), férias proporcionais (11/12) + 1/3 e FGTS + 40% de todo o período.

4. Das horas extras

A reclamante logrou provar, por meio da degravação da fita cassete (fls. 96/122) e da folha de ponto de fl. 22, que foi contratada para trabalhar das 8:00 às 18:00 horas, de segunda a sexta-feira, com uma hora de intervalo, passando a ativar-se meio período a partir de 20.1.2004.

Procedem horas extras, excedentes da 8ª diária, até 20.1.2004, conforme jornada supra, observando-se o adicional de 50% e o salário de R\$ 1.200,00, no interregno, tendo em vista que a reclamada não juntou os recibos de pagamento do período, como lhe competia (art. 464 da CLT) e o recibo de fl. 76 correspondente ao mês de novembro/2003 reproduz salário mensal superior a este montante.

Por habituais, procedem reflexos das horas extras nos DSRs, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS + 40%.

5. Das diferenças salariais

Além de ter havido redução salarial proporcional ao número de horas trabalhadas, o fato é que não consta na inicial pedido de pagamento de diferenças salariais (arts. 128 e 460 do CPC), nada havendo a ser reformado.

6. Do dano moral — quantificação

Tendo em vista a identidade da matéria, o tópico recursal será objeto de apreciação no apelo patronal.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

1. Da deserção

A reclamada interpôs o recurso ordinário antecipadamente (fl. 29.11.2006 – fl. 166) e comprovou o depósito recursal de que trata o art. 899 da CLT, dentro do octídio recursal, que se findaria em 1º.12.2006 (fls. 182/183) não havendo que se falar em deserção. Adoto o art. 7º da Lei n. 5.584/70 e Súmula n. 245 do TST.

Rejeito a preliminar arguida em contra-razões.

2. Do dano moral

A obrigação de indenizar exige inquestionável comprovação de ato ou omissão pelo agente causador, nexos causal e danos daí advindos, cuja prova deve ser sobejantemente demonstrada pela parte, aplicando-se a regra do art. 818 consolidado.

No caso vertente, da análise das provas testemunhal e documental, depreende-se que, a reclamante, em razão de acidente com uma agulha utilizada no tratamento de um paciente, quando estava grávida, submeteu-se a acompanhamento sorológico por seis meses, a fim de constatar eventuais doenças infecciosas (fls. 26 e 41/44). A reclamada, por sua vez, além de não prestar nenhum auxílio, não solicitou e não coletou exames do paciente envolvido no acidente, circunstância que poderia minimizar em muito o sofrimento e a apreensão vivenciada pela autora.

Nesse contexto, depreende-se inequívoca lesão a um dos direitos da personalidade, qual seja, a dignidade do trabalhador e a integridade da pessoa humana, uma vez que a reclamante foi submetida a um injustificável “temor psicológico”, durante o período gestacional, sendo irrefutável o abalo moral decorrente. Assim, a violação a direitos personalíssimos tutelados pela ordem jurídica deve ser objeto de reparação (art. 5º, V e X da Constituição Federal).

Resta à apreciação o *quantum* a ser fixado a título de indenização.

A indenização por danos morais é de difícil aferição aritmética, porquanto ausentes critérios específicos para a sua fixação. A humilhação, constrangimento, angústia, preservação da auto-imagem e da auto-estima não têm preço e o bem jurídico que se pretende indenizar é a dignidade e a integridade do trabalhador. Assim, o julgador deve levar em consideração a intensidade, a repercussão da ofensa no meio social em que vive o obreiro, a proporcionalidade na lesão e, fundamentalmente, que o valor fixado seja razoável, com intuito compensatório, punitivo e pedagógico, sem, no entanto, acarretar enriquecimento ilícito pelo ofendido, obstando situações exageradas e exorbitantes, desconexas com o fato gerador.

Sob essa ótica, o valor arbitrado a título de indenização pela MM. Vara de origem, correspondente a R\$ 5.000,00, não se revela consentâneo com os danos emergentes da lesão sofrida. Reforma, para redimensionar indenização por danos morais em R\$ 20.000,00.

Isto posto, conheço dos recursos interpostos e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da reclamada e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo da reclamante, para reconhecer o vínculo de emprego no período de 14.11.2003 a 31.10.2004, para acrescer à condenação aviso prévio, 13º salário 2003/2004 (11/12), férias proporcionais (11/12) + 1/3 e FGTS + 40% de todo o período; horas extras, até 20.1.2004, com reflexos nos DSRs, 13º salário, férias + 1/3, aviso prévio e FGTS + 40%, bem como para

redimensionar indenização por danos morais em R\$ 20.000,00, tudo nos termos da fundamentação supra.

A reclamada deve proceder às anotações na CTPS da autora em 10 (dez) após o trânsito em julgado, sob pena de fazê-lo a Secretaria da Vara, que, igualmente, deverá expedir ofícios à DRT, INSS e CEF, para as providências cabíveis, quanto ao vínculo declarado, conforme item 2 supra.

Correção monetária, na forma da Súmula n. 381 do TST, exceto quanto às parcelas não mensais, vencíveis a partir dos respectivos fatos geradores. Juros, tal como preconizado pelo art. 883 da CLT.

Recolhimentos previdenciários e fiscais, nos moldes do Provimento n. 01/96 do TST,

Consolidação dos Provimentos da CGJT, arts. 74 a 92 e Súmula n. 368 do TST, observando-se, respectivamente, o art. 46 da Lei n. 8.541/92, que não cogita da aplicação de tabela progressiva para pagamentos “disponíveis” em uma única oportunidade, incidindo sobre a totalidade do crédito, observadas as parcelas tributáveis e os limites de isenção definidos pela Receita Federal e art. 276, § 4º do Decreto n. 3.048/99, mediante apuração mês a mês, respeitado o teto de contribuição e as alíquotas cabíveis.

Honorários periciais, a cargo da reclamada, arbitrados em R\$ 1.000,00. Rearbitro à condenação o valor de R\$ 25.000,00 e custas, no importe de R\$ 500,00.

LILIAN GONÇALVES

Relatora

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

- ▶ **UNIÃO HOMOAFETIVA. DEPENDENTE.** Uma vez comprovado que a união homoafetiva se estabeleceu de forma pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição familiar, impõe-se o deferimento do pleito de inclusão do companheiro como dependente para fins de percepção de pensão estatutária, dedução na fonte do imposto de renda e assistência médica e à saúde.

ÓRGÃO ESPECIAL

Recurso Administrativo n. 00749-2008-000-05-00-5-RA

Recorrente(s): Helinoeliton Gonçalves Carneiro (Proc. n. 952.08.00108-35)

Recorrido: Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

Redator: Desembargador LUIZ TADEU LEITE VIEIRA

HELINOELITON GONÇALVES CARNEIRO recorre administrativamente da decisão de fls. 28, proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, que denegou o pedido de inclusão do seu companheiro como dependente para fins de percepção de pensão estatutária, dedução na fonte do imposto de renda e assistência médica e à saúde. As razões do recorrente encontram-se às fls. 30/34. A d. Procuradoria do Trabalho exarou parecer às fls. 68/70. Tive vista como Revisor e, tendo sido o prolator do voto prevalente, fui designado REDATOR. É o relatório.

VOTO

Investe o recorrente contra o despacho da Presidência deste e. TRT da 5ª Região que denegou o pleito de inclusão de companheiro

do mesmo sexo como seu dependente, para fins de percepção de pensão estatutária, dedução na fonte do imposto de renda, assistência médica prestada pelo serviço de saúde deste Regional e assistência à saúde mediante contratação de pessoa jurídica. Para tanto, sustenta que mantém união homoafetiva estável com seu companheiro, sendo que este último, além de residir no mesmo endereço, figura como dependente em seu cartão de crédito, está em vias de possuir conta bancária conjunta, figura como dependente no imposto de renda e já usufruiu dos benefícios de dependente perante o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

A decisão recorrida indeferiu a pretensão ao fundamento de que a Ordem Jurídica vigente não tutela a união homossexual como entidade familiar.

Em que pese o posicionamento exarado pela Presidência deste Tribunal, tenho que a pretensão do requerente merece prosperar. A despeito da grande polêmica existente sobre a regulamentação da união homoafetiva, notadamente em razão da inexistência de regramento específico sobre o tema em debate, é certo que doutrina e jurisprudência vêm se inclinando no sentido de reconhecer os direitos decorrentes das relações homossexuais.

Com efeito, o art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 é taxativo ao estatuir, *in verbis*:

“§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

A este dispositivo constitucional se alia o art. 1º da Lei n. 9.278/96 que reconhece como “... entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Por fim, os arts. 1.723 e 1.724 do Código Civil dispõem expressamente:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Art. 1.724. As relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

É certo que os dispositivos suso mencionados não aludem à união homoafetiva, situação fática existente em nosso meio social e ainda carente de regulamentação, mesmo após a elaboração de vários projetos de lei cujos andamentos esbarram em preconceito e antigas tradições culturais. No entanto, é verdade também que nem sempre o arcabouço legal normativo acompanha a rapidez das mudanças comportamentais da sociedade, de modo que muitas leis têm efeitos restritos ou ineficazes diante da realidade social.

Exatamente prevendo tais situações, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro dispôs que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

A construção jurisprudencial e doutrinária, atenta aos conclames sociais, vem aplicando analogicamente os comandos do art. 226, § 3º da Constituição Federal, do art. 1º da Lei n. 9.278/96 e dos arts. 1.723 e 1.724 do Código Civil

também às relações homoafetivas, reconhecendo-lhes o direito de ser considerada como entidade familiar para todos os efeitos legais. E o faz de forma acertada, porquanto nada obstante mencionem apenas a união estável entre homem e mulher, os dispositivos apontados não estabelecem qualquer vedação ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo. Demais disso, o direito postulado não pode remanescer sem solução jurídica, sendo aplicável ao caso em comento os comandos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e 126 do CPC, bem como do art. 5º da LICC, cujo teor prevê que o Juiz, na aplicação da lei, deverá observar os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Mister salientar, porque oportuno, que tal direito vem sendo reconhecido não apenas pelos Tribunais e doutrinadores nacionais, mas também pelo INSS — Instituto Nacional de Seguridade Social. A Autarquia, provocada mediante o ajuizamento Ação Civil Pública número 2000.71.00.009347-0, decidiu editar a Instrução Normativa n. 25/2000, que estabelece “os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Em outras palavras, o ato permite a concessão de pensão por morte ou auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira do mesmo sexo, o que representa um largo avanço na conquista de direitos pelos homossexuais integrantes de uma relação estável.

Reputo oportuna, ainda, a transcrição de trecho da ementa proferida em voto da lavra do ilustre Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, nos autos do Recurso Especial n. 820.475-RJ (2006/0034525-4), perante o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“... III – Não havendo vedação expressa no ordenamento jurídico quanto ao pedido de declaração de união estável de pessoas do mesmo sexo, embora a união homoafetiva não configure união estável nos termos da lei de regência, devem ser aplicadas as regras deste instituto atendendo-se aos preceitos contidos nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC.”

Ultrapassada a questão relativa à fundamentação legal para a concessão do pleito, tenho que também no mérito, o requerente logrou êxito em comprovar a condição de dependência de seu companheiro. Com efeito, vieram aos autos fartos documentos comprobatórios da existência da estabilidade da união homoafetiva, de modo a configurar a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o fito de constituição familiar.

Inicialmente, o requerente comprovou a identidade de endereços entre ele e o companheiro, bem como o fato de que este último já consta como seu dependente em faturas de cartão de crédito e em instituição bancária, além da indicação do companheiro como seu dependente na declaração de ajuste anual de imposto de renda relativa ao ano-calendário de 2008. No entanto, a prova mais contundente da estabilidade de tal relação encontra guarida em declaração prestada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fl. 14), no sentido de que o referido companheiro foi incluído como dependente do recorrente no Plano de Assistência à Saúde desde 22.11.2006, mesma data de edição da Portaria GP n. 23 do TRT da 2ª Região, exatamente por preencher o requisito de que trata o art. 3º da referida portaria. Mister salientar, ademais, que a redação do aludido dispositivo normativo reproduz o mesmo comando constante do art. 1º da Lei n. 9.278/96 e do art. 1.723 do Código Civil, que não mencionam qualquer prazo temporal mínimo de convivência, mas apenas estabelecem que a união estável se caracteriza pela “... *convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”. Por derradeiro, se considerada a data de julgamento da presente ação, é certo que o requerente já completou mais de dois anos de convivência comprovada, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade de deferimento do pleito de inclusão do companheiro por falta de prova da convivência habitual por período igual a superior a dois anos.

Corolário lógico, considerando os termos da declaração de um órgão da administração direta da União, mais precisamente de um dos Tribunais integrantes do Poder Judiciário Trabalhista, tenho que o material probatório produzido em sede de cognição sumária se mostra robusto o suficiente para demonstrar a existência da união homoafetiva nos moldes legais, sendo completamente despicienda a declaração de existência de relação homoafetiva estável perante a Jurisdição da Vara de Família. Demais disso, a controvérsia estabelecida nos presentes autos se insere na típica competência administrativa interna corporis deste Regional, não sendo o caso de se lançar mão da referida competência em prol de Juízo diverso.

Acrescento aos argumentos suso expendidos, por derradeiro, as ponderações constantes do voto convergente exarado pela Exma. Sra. Desembargadora Luíza Lomba, que chama a atenção para o fato de que o Ato n. TRT5-0066/2004, ao estabelecer condições para a inscrição e cancelamento de dependentes e agregados, não menciona, entre o rol de documentos obrigatórios para a habilitação do dependente, a sentença judicial de reconhecimento da relação estável. Mais que isso, a referida norma administrativa exige três provas complementares sem o estabelecimento de qualquer grau de hierarquia entre elas, sendo que a “sentença judicial sobre convivência” constitui apenas uma das provas complementares passíveis de apresentação. Desta forma, conclui a ilustre Desembargadora, se o ato administrativo expedido por este Regional não exige, como prova obrigatória para inscrição do companheiro de sexo oposto, sentença declaratória de relação estável, não se afigura plausível a exigência de tal condição para parceiros do mesmo sexo, notadamente porque tal posicionamento importaria em atitude discriminatória, incompatível com os princípios constitucionais da Carta Magna Federal. Noutra senda, se configurada a competência deste e. TRT para o deferimento administrativo de tal inscrição nas hipóteses de

relação estável entre heterossexuais, caracterizada estará tal competência para o reconhecimento da relação estável entre companheiros do mesmo sexo, estendendo-se a estes últimos o mesmo direito conferido aos heterossexuais (voto convergente anexado às fls. 82/89).

Ante o exposto, e considerando a ausência de controvérsia sobre o fato, quer em razão das provas apresentadas, quer em razão da declaração emitida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, tenho que a decisão originária deve ser modificada, deferindo-se ao requerente a inclusão de seu companheiro como dependente, para todos os efeitos postulados na inicial do presente processo administrativo.

DOU PROVIMENTO AO RECURSO ADMINISTRATIVO PARA, MODIFICANDO O DESPACHO HOSTILIZADO, DEFERIR A INCLUSÃO DE SEU COMPANHEIRO

COMO DEPENDENTE, PARA TODOS OS EFEITOS POSTULADOS NA INICIAL DO PRESENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Acordam os Desembargadores do ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por maioria, dar provimento parcial ao recurso administrativo para, modificando o despacho hostilizado, deferir a inclusão do companheiro do Recorrente como seu dependente, para todos os efeitos postulados na inicial, vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Maria Adna Aguiar (Relatora), Raymundo Pinto, Graça Laranjeira e Esequias de Oliveira, que lhe negavam provimento.

LUIZ TADEU LEITE VIEIRA

Desembargador Relator

Ciente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

- ▶ **CADERNETA DE POUPANÇA. IMPENHORABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE MANIFESTA COM O PROCESSO DO TRABALHO DA NORMA CONTIDA NO INCISO X, DO ART. 649, DO CPC.** No processo do trabalho são debatidas e perseguidas parcelas de caráter ordinariamente salarial, é dizer, destinadas diretamente ao sustento pessoal e familiar do trabalhador, não se afigurando razoável ou coerente que, frente a elas, a supérflua reserva monetária contida em uma aplicação financeira seja impenhorável. Agravo do exequente provido.

Processo: TRT/15ª REGIÃO n. 01937-2003-059-15-85-8

AGRAVO DE PETIÇÃO

Agravante: WELLINGTON DOS SANTOS MONTEIRO

Agravado: MYLENA VILAS MONTORO – ME

Origem: VARA DO TRABALHO DE PINDA-MONHANGABA

Inconformado com a r. decisão de fls. 124/126, cujo relatório adoto, e que acolheu os Embargos à Execução interpostos pela executada, agrava de petição o exequente, requerendo, em síntese, a desconsideração da impenhorabilidade da quantia depositada na caderneta de poupança e, conseqüentemente, a manutenção da penhora da conta poupança da sócia da executada.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

VOTO

Conheço do agravo porquanto regularmente processado. Conheço outrossim dos documentos de fls. 135/151, por tratar-se de subsídio jurisprudencial.

De início, cabe registrar que, a rigor, não está em debate aqui a eventual natureza salarial das verbas depositadas na caderneta de poupança da executada. Isso porque, a partir do momento que a executada tenha depositado parte de supostos ganhos salariais em conta poupança, esse numerário perdeu aquele seu caráter original e passou a ter a índole de aplicação ou ativo financeiro.

Pois bem. O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define poupança como: “*a parte da renda pessoal ou renda nacional que não é gasta em consumo.*”

Significa isso dizer que a poupança monetária não se destina à manutenção cotidiana pessoal ou familiar de seu titular. Ela é uma reserva, um *plus*, um excedente. Comparada com o salário — esse sim, ordinariamente direcionado ao sustento particular do trabalhador e de sua família — a poupança adquire um cunho genuinamente supérfluo.

Nestes termos, para nada se afigura razoável que a executada possua imunidade quanto aos rendimentos depositados em sua caderneta de poupança, quando se trate de quitar verbas

trabalhistas devidas ao exequente. Em outros termos e em resumo: o art. 649, X, do CPC não passa pelo crivo dos arts. 769 e 889, da CLT. Trata-se de um preceito incompatível com o processo do trabalho.

Desta feita, reputo válida a penhora do montante de R\$ 3.451,67, depositado na conta poupança n. 0033 0016 000608147731, do Banco Santander S.A.

De sorte que o agravo de petição é procedente.

DIANTE DO EXPOSTO, DECIDO: conhecer do recurso de WELLINGTON DOS SANTOS MONTEIRO e o prover, para o efeito de, nos termos da fundamentação, julgar válido o bloqueio de numerário da conta poupança n. 0033 0016 000608147731, do Banco Santander S.A., de titularidade de Mylena Vilas, no valor de R\$ 3.451,76.

MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO

Juiz Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

- ▶ **EMENTA:** I – MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE REVISÃO DE GABARITO. CITAÇÃO DE MAIS CANDIDATOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. O litisconsórcio só se afigura como necessário, quando, por disposição de lei, ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes (art. 47 c/c 48 do CPC). Não basta, pois, que a sentença possa apenas produzir efeitos reflexos na esfera particular de cada um, mas que à frente do pedido posto, decida de forma rigorosamente igual para todos. Se o pedido não é de anulação do concurso, e se a eventual decisão não atinge os demais candidatos de forma indistinta e rigorosamente igual, dispensável a sua citação, porque se encontram em situação abstrata que configura mera expectativa de direito. Pedido rejeitado. II – AUTORIDADE COATORA. JUIZ PRESIDENTE DE CONCURSO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. A delegação de atribuição de função administrativa *ex contractu*, não exclui legitimação da autoridade pública responsável pelos atos de acometimento a terceiro. Tratando-se de exercício de poder discricionário, a legitimação é concorrente. A manifestação que não se limita ao aspecto processual, atingindo o mérito do Mandado de Segurança atrai a aplicação da teoria da encampação. Legitimação mantida. III – ATO ADMINISTRATIVO — CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DE BANCA EXAMINADORA — INVIABILIDADE DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO. O controle dos atos administrativos está adstrito à análise de sua legalidade. Em se tratando de Concurso Público, não cabe ao Judiciário exercer controle sobre critério de conteúdo e de avaliação e/ou correção utilizados pela banca examinadora. Ao Judiciário cabe tão somente verificar se as exigências formuladas no exame têm ou não previsão no conteúdo programático do Edital, a “lei” que rege o Concurso. Subjetivismos intelectivos extrapolam o conteúdo do continente abrangido pelo controle jurisdicional dos atos administrativos. Segurança denegada.

MANDADO DE SEGURANÇA

Impetrante: BRUNO ZAMBON DESTEFANI

Impetrado: DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

Litisconsorte: UNIÃO FEDERAL

Origem: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO – ES

Relatora: JUÍZA SÔNIA DAS DORES DIONÍSIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de MANDADO DE SEGURANÇA, sendo partes as acima citadas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Comissão Examinadora do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da UNB-Universidade de Brasília, que, por delegação de Sua Excelência, o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região,

realizou e executou Concurso Público para provimento de cargos no âmbito do Tribunal.

Candidato ao cargo de Analista Judiciário, Área Execução de Mandados, o Impetrante afirma que a referida comissão, em ato arbitrário e ilegal, violou seu direito líquido e certo.

Aduz em síntese, que após divulgação do Gabarito definitivo e respectiva Justificativa de Alteração do que fora preliminarmente divulgado, a Comissão mantivera ‘incólumes’ e sem justificativa, gabarito de questões contra as quais interpusera recurso administrativo, como seria o caso das questões 95, 105 e 107, cujos enunciados, no seu dizer, contrariam as regras do Edital e da Lei.

Afirma, outrossim, que a Comissão, ao publicar o referido gabarito definitivo, teria anulado a resposta da questão n. 80 e alterado a de n. 81, o que, no seu dizer, se constituiria em abuso de poder, porque ter-se-ia tratado desigualmente situações iguais, causando-lhe prejuízo, já que sua pontuação com o gabarito preliminar teria sido de 83,00 pontos e após a divulgação definitiva, caíra para 81,00 pontos.

Discorre também, sobre a classificação que poderia obter caso a banca tivesse examinado e acolhido suas impugnações, ou melhor, seu recurso administrativo.

Diz o Impetrante, que tal ato feriria direito líquido e certo seu sem, no entanto, apontar de forma expressa, o fundamento jurídico objeto do referido malferimento.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 32 a 95; às fls. 104/109 indeferi a medida liminar;

Informações da autoridade apontada como coatora às fls. 112/115 propagando a sua ilegitimidade passiva e infirmando os fundamentos que o Impetrante utilizou para impugnar o gabarito relativo às questões de números 95 e 105.

Manifestação da UNIÃO FEDERAL, terceiro interessado às fls. 118/221, alegando a impossibilidade jurídica do pedido e defendendo a citação de todos os candidatos como litisconsortes necessários;

No mérito, defende a denegação da segurança;

Parecer do Ministério Público às fls. 128/137.

À vista da interposição de Agravo Regimental contra a decisão liminar, AgR 277.2009, determinei na forma do art. 104 do CPC, o seu pensamento, conforme fl.171 daqueles autos.

Nos autos do Agravo Regimental, o impetrante desistiu do pedido de anulação da questão n. 105, conforme fls. 34 dos referidos autos.

É o Relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os requisitos exigidos no art. 5º da já vigente Lei n. 12.016/2009, admito o presente Mandado de Segurança.

2.2. DA CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS — LITISCONSORTES “NECESSÁRIOS”

Conforme consta das fls. 120/121 e 125, a União Federal requer seja determinada a citação dos demais candidatos, ao fundamento de que uma eventual decisão favorável ao impetrante, poderia afetá-los.

O órgão do Ministério Público, em ato subsequente, e em linha igual, requer a conversão do ‘feito’ em diligência para que sejam intimados os candidatos que foram classificados em posição superior ao do Impetrante, ao fundamento de que seriam litisconsortes necessários.

Rejeito não apenas o pedido de citação formulado pela União, mas também o de conversão do julgamento em diligência objetivado pelo MPT, pois o processo civil pós-moderno não mais contempla as ortodoxias do passado, as quais o transformavam em meio, não para solucionar os conflitos, mas para dilatá-los e projetá-los no tempo.

Não por outra razão, a Emenda Constitucional n. 45/2004 instituiu como direito fundamental do cidadão, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade

da sua tramitação (art. 5º, LXXVIII da CF/88). Atendendo a esta premissa, a Lei n. 12.016, de 7.8.2009, estabeleceu no § 2º do art. 10 que o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Além disso, ainda que abstratamente se possa considerar que uma eventual vitória do Impetrante pudesse afetar os demais candidatos ou aqueles que obtiveram pontuação superior à sua, a mesma lei lhes assegura o direito de impetrar o mesmo remédio, conforme dicção do art. 3º da referida lei. Logo, se a hipótese abstrata se tornar concreta, basta que o Judiciário os notifique, tal qual como dito na letra da lei.

Não fora apenas isto, há o fato de que a pretensão não se afigura juridicamente adequada, pois o litisconsórcio necessário unitário, isto é aquele em que não pode ser dispensado pelos litigantes, só se afigura quando, por disposição de lei, ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes (art. 47 c/c 48 do CPC), o que equivale dizer, que não basta que a sentença possa apenas produzir efeito reflexos na esfera particular de cada um, mas que ela, à frente do pedido posto, decida de forma rigorosamente igual para todos.

Conquanto os demais candidatos que venceram ou que perderam, possam, em razão da regra editalícia, ter estabelecido a mesma relação jurídica com a Administração Pública, não se pode dizer que possuam situação idêntica à do Impetrante, e, pois, capaz de ensejar decisão nos moldes desenhados pelo art. 47 do CPC. Tratando-se, pois, de fato posto em hipótese meramente hipotética, não identificável concretamente, não se pode concluir pela existência de litisconsórcio necessário.

A propósito, a jurisprudência citada no parecer de fls. 129 e 130 tem conteúdo restrito ao caso em que o fundamento da pretensão é de **anulação do certame**, o que é óbvio, pois, neste caso, a decisão atingiria de forma indistinta e rigorosamente igual a todos os

candidatos, fossem eles classificados ou não, nomeados ou não.

No presente caso, o pedido não é de anulação do concurso e muito menos do Edital, mas de mera correção de gabarito.

Nestes casos, o STJ tem jurisprudência consolidada, conforme se afere pelo Agravo de Instrumento n. 514.600-SE, da Relatoria do Ministro Gilson Dipp (DJ 12.3.2004), no qual sua Excelência se manifesta no mesmo sentido e cita os precedentes da Corte:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO PÚBLICO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. VACÂNCIA. EXCLUSÃO DE SERVENTIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

1. Dispensável a citação de concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titulizam direito líquido e certo à nomeação.
2. A participação da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de notário e registrador indicado pela ANOREG não inclui a fase de elaboração do edital do concurso para ingresso na atividade notarial e de registro, porque constitui ato preparatório. (art. 15 da Lei n. 8.935/94).
3. A exigência editalícia de que os candidatos sejam bacharéis em Direito ou possuam dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro não fere o princípio da isonomia porque, além de necessária para o exercício das funções que demandam conhecimento jurídico teórico e prático, possui respaldo legal.
4. A análise da conduta pessoal e social do concursando está prevista no art. 14 da Lei n. 8.935/94. O caráter sigiloso da investigação visa proteger a privacidade do próprio candidato, que possui o direito de acesso às informações e de recorrer ao Conselho da Magistratura.
5. Não viola a proibição de delegação para elaboração e correção de provas do concurso (art. 2º da Lei Estadual n. 13.167/99) a contratação da FUMARC para a organização do concurso e a aplicação das provas.
6. Os critérios de desempate adotados

pelo edital do concurso em questão são legais porque acordes com a Resolução n. 350/99 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e com a legislação estadual aplicável. 7. A desídia do Poder Público em realizar concurso no prazo determinado pelo art. 236, § 3º, da Constituição da República, não tem o condão de consolidar situação jurídica constituída de forma precária, sem a observância dos requisitos próprios. 8. Não possui direito a excluir do Concurso Público de Provedimento de vagas nos Serviços Notariais e de Registros Públicos, Tabelião para cuja serventia do foro extra-judicial fora designado em caráter precário, porque não aprovado em concurso público, nem preenche os requisitos do art. 208 da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 29 de junho de 1982, para se ver extraordinariamente efetivado na função. 9. Precedentes. 10. Recurso improvido.” (ROMS 13381/MG, Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 4.8.2003). “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TABELIONATO DE NOTAS. DESIGNAÇÃO DO TITULAR EM CARÁTER PRECÁRIO. ABERTURA DE CONCURSO PÚBLICO. EDITAL N. 001/99. INCLUSÃO DA SERVENTIA. IRREGULARIDADES DO EDITAL. INEXISTÊNCIA.

I – Não havendo entre o recorrente e os demais inscritos no concurso público em questão comunhão de interesses, apresenta-se desnecessária a citação destes para integrarem a lide como litisconsortes passivos.

Precedentes.

II – (...)

III – (...) Recurso desprovido. Prejudicadas as MC ns. 4.936/MG e 5.921/MG, em apenso.” (ROMS n. 14.514/MG, Relator Min. FELIX FISCHER, DJ de 23.6.2003).

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS. PROVIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. Possuindo os eventuais aprovados no certame tão somente expectativa de direito, os efeitos jurídicos da decisão proferida nos autos não incidirão sobre suas respectivas esferas jurídicas, o

que elide o pretense litisconsórcio passivo necessário aduzido pela impetrante (...)” Recurso ordinário desprovido.” (ROMS n. 13.456/MG, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ de 28.10.2002).

Por conseguinte, a hipótese pressuposta no parecer e na defesa não se afeiçoa à espécie versada.

Indefiro, pois, o pedido.

2.3. DESISTÊNCIA — ANULAÇÃO DA QUESTÃO 105

Apesar do meu entendimento no sentido de que fazer uso do Mandado de Segurança é submeter ao controle do Judiciário não apenas o direito individual do Impetrante, mas também os valores constitucionais categoricamente fixados na CF/88 da Administração Pública, o que impediria a desistência após a citação, sem o consentimento do réu (§ 4º do art. 267 do CPC), o fato é que a jurisprudência dominante da Suprema Corte tem direção diversa, conforme demonstra *v. g.*, a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Mandado de Segurança. Desistência. Possibilidade de sua ocorrência, a qualquer tempo, independentemente da anuência do impetrado. Precedente do Tribunal Pleno. Vícios no julgado. Inexistência. Embargos de declaração rejeitados. (RE-AgR-ED n. 232.049/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 14.2.2003, p. 00077).

À vista disso, e embora o pedido tenha sido veiculado na sede imprópria, porque viabilizados nos autos do AgR, conheço-o e homologo a desistência, para julgar extinto o pedido de anulação da questão 105, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VIII do CPC.

2.4. CARÊNCIA DA AÇÃO — IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA — CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO

Diz a União Federal que, fundando a pretensão em mudança de critério de avaliação, ela seria impossível juridicamente, porque não cabe ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora quanto aos objetivos, fontes e bases de avaliação das questões.

Por isso, requereu a extinção do processo sem resolução de mérito.

Evidentemente, que a questão relacionada à pertinência ou impertinência de o Poder Judiciário poder se manifestar sobre as bases e os critérios de avaliações postas por banca examinadora de concurso público, diz respeito ao mérito da pretensão e não às condições da ação.

Rejeito o pedido.

2.5. CARÊNCIA DA AÇÃO ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM — AUTORIDADE COATORA x ENTIDADE REALIZADORA DO CONCURSO

Em suas informações de fls. 112/115, a Presidente do Tribunal, autoridade apontada como coatora, afirma que não deteria legitimação para responder contra ato de atribuição do CESPE entidade responsável pela elaboração e correção das questões.

Em abono ao argumento, apresenta jurisprudência do STJ que indicaria a mesma conclusão.

Apesar de os argumentos apresentados serem respeitáveis, perflho o entendimento segundo o qual a delegação de atribuição de função administrativa realizada *ex contractu*, não exclui a legitimação da autoridade pública responsável pelos atos de delegação que acometeu a terceiros, porque se o acometimento do serviço foi feito em nome do seu poder discricionário, e portanto, em decorrência em nome da oportunidade e conveniência, sua legitimação é concorrente, e sendo-a, se qualifica como autoridade abstratamente coatora referida pelo art. 1º da Lei n. 12.016/2009, mormente porque se trata de única autoridade competente para viabilizar o direito postulado na pretensão mandamental, que é o de reserva de vaga e ulterior nomeação.

Ainda que assim não fosse, poder-se-ia aplicar a teoria da encampação, uma vez que houve manifestação quanto ao mérito do Mandado de Segurança.

A propósito desta teoria, eis os seguintes arestos:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIRETOR-GERAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA — ESAF. MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PROVA DE TÍTULOS. NÃO CONTAGEM DE PONTOS. MESTRADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ESPECIALIZAÇÃO SE REFERE À ÁREA DE OPÇÃO DO IMPETRANTE. MATÉRIA QUE REQUER DILAÇÃO PROBATÓRIA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. (...).

2. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

3. (...) Segurança denegada”. (STJ, MAS n. 9.559/DF 2004/0022536-9, – terceira seção, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 26.6.2006, p. 114)

MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. MÉRITO. MUDANÇA DE HORÁRIO DE TRABALHO. ATO ADMINISTRATIVO DESPROVIDO DE MOTIVAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Segundo entendimento do STJ, se a autoridade apontada como coatora, em mandado de segurança, ao prestar suas informações, não se limita a arguir a sua ilegitimidade passiva e defende o ato impugnado, abre-se a possibilidade de aplicação da Teoria da Encampação e a sua coatoria torna-se legítima. Precedentes. É discricionário o poder

da Administração de transferir seus servidores através de ato motivado, no interesse do serviço público e dentro do quadro a que pertencem. Todavia, o ato decorrente do Executivo Municipal consistente mudança de horário de trabalho *'ex officio'* de servidoras públicas não pode prescindir de formalidade, tampouco pode estar despedido de motivação, sob pena de revelar-se ilegal e abusivo. Demonstrada a arbitrariedade do ato combatido, impõe-se a confirmação da sentença concessiva da segurança impetrada (MS 1.0393.07.015395-1/001(1), TJ-MG, Rel. Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, DO, 24.9.2008)

Rejeito, pois o pedido.

3. MÉRITO

3.1. CONCURSO PÚBLICO — ATO ADMINISTRATIVO — CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO DE BANCA EXAMINADORA — INVIABILIDADE DE CONTROLE DO JUDICIÁRIO

Antes de qualquer exame, anoto que o Impetrante comete o mesmo erro que cometera no ajuizamento do MS n. 247/2009, do qual também fui relatora, ao afirmar no item 15 da fl. 06, que a anulação se dera na questão 80, pois não foi isto que ocorreu: a questão anulada foi a de n. 81 e a corrigida/alterada foi a de n. 80 (parte final da fl. 90 e início da fl. 91).

Diz o Impetrante que recorrera da questão 81 pleiteando correção do gabarito preliminar, porque seu enunciado expresso na afirmação de que: *“o período de concessão das férias é um ato exclusivo do empregador, independentemente de pedido ou de concordância do empregado”*, estaria errado por contrariar as exceções dos §§ 1º e 2º do art. 136 da CLT.

Entretanto, para “sua surpresa”, a Banca anulou a questão ao revés de alterar o gabarito.

Quanto à questão de n. 80, cujo enunciado afirma que: *“o empregado não pode prestar serviços com registro na carteira de trabalho a outro empregador durante o período de gozo das férias”*; diz que apesar de não tê-la impugnado,

pelo fato de que à luz do gabarito preliminar divulgado, acertara-a, a Banca o prejudicou, porque à vista de recursos administrativos interpostos por terceiros, que a confrontou com o art. 138 da CLT, corrigira o gabarito passando a dar validade à resposta expressa na letra “E”, equivalente a “errado”, ao invés de “C”, equivalente a “certo”.

Vê ilegalidade neste ato, sob o raciocínio de que se a Banca anulou a questão 81, e por meio de motivação parecida, corrigira/alterou a de n. 80, deveria agir do mesmo modo, porque as situações seriam as mesmas.

E no que se refere à questão 107 de Direito Civil, cujo conteúdo anuncia: *“o agente capaz que contratar com pessoa relativamente incapaz estará autorizado a invocar em seu favor a incapacidade relativa desta, desde que indivisível a prestação objeto do direito ou da obrigação comum”*, afirma que a resposta publicada como adequada, ou seja, “c” de “certa”, estaria equivocada.

Para sustentar sua assertiva, confere sua própria interpretação ao conteúdo do art. 105 do Código Civil.

Requeru, pois, a “revisão” do Ato Administrativo atinente ao gabarito, para alterar as respostas atinentes às questões 81, anular a resposta da questão 80 e alterar e/ou anular a questão 107, com a concessão dos dois pontos de cada uma delas, e a consequente reserva de sua vaga, para ulterior nomeação.

Como afirmo na decisão liminar, constata-se de imediato a ausência de fundamentos capazes de ensejar conclusão acerca da presença de direito e certo, uma vez que a pretensão é de discutir-se, na estreita via mandamental, a pertinência ou impertinência dos critérios de avaliação adotados pela Banca Examinadora do Concurso, o que não é cabível, porque o controle dos atos administrativos está adstrito à análise de sua legalidade, o que não abrange controle sobre a aferição de conteúdo das opções e muito menos da avaliação e ou correções foram realizadas.

Em se tratando de Concurso Público, cabe ao Judiciário tão somente, verificar se as questões formuladas tenham ou não previsão no conteúdo programático do Edital, pois é este, a “lei” que rege o Concurso, e é somente sob este aspecto que o controle do ato administrativo deve recair.

Neste contexto, é evidente que o fundamento da pretensão ancorado em interpretação subjetiva do candidato, quanto à decisão da Banca de publicar o gabarito definitivo em decorrência de alteração e anulação de determinadas questões não comporta controle judicial, pois este controle, já afirmei, limita-se ao continente do princípio da legalidade norteado pelo Edital.

A este respeito, o STF tem proferido reiteradas decisões, como *v.g.*, nos autos dos RE’s ns. 192.568/PI, DJ de 7.2.97 e 68.244/CE, DJ de 30.6.2000, bem como a que menciono também, ao título meramente exemplificativo:

EMENTA: Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital — nele incluído o programa — é a lei do concurso.” (RE n. 434.708/RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJ 9.9.2005).

Com estes fundamentos, **denego a segurança.**

3.2. VIOLAÇÃO AO EDITAL — QUESTÃO NÃO PREVISTA NO CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

Como houve desistência do pedido relativo à questão 105, remanesce apenas o exame do fundamento relacionado à questão 95.

Diz o Impetrante que o conteúdo da questão 95 extrapolaria o continente do Edital, porque o seu enunciado exigiria conhecimento dos Regimentos Internos dos Tribunais do Trabalho, matéria que fora excluída do Edital por Ato do Presidente do TRT-ES (fls. 94/95).

Detalha seu raciocínio reproduzindo a questão 95, que expressou a seguinte assertiva: **“Em todos os TRTs existentes no País, compete ao Tribunal Pleno o julgamento dos Dissídios Coletivos”**.

Visando reforçar seu argumento, diz que embora o art. 678 da CLT atribua tal competência ao Pleno dos Tribunais Regionais do Trabalho, o art. 93, XI da CF/88, por sua vez, admite a criação de Órgão Especial para exercer função delegada, tanto em matéria administrativa, quanto jurisdicional.

Em razão disso, conclui que a proposição exigiria do candidato conhecimento acerca da distribuição de **competência interna** no âmbito dos TRT’s, o que não estaria contemplado no Edital.

Analisando-se o Programa de Direito Processual do Trabalho destinado aos candidatos ao cargo de Oficial de Justiça, ou seja, Analista Judiciário-Área Execução de Mandado, capítulo IV (fl. 56), constata-se o delineamento da exigência feita pela banca, pois, em sua primeira parte dispõe-se:

“1 – Da Justiça do Trabalho: organização e competência. 2. Das Varas do Trabalho, dos Tribunais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho: jurisdição e competência; (...)”.

Mera leitura deste conteúdo permite aferir que a questão submetida aos candidatos não exige conhecimento de norma administrativa, como alega o Impetrante, especialmente, porque a questão foi antecedida de **premissa condutiva**, eis que antes de propor o item referido item 95, a Banca afirmou:

“Considerando a jurisdição, a competência, e a composição das varas do trabalho e dos tribunais regionais do trabalho (TRTs), julgue os itens seguintes” (parte final da fl. 75), ou seja, a banca delimitou o continente legal no qual o candidato deveria se ater para apresentar sua resposta. A falta de acuidade do candidato quanto à sinapse que desenvolve não pode ser utilizada como argumento jurídico capaz de

autorizar conclusão de que exigiu-se conhecimento não contemplado na norma.

Sendo assim, se a resposta não exigiu conhecimento de conteúdo de Regimento Interno do órgão para o qual o Impetrante se candidatou, e menos ainda, de ilações a respeito de norma aberta da Constituição Federal, não houve extrapolação da norma editalícia.

Denego a segurança.

Custas pelo Impetrante, de R\$ 20,00, calculadas sobre R\$ 1.000,00, valor atribuído à inicial.

4. CONCLUSÃO

ACORDAM os Magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, admitir a ação mandamental e indeferir o pedido da União de citação dos litisconsortes necessários; homologar a desistência, para

julgar extinto o pedido de anulação da questão 105, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VIII do CPC; rejeitar a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido quanto ao critério de avaliação e, por maioria, rejeitar a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* no tocante à autoridade coatora; no mérito, por unanimidade, denegar a segurança relativamente ao critério de avaliação da banca examinadora e quanto à violação ao edital; por unanimidade, extinguir o agravo regimental por perda de objeto superveniente. Custas, pelo impetrante, de R\$ 20,00 (vinte reais), calculadas sobre R\$ 1.000,00 (mil reais).

Vitória – ES, 18 de novembro de 2009.

JUÍZA SÔNIA DAS DORES DIONÍSIO

Relatora



Jurisprudência

Sentenças

16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS

SENTENÇA

Processo n.: 00375-2008-016-04-00-9

Reclamatória-Ordinário

Autor: Catarina Maria Rodrigues

Réu: S.A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor

Após análise dos autos, foi prolatada a seguinte SENTENÇA DE CONHECIMENTO, em Secretaria, no dia 29.5.2009 às 17 horas e 59 minutos.

I – RELATÓRIO

Catarina Maria Rodrigues ajuíza reclamatória trabalhista contra S.A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor em 9.4.2008, aduzindo que foi admitida pela reclamada em 30.8.2001, para a função de promotora de vendas, tendo sido injustamente despedida em 20.12.2005. Expostos os fatos e fundamentos da petição inicial, às fls. 02-09, reclama: o pagamento de adicional de insalubridade, adotando-se como base de cálculo a remuneração da autora ou o salário base da categoria, com reflexos apontados no pedido da letra “a” da inicial; a devolução dos descontos indevidos nos salários da demandante; o pagamento de horas extras, excedentes à 8ª diária e 44ª semanal, com adicional legal e reflexos referidos no pedido da letra “c” da petição inicial; o pagamento de indenização por dano patrimonial e moral, em valor não inferior a R\$ 50.000,00; a concessão da assistência judiciária gratuita e o pagamento de honorários advocatícios. Atribui à causa o valor de R\$ 65.000,00 e junta os documentos das fls. 10-15.

Em audiência, a ré apresenta defesa às fls. 21-43. Em prefacial de mérito, sustenta a prescrição quinquenal, impugnando, no mérito, articuladamente todos os fatos e os pedidos aduzidos

na inicial. Requer seja julgada improcedente a reclamatória trabalhista, bem como condenada a demandante ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Junta os documentos das fls. 44-93.

A autora apresenta sua impugnação às fls. 102-104.

A demandante não compareceu à perícia técnica designada para apurar a existência de condições insalubres nas suas atividades, tendo sido designada nova perícia em audiência, oportunidade na qual o procurador da reclamante retifica os termos da inicial a fim de noticiar que a data correta de admissão da autora foi 16.1.2004 e não como informado na peça inaugural.

Realizada perícia técnica para apurar a existência de insalubridade nas atividades da autora, conforme laudo técnico juntado às fls. 118-123, impugnado pela ré às fls. 127-128.

Durante a instrução processual, ouve-se o depoimento pessoal da autora, do preposto da ré, de uma testemunha convidada pela autora e de uma testemunha convidada pela ré, conforme fls. 130-132.

Encerra-se a instrução com razões finais remissivas pelas partes.

Inexitosas as propostas conciliatórias oportunamente formuladas.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. PREJUDICIAL DE MÉRITO — DA PRESCRIÇÃO

Alega a demandada que a autora intentou duas ações trabalhistas anteriormente à presente ação, as quais interromperam a prescrição bienal, requerendo, contudo, a observância da prescrição quinquenal.

Analiso.

Primeiramente, destaco que a presente reclamatória trabalhista foi ajuizada em 9.4.2008, sendo que as reclamatórias anteriores, de n. 00815-2007-006-04-00-0 e n. 01019-2007-008-04-00-7 foram distribuídas em 13.7.2007 e 5.9.2007, respectivamente. A prescrição, no caso dos autos, restou interrompida com o ajuizamento da primeira ação, em 13.7.2007, e passou a correr a partir daí, sem nova interrupção pela distribuição da segunda ação, consoante entendimento jurisprudencial uniforme quanto à matéria e interpretação da Súmula n. 268, do E. TST. Não há, dessa forma, prescrição do direito de ação da autora a ser invocada no presente feito.

Quanto à prescrição parcial dos direitos trabalhistas de cunho pecuniário anteriores a cinco anos do ajuizamento da presente ação, observo que o contrato de trabalho estabelecido entre as partes vigeu de 16.1.2004 a 20.12.2005, tendo sido a presente reclamatória trabalhista ajuizada em 9.4.2008, motivo pelo qual também não há prescrição a ser declarada no caso.

Por fim, quanto ao pedido de indenização em face do suposto dano moral, entendo aplicáveis, ao caso, os dispositivos civis, tendo em vista que a pretensão de indenização trata de reparação de ilícito de direito civil, não previsto na legislação trabalhista. O fato de a pretensão ter ocorrido no âmbito de uma relação de trabalho não vincula a aplicação das normas trabalhistas acerca da prescrição, até porque o art. 7º, inciso XXIX, trata sobre créditos decorrentes da relação de trabalho. Nesse contexto, aplicável ao caso a disposição contida no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, ou seja, que o prazo prescricional aplicável é de três anos, não estando prescrita, assim, a pretensão.

2. MÉRITO

2.1. DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conforme informações contidas no laudo técnico (fls. 118-123), a autora exercia a função de promotora de vendas, cujas atividades

consistiam, segundo relato da demandante, na reposição de produtos nas gôndolas dos supermercados, limpeza de gôndolas com água e sabão, ingresso e permanência em câmaras frias, entre outras tarefas. O experto concluiu pela existência de insalubridade em grau médio, conforme o NR-15, Anexo 09, da Portaria n. 3.214/78, pelo agente externo FRIO, condicionada a que restasse provado nos autos que a autora ingressava sistematicamente em câmaras frias.

A demandada impugna o laudo, alegando que não havia contato da autora com o agente externo “frio”, já que não adentrava em câmaras frias.

Analiso.

Inicialmente registro que o laudo contém todas as informações necessárias para o deslinde da controvérsia, apesar de ser condicional a prova futura, motivo pelo qual não necessitava ser complementado.

Com efeito, o Anexo 09 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 classifica como insalubre em grau médio o exercício de atividades ou operações no interior de câmaras frigoríficas ou em locais que apresentem condições similares, não havendo limite de tolerância no sentido de tempo de exposição ou tipo de atividade, desde que não seja inferior a meia hora por dia.

Estando o laudo pericial condicionado à prova do exercício das atividades aventadas pela autora, parto para a análise dos elementos de prova produzidos durante a instrução processual. No caso dos autos, pelo contexto da prova testemunhal trazida, não restou confirmada a exposição da autora ao agente “frio” pelo ingresso em câmaras frigoríficas. Segue trecho do depoimento da testemunha da autora em que refere as atividades exercidas por esta: *“(…) que a reclamante abastecia, cortava queijo e fazia promoção das vendas; que a depoente via a reclamante fazendo o corte do queijo; que a reclamante não usava uniforme adequado para o corte do queijo”*.

Nessa medida, nada tendo sido referido pela testemunha da autora no sentido de que ela adentrava habitualmente em câmaras frias, entendo que não restou comprovada a exposição da autora ao frio, motivo pelo qual julgo improcedente o pedido e indefiro o pagamento do adicional de insalubridade postulado pela autora, bem como os reflexos em férias com 1/3, décimos terceiros salários, aviso-prévio, FGTS com 40% e horas extras.

2.2. DA DEVOLUÇÃO DO DESCONTO DE SEGURO DE VIDA

A reclamante postula a devolução de descontos efetuados a título de seguro de vida em grupo, sustentando a ilegalidade dos referidos descontos na forma do art. 462 da CLT.

A reclamada menciona que a autora expressamente autorizou os descontos em questão, tendo indicado como beneficiária a filha.

Analiso.

De acordo com o art. 462 da CLT, o empregador não pode efetuar descontos no salário do empregado, salvo quando estes resultarem de adiantamentos, de disposições legais ou normativas. Tal norma visa a garantir a integralidade do salário do empregado, ao assegurar proteção contra eventuais abusos que possam vir a ser praticados pelo empregador. Entretanto, a jurisprudência vem aceitando outros descontos, desde que tenham sido devidamente autorizados pelo empregado e não representem prejuízos. Neste sentido a Súmula n. 342 do E. TST, com o seguinte teor: “*Descontos salariais efetuados pelo empregador, com autorização prévia e por escrito de empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa de seus trabalhadores, em seu benefício ou de seus dependentes, não afrontam o disposto pelo art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico*”.

Nesse contexto, verifico que a autora aceitou contratar o seguro de vida, conforme autorização juntada pela ré à fl. 45, não impugnado pela autora em sua manifestação.

Assim, à conta do documento antes referido, tendo sido demonstrado que a autora autorizou o desconto dos valores relativos ao seguro de vida, e não havendo qualquer prova nos autos a comprovar a existência de coação por parte da ré para a adesão a tal benefício, julgo improcedente o pedido.

2.3. DAS HORAS EXTRAS

Assevera a demandante que realizava jornada extraordinária sem nenhuma contraprestação, afirmando que havia reuniões de estratégia e para a apresentação de produtos novos que ocorriam além da jornada normal sem o cômputo do tempo excedente. Requer o pagamento de horas extras com repercussões em repousos semanais remunerados e feriados, bem como décimos terceiros salários, férias com 1/3, FGTS e acréscimo de 40%.

A ré ressalta, primeiramente, a inépcia do pedido nesse sentido, na medida em que a autora não especifica o montante das horas pleiteadas. Ainda, nega a prestação de labor extraordinário, alegando que a autora possuía jornada de trabalho externa e não estava, em razão disso, sujeita a controle de horário, forte na autorização concedida pelo art. 62, I, da CLT.

Analiso.

A primeira questão a decidir diz com a aplicabilidade, ao caso concreto, do disposto no art. 62, I, da CLT, ante as alegações da defesa em tal sentido.

Não há discussão quanto ao fato de que a reclamante foi admitida como “promotora de vendas”, tendo exercido tal tarefa até a extinção do contrato de trabalho em razão da despedida imotivada, depreendendo-se que prestava serviços primordialmente fora da sede da reclamada. De acordo com a prova carreada aos autos, sobretudo depoimento pessoal da autora, é

admitida por esta a desnecessidade de comparecimento à sede da empresa no início e fim da jornada, o que corrobora as alegações da empresa no sentido de enquadramento da autora aos termos do que preleciona o art. 62, inciso I, da CLT e, em razão disso, a desnecessidade de controle de horário, estando tal condição devidamente anotada no registro de empregado da fl. 46.

Caberia, dessa forma, à demandante a demonstração do labor extraordinário, sobretudo por meio de prova testemunhal, na medida em que é fato constitutivo do seu direito, o que não foi feito pela autora, conforme observo dos depoimentos constantes do caderno processual, limitando-se a própria demandante a informar que: “(...) *que foi contratada para trabalhar 44 horas semanais; que não tinha hora para chegar nem para sair; que era promotora de vendas; que trabalhou em vários supermercados; que trabalhou no Bourbon Country, Iguatemi, Nacional 20 (na Assis Brasil), no Shopping Total, em Gravataí (onde ficou um ano e meio); que não precisava passar na sede de manhã, tampouco no final do expediente; que as reuniões ocorriam de quinze em quinze dias; que as reuniões ocorriam das 14h às 18h; (...)*”.

Nesse sentido o depoimento da testemunha da reclamada quanto ao tema: “(...) *que o promotor de vendas recebe um roteiro diário, dizendo quais as atividades que tem de cumprir; que o roteiro é dado em uma reunião; que se houver alguma alteração é feita na reunião ou o vendedor passa diretamente na loja; que o vendedor é superior ao promotor de vendas; que o promotor de vendas está subordinado ao vendedor; que tem redes em que o promotor é fixo, mas que a maioria o promotor fica um pouco em cada loja; que na média fazem cinco ou seis lojas por dia; que nunca trabalhou com a reclamante; que ficam em torno de 30 a 60 minutos em cada loja; que tem lojas que podem ser em outro município da Grande Porto Alegre; que o promotor pode extrapolar a jornada de oito horas por dia ou não.*”

Pelo exposto, não tendo sido comprovada a jornada extraordinária, julgo improcedente o pedido de pagamento de horas extras, bem como os reflexos postulados, pois acessórios do pedido indeferido.

2.4. DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS

Sustenta a autora ter sido vítima de assédio sexual por superior hierárquico da reclamada. Em síntese, refere que recebeu carona do gerente regional da reclamada, sr. Edílson, para retorno de uma festa de lançamento de um produto da ré realizada no dia 16.11.2005, na medida em que o local da festa não seria servido de transporte público. Salaria que na ocasião o gerente teria assediado a autora com propostas indecorosas, palavras de baixo calão, e “apalpado” a demandante quando esta desceu do carro. Refere que após o fato relatado passou a sofrer perseguições pelo sr. Edílson, o que motivou o recebimento de repreensões da sua chefia imediata por algumas vezes e culminou com a sua despedida sem justa causa. Assevera ainda a demandante que realizou registro de ocorrência policial sobre o sucedido e em razão disso passou a ser ameaçada por colegas em nome do gerente Edilson. Postula o pagamento de indenização pelos danos sofridos, em valor não inferior a R\$ 50.000,00.

A demandada defende-se, alegando que a demandante não relatou o oferecimento de vantagem por parte do suposto agressor, nem que o alegado assédio tenha ocorrido outras vezes. Ainda refere que a ocorrência policial foi registrada apenas em 29.12.2005, ou seja, posteriormente ao aviso de dispensa e cerca de dois meses após o fato, não havendo notícia acerca de processo criminal contra o ex-empregado acusado. Salaria que a extinção do contrato de trabalho da empregada não guardou nenhuma relação com o fato alegado, tendo sido sua despedida, juntamente com mais cerca de vinte empregados, decorrido de liberalidade da empresa. Sustenta a inexistência de conduta ilícita por parte do réu e nexos de causalidade entre a conduta da ré e o dano.

Analiso.

Primeiramente, rechaço de plano o pagamento de indenização por danos materiais supostamente sofridos pela autora, na medida em que não há no caderno processual prova da existência dos alegados danos, que devem, à luz da melhor doutrina e jurisprudência, ser comprovados de forma robusta.

O dano moral, por sua vez, é o sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, ou seja, toda dor física ou psicológica injustamente provocada em um indivíduo. O dano não patrimonial decorre da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

A reparação por dano moral não tem por finalidade suprimir o passado, mas sim melhorar o futuro, devendo caminhar de forma harmoniosa com os direitos humanos e com os direitos da personalidade, cujo fundamento é o reconhecimento de que a pessoa tem um valor em si mesma, reconhecendo-se a dor, a angústia e a tristeza como formas pelas quais o dano moral se exterioriza.

Com o advento da Constituição da República de 1988, reconheceu-se a compensação pelo dano moral, hipótese elencada no rol de direitos e garantias fundamentais — art. 5º, X, estendendo-se essa possibilidade para vários ramos do Direito, inclusive do Direito do Trabalho. A inclusão no texto constitucional da possibilidade de indenização pelo dano moral expurgou, ou ao menos minimizou divergências jurisprudenciais até então existentes. Contudo, para uma imputação justa da indenização compensatória por dano moral devem ser considerados diversos fatores, dentre os quais incluem-se a gravidade da falta, a intensidade e a repercussão da ofensa, a condição social da vítima, a sua personalidade e a do ofensor, a possibilidade de superação física ou psicológica da lesão, assim como o comportamento do ofensor após o fato. O Magistrado deve, ainda, buscar atender o seguinte: I) a punição do infrator pelo fato de haver ofendido um

bem jurídico da vítima, mesmo que imaterial e; II) a concessão ao ofendido de um meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem material, intelectual e, até mesmo material.

Pois bem. A demandante faz, em seu depoimento pessoal, minucioso relato dos fatos ocorridos na festa de lançamento de produto, promovida pela demandada, sendo fatos incontroversos nos autos: 1) a ocorrência da referida festa — ou de reunião, conforme informado pelo preposto da ré à fl. 131; 2) que a festa realizou-se em local de difícil acesso; e 3) que havia bebidas alcoólicas. Reproduzo, por necessário, o depoimento da autora: “*que a depoente deixou de trabalhar em 20.12.2005; que antes da saída da depoente houve um lançamento de um produto Vigor em um sítio, em Cachoeirinha, City Park; que a festa ainda não tinha terminado e teve que ir embora porque tem uma filha; que o gerente-regional disse para esperar que iria levá-la; que o gerente-regional chama-se Edilson; que Edilson já não trabalha mais na empresa; que depois de algumas audiências trabalhistas foi despedido; que Edilson morava na Morada do Vale em Gravataí e a depoente morava na Parada 69, em Gravataí; que ele se dispôs a levá-la até a parada de ônibus; que foi perguntado, dentro do carro, por Edilson, se estava tudo bem; que depois da resposta da reclamante, mudou de assunto, começou a falar coisas “nada a ver”; que começou a dizer que a reclamante era bonita, que desejava colocar a mão na reclamante, que respondeu que “não era assim”; que Edilson disse à reclamante que “eu como várias mulheres”; que a reclamante pediu que Edilson parasse o carro, que iria a pé para a parada; que Edilson não parou o carro; que a reclamante falou que “não era desse tipo e que não se cuidava”; que Edilson respondeu que era vasectomizado; que nessa oportunidade disse que quando parasse o carro “iria colocar a mão na bunda da reclamante”; que fez isso quando parou o carro; que desde desse fato a vida da reclamante se tornou um “inferno”; que não teve mais tranquilidade para trabalhar; que Edilson mandou o supervisor*

ficar “no pé” da reclamante; que certo dia, quando a reclamante chegou para trabalhar, o supervisor chamou a reclamante para ir até a sede da Vigor para assinar a despedida; que nesse dia a depoente foi até a Polícia para dar queixa; que por meio de Luciana de Freitas, que trabalhava na Vigor, Edilson ofereceu dinheiro para a reclamante para que retirasse o processo na Justiça; que o pagamento ocorreria no shopping; que foi ao shopping e conversou com Luciana de Freitas; que contou todo o acontecido a Luciana e essa ficou chocada; que não houve proposta da Vigor de conciliação extrajudicial; que hoje a reclamante trabalha na 3M; que na 3M não sabem desse acontecido; que a reunião no sítio foi lançamento de produto, seguida de coquetel e jantar; que convivia com Edilson nas reuniões, mas que tinha um supervisor de nome Rogerio que era superior da reclamante e subordinado a Edilson; (...).”

O assédio sexual consiste, à luz do que dispõe o art. 216-A do Código Penal, em “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.” O caso dos autos, ao que me parece, não trata exatamente disso, já que, pelo que se depreende do depoimento da autora, o ex-empregado da ré não se utilizou, para conseguir a alegada “vantagem sexual”, da sua condição de superior hierárquico. Ademais, as perseguições posteriores referidas pela autora não se inserem na tipificação legal do fato, pois não objetivavam mais o favorecimento sexual, mas sim coibir qualquer acusação da autora nesse sentido e a divulgação da história no âmbito da reclamada.

Cumpre referir que a descaracterização do assédio sexual, na forma descrita pelo Código Penal, não torna os fatos relatados, se devidamente comprovados, menos gravosos à autora, bem como a ausência de testemunhas acerca dos fatos relatados pela autora supostamente ocorridos durante o trajeto para casa não elidem, por si só, a sua ocorrência, até porque

não havia possibilidade de tais fatos serem presenciados por outras pessoas, já que estavam no carro apenas a autora e o sr. Edilson.

É consabido, nesse aspecto, que o depoimento pessoal do autor não configura prova em seu favor, em tese, possuindo valoração relativa. No entanto, quanto à prova do fato do assédio em si, aplicando-se por analogia o entendimento acerca dos fatos tipificados nos arts. 213 e 214 do Código Penal — estupro e atentado violento ao pudor, respectivamente, é necessária uma valoração consistente do depoimento pessoal do ofendido, pela própria natureza dos delitos em referência, crimes contra os costumes, desde que corroborados pelos demais elementos probatórios dos autos. Assim a lição de Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha⁽¹⁾:

“Nos delitos contra os costumes, a palavra da ofendida avulta em importância, principalmente quando se trata de pessoa recatada, de bons costumes, de vida anterior honesta e ilibada, recatada, e acima de suspeitas. Nessas condições, é muito evidente que suas declarações, apontando o autor do crime que lhe vitimou, assume caráter extraordinário, frente às demais provas. Não seria razoável e nem é comum, que a pessoa com essas qualidades viesse a juízo cometer perjúrio, acusando um inocente de lhe haver constrangido à conjunção carnal ou a ato libidinoso outro qualquer. Por isso, sua palavra, enquanto não desacreditada por outros meios de prova, digamos, vale como bom meio de convicção.”

No mesmo sentido, entendimento esposado por E. Magalhães Noronha⁽²⁾:

“É natural que a palavra do ofendido seja recebida, em princípio, com reservas. Interessado no pleito, porfiando por que sua acusação prevaleça, cômico da responsabilidade que assumiu, podendo até acarretar-lhe o processo

(1) MONTEIRO ROCHA, Francisco de Assis do Rego. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

(2) NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

criminal (denúnciação caluniosa, art. 339 do Código Penal) e, por outro lado, impelido pela indignação ou o ódio e animado no intuito de vingança, suas declarações não merecem, em regra, a credibilidade do testemunho. Isso, entretanto, não impede seja ele fonte de prova, devendo seu relato ser apreciado em confronto com os outros elementos probatórios, podendo, então, conforme a natureza do crime, muito contribuir para a convicção do juiz.”

Há que se reconhecer, dessa forma, o valor do depoimento da autora, no caso vítima, quanto à veracidade dos fatos narrados, até porque seus informes se mostram consistentes e harmoniosos, sem contradições com o restante da prova dos autos, ciente, ainda, que nos casos da espécie em regra é a palavra da vítima contra a do agressor.

Por oportuno, impende reproduzir o depoimento da testemunha trazida aos autos pela autora, sra. Waldete de Oliveira, salientando a situação incômoda enfrentada pela demandante: “(...) *que conversavam sobre o trabalho dentro do supermercado; que a reclamante reclamava de assédio do supervisor, chamado Edilson; que a reclamante comentou que ele chamava ela para ir numa salinha para “dar uns beijinhos”; que também mencionou a respeito de uma festa, na qual houve o lançamento de um produto, em que Edilson tinha sido inoportuno; que não lembra dos detalhes contados pela reclamante; que a reclamante se demonstrava bastante incomodada com essas propostas; que logo depois dessas propostas a reclamante foi despedida; (...)*”.

Dessa forma, mesmo que os fatos relatados não tratem propriamente do crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A do CP, houve, por certo, dano à autora, que se viu extremamente constrangida com os avanços e atitudes de superior hierárquico seu, e pelas ameaças posteriores.

Entendo, outrossim, que não há como presumir que a autora registrou ocorrência apenas em 29.12.2005 em decorrência da despedida como

retaliação à empregadora, primeiramente porque sequer o boletim de ocorrência foi juntado aos autos, não se tendo tal data como incontroversa, e, ademais, sendo passível inclusive a presunção de que a autora sentia-se acuada pelos superiores hierárquicos, situação esta finda, em tese, após a extinção do contrato de trabalho.

Quanto à responsabilização da ré pelos atos do seu ex-empregado, por sua vez, verifico que é hipótese de responsabilidade objetiva, em decorrência de culpa *in eligendo* da empresa, a teor do que preleciona o art. 932, III, do Código Civil, segundo o qual o empregador responde pelos atos dos seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir. Sabe-se que é vedado ao empregador o desrespeito aos direitos de personalidade dos trabalhadores, não sendo lícito à reclamada ou aos seus prepostos expor os seus subordinados a situação vexatória, quanto menos a exercer atos não condizentes com as regulamentações éticas e disciplinares do exercício da profissão. Resta reprovável a conduta do preposto da ré, merecendo ser a autora indenizada pelos danos causados a sua honra em virtude das situações narradas, incompatíveis com o contrato de trabalho.

Concluo, destarte, pela ocorrência de ato ilícito da ré, na forma dos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002, que veio a causar grave dano à autora, restando claro, assim, o dever de indenizar.

Ressalto, ainda, a postura jurisprudencial atual, no sentido de que a indenização não deve apenas ter o caráter de ressarcimento dos danos causados ao ofendido, mas também o caráter pedagógico e didático, evitando que a ré venha a incidir novamente na conduta contrária à ordem constitucional. No caso dos autos, a demandada é, aparentemente, empresa de médio porte, com vários empregados, o que não a isenta da necessária manutenção de uma conduta ilibada e adequada à legislação, e sendo inadmissíveis atos como os aventados

na presente demanda, que exigem repreensão judicial visando à correção das falhas apontadas e evitando o surgimento de casos análogos no futuro. Deve ser a indenização, a par disso, fixada em valores que inibam a manutenção da conduta ora apresentada por ex-empregado da ré.

Desse modo, analisando os elementos referidos anteriormente para a fixação da indenização, bem como para que atenda aos requisitos compensatórios e pedagógicos da medida, evitando-se, porém, o enriquecimento sem causa, julgo procedente o pedido de indenização por danos morais e condeno a demandada ao pagamento da indenização em face dos danos morais sofridos pela autora no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2.5. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Não restaram preenchidos pela autora os requisitos para a concessão de assistência judiciária prevista na Lei n. 5.584/70. O § 1º do art. 14 da referida lei menciona a necessidade de o requerente ser pobre e estar assistido pelo sindicato. Não há credencial sindical juntada aos autos, motivo pelo qual indefiro a assistência judiciária gratuita e os honorários de assistência judiciária gratuita.

Todavia, tendo em vista a declaração firmada pelo procurador da demandante à fl. 07 da petição inicial, defiro-lhe o benefício da justiça gratuita, nos termos do inc. LXXIV do art. 5º da CEFB c/c o art. 790, § 3º, da CLT.

2.6. DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS

Tendo em vista que não há parcelas salariais deferidas, não incidem contribuições previdenciárias.

Da mesma forma, descabe a incidência de imposto de renda, forte no art. 43, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, na medida em que a condenação possui caráter indenizatório.

2.7. DOS HONORÁRIOS DO PERITO

O ônus quanto aos honorários periciais é da parte sucumbente no objeto da perícia, no presente caso a autora, isenta do seu pagamento nos termos do art. 790-B, da CLT, tendo em vista o deferimento da justiça gratuita.

Assim, considerando o trabalho executado pelo perito e sua média complexidade fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais) os seus honorários, a serem pagos na forma do Provimento n. 01/2007, nos termos da Resolução n. 35/CSJT, por via de requisição ao Exmo. Presidente deste E. TRT.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, que passa a fazer parte do presente dispositivo para todos os efeitos legais, na ação movida por Catarina Maria Rodrigues contra S.A. Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor, DECIDO, rejeitar a alegação de prescrição e julgar **parcialmente procedentes os pedidos** da autora para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Custas pela ré no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais), calculadas sobre o valor da condenação de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). À autora defiro o benefício da Justiça Gratuita. Fixo os honorários periciais em R\$ 800,00 (oitocentos reais), a serem pagos na forma do Provimento n. 01/2007, nos termos da Resolução n. 35/CSJT, por via de requisição ao Exmo. Presidente deste E. TRT. Para fins do disposto no art. 832, § 3º, da CLT, declaro que não há parcelas de natureza salarial. Publicada em Secretaria. Intime-se a União oportunamente. Ciência ao perito acerca dos seus honorários. Partes cientes da publicação, conforme fl. 132. Transitada em julgado a sentença, intime-se a ré, para pagamento em quinze dias, sob as penas do art. 475-J, do CPC. Cumpra-se. Nada mais.

Maria Cristina Santos Perez
Juíza do Trabalho Substituta

Vara do Trabalho de Cambé – RS

Processo n.: 00467-2009-242-09-00-5

Excipiente: LUCACUCA CALÇADOS LTDA.

Excepta: FERNANDA GAZOLA

1. Data: 14.8.2009

DECISÃO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DE LUGAR

I – RELATÓRIO

LUCACUCA CALÇADOS LTDA, qualificada, apresentou Exceção de Incompetência em razão do lugar, pelas razões expostas às fls. 196/202. FERNANDA GAZOLA, qualificada, manifestou-se sobre a Exceção de Incompetência pelas razões de fls. 469/470.

Na audiência, fls. 194/195, sem mais provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Tentativas conciliatórias sem êxito.

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINAR

1.) Aspectos formais

A apresentação da Exceção de incompetência em razão do lugar, na mesma peça da defesa, não a invalida, ante os arts. 769 da CLT, 154 e 244 do CPC. Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, conhece-se da Exceção.

MÉRITO

1.) Foro competente

A prestação do trabalho em Sapiranga, no Rio Grande do Sul é pacífica. A Autora, porém, optou pelo ajuizamento da ação no foro de sua residência, em Cambé, onde conta com assistência de familiares. Fundamenta a medida pela dificuldade de deslocar-se ante seu estado de saúde.

A Excepta foi vítima de queimaduras graves, como indicam as fotos de fls. 91 a 129, resultantes de acidente durante o trabalho. Os atestados de fls. 42/43 declaram a impossibilidade de a Autora realizar viagens longas em decorrência de sequelas, cirurgias e tratamento fisioterápico intensivo.

Toda norma de competência tem como objetivo a garantia de acesso ao Judiciário. Segue princípio previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal e em tratados internacionais incorporados ao direito interno, como, por exemplo, o art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

A regra geral fixa a competência trabalhista da Vara do Trabalho onde o trabalhador prestar serviços, ainda que admitido em local distinto ou no estrangeiro.

Carlos Henrique Bezerra Leite (Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 246, 7. ed.) sustenta que: “A intenção do legislador foi *ampliar ao máximo o acesso do trabalhador ao Judiciário, facilitando a produção de prova, geralmente testemunhal, sendo certo que o critério escolhido foi o do local onde o contrato esteja sendo de fato executado...*” (grifei).

Para Luís Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da Constituição, p. 181, 3. ed.): “A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria (...) O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo...”

Portanto, valer-se da literalidade do art. 651 da CLT para despachar a Autora (na sua atual condição de saúde) a quilômetros de distância em busca da prestação jurisdicional, é inverter a lógica da própria norma.

Outros princípios de interpretação constitucional norteiam o caso: cabe preservar a dignidade humana (evitando-se à Excepta mais dores físicas na busca de direito mínimo — o da tutela jurisdicional do Estado); a razoabilidade (o deslocamento justamente da vítima fere o senso comum) e; a proporcionalidade (a remessa dos autos implicará maior prejuízo à Autora — não só econômico, mas à sua saúde).

Há de se considerar ainda a recente alteração da competência material trabalhista que fatalmente trará (como faz agora) realidades diversas do que as inicialmente suportadas pelo art. 651 da CLT, limitadas na sua concepção originária às relações de emprego. Daí a justificativa da leitura mais ampla de todo o ordenamento jurídico para o cumprimento do preceito fundamental de acesso à Justiça. Nesse sentido já se pronunciou o E.TRT-3ª Região:

“COMPETÊNCIA TERRITORIAL — AÇÃO TRABALHISTA DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO — FORO DA RESIDÊNCIA DO AUTOR — POSSIBILIDADE — O Superior Tribunal de Justiça já decidiu reiteradamente que o parágrafo único do art. 100 do CPC, ao referir-se a delitos, abrange tanto a casuística penal quanto cível, o que inclui as ações de reparação por danos decorrentes de doença profissional ou acidente do trabalho. Desta forma, a competência territorial pode ser a do foro do domicílio do autor ou a do local do fato. Mutatis mutandis, a mesma norma deve ser aplicada subsidiariamente no caso de empregado lesionado em acidente de trabalho, ainda que o direito perseguido não envolva apenas indenização por dano moral ou material, mas também a reintegração ao emprego, como in casu. O maior valor que se agrega à regra processual civil, aplicando-a subsidiariamente ao processo do trabalho, decorre do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, de tal forma que se

ampare o mais carente na estratificação social, destinando-se tratamento diversificado a situações desiguais. (TRT 3ª Reg., Processo: 00141-2007-043-03-00-9 RO, Rel. Desembargador Marcus Moura Ferreira, In DJMG, 13.2.2009, p. 12)

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 651, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. As regras de competência territorial devem ser lidas e compreendidas com o sentido e interpretação do princípio magno constitucional de “acesso à justiça”. A leitura ou interpretação de um texto legal não pode, em hipótese alguma, levar a uma situação que represente a negativa de acesso à jurisdição. A doutrina especializada nos fala em “ondas de acesso à justiça”, até porque a principiologia constitucional nos remete a sempre repelir interpretações que possam gerar situações que impeçam o jurisdicionado de ter o seu acesso ao Judiciário. Em razão disso, a aplicação estrita da regra inserta no art. 651 da CLT só se justifica quando se está diante de uma demanda trabalhista típica, ou seja, daquela demanda que era da competência da Justiça do Trabalho quando da elaboração dos critérios de competência territorial pela CLT. Tratando-se de ação decorrente de acidente de trabalho, cuja competência para a apreciação e julgamento só foi atribuída definitivamente à Justiça do Trabalho após a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao inciso IV do art. 114 da CF, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/04, não se pode cogitar da aplicação estrita da regra celetista de 1943, sem qualquer sopesamento, sem qualquer ponderação, dada a diversidade da dinâmica das partes postulantes, da multiplicidade e riqueza das situações e fatos que se originam dessa nova competência trabalhista.” (TRT/ 3ª R – RO 00416-2007-070-03-00-7 – Redatora: Juíza Convocada Adriana Goulart de Sena – DJMG- 21.11.2007 Página: 8)

De fato, o E.STJ, vinha aplicando o art. 100 do CPC à fixação de competência nos casos de acidente do trabalho:

“Competência. Acidente do trabalho. Ação de indenização. Foro competente. I – Nos termos do art. 100, parágrafo único, do CPC, pode o autor escolher o foro do seu domicílio para a ação de reparação de dano sofrido em razão de acidente do trabalho. Precedentes. II – Recurso especial conhecido e provido.” (Terceira Turma REsp 579535/DF Recurso Especial 2003/0155748-2 Ministro Antônio de Pádua Ribeiro DJ 22.11.2004 p. 337)

Em face do explicitado, reconhece-se a competência da Vara de Trabalho de Cambé para apreciação do feito. Rejeita-se a Exceção de Incompetência em razão do lugar.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, REJEITA-SE a Exceção de Incompetência em razão do lugar apresentada por LUCACUCA CALÇADOS LTDA, nos termos da fundamentação, que passa a fazer parte integrante da decisão para todos os efeitos legais.

Cientes as partes.

Sergio Guimarães Sampaio

Juiz do Trabalho

Cláudia Kohata de Almeida Boal

Diretora de Secretaria

Atas

13ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO

SENTENÇA

Processo: 01971-2008-013-18-00-0

Reclamante: SINCONDOMÍNIO — SINDICATO DE CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS VERTICAIS, URBANOS, RURAIS, COMERCIAIS, DE USO MISTO, DOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS DE CONSULTÓRIOS E CLÍNICAS, DOS CONDOMÍNIOS DE CENTROS DE COMPRAS (SHOPPING CENTERS), GALERIAS, CONDOMÍNIO DE FLATS E CONDOMÍNIO DE APART HOTÉIS NO ESTADO DE GOIÁS

Reclamado (1º): SECOVIGOIÁS — SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E DOS CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS, VERTICAIS E DE EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO DE GOIÁS

Reclamado (2º): SEEG — SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EDIFÍCIOS DE GOIÂNIA

Natureza: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA (REPRESENTAÇÃO SINDICAL)

Procedimento: ORDINÁRIO

Juiz: CLEBER MARTINS SALES

Sentença em: 10 de junho de 2009

1. RELATÓRIO

SINCONDOMÍNIO — SINDICATO DE CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS VERTICAIS, URBANOS, RURAIS, COMERCIAIS, DE USO MISTO, DOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS DE CONSULTÓRIOS E CLÍNICAS, DOS CONDOMÍNIOS DE CENTROS DE COMPRAS (SHOPPING CENTERS), GALERIAS, CONDOMÍNIO DE FLATS E CONDOMÍNIO DE APART HOTÉIS, NO ESTADO

DE GOIÁS, qualificado na exordial, ajuizou a presente ação de conhecimento em face de SECOVIGOIÁS — SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E DOS CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS, VERTICAIS E DE EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO DE GOIÁS e de SEEG — SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EDIFÍCIOS DE GOIÂNIA, também qualificados nos autos, narrando que foi fundado em 15.7.2008 por dissociação do primeiro reclamado, levando seus atos constitutivos a registro no 1º Tabelionato de Notas de Goiânia sob o n. 677.373, de 15.8.2008, tendo notificado os reclamados para ciência da sua constituição e para fins de estabelecimento de parcerias.

Narra também o autor que está em tramitação o seu arquivamento (depósito) para fins cadastrais no CNES — Cadastro Nacional de Entidades Sindicais desde 26.8.2008 e que sua base territorial é o Estado de Goiás, representando os entes econômicos enumerados no art. 1º do respectivo Estatuto, envolvendo todo o setor de condomínios verticais na referida área, remanescendo para o primeiro reclamado a representação do setor de “compra, venda, locação e administração de imóveis” e de “condomínio horizontal”.

Continua o reclamante argumentando que com o registro em cartório adquiriu personalidade jurídica sindical, servindo o depósito no Ministério do Trabalho apenas para fins cadastrais e de observância da unicidade sindical, de modo que deve ser declarada a legalidade da sua constituição, bem como o estabelecimento de obrigações de fazer e não fazer aos reclamados, aduzindo ainda que há instrumentos coletivos firmados pelo segundo reclamado

e por outros sindicatos profissionais com o primeiro reclamado, alguns em plena vigência e outros já exauridos, de modo que as tutelas pretendidas devem ser concedidas, também, em sede antecipatória.

Requer, assim, o deferimento dos pleitos arrolados nas folhas 19/22 dos autos.

Inicial instruída com documentos (folhas 23/111).

Antecipação de tutela inicialmente negada nas folhas 114/115.

Notificada, a União, por meio da sua Advocacia própria, fez promoção nas folhas 129/138 dizendo não ter interesse na integração da lide e que, se assim entendesse este Juízo, fosse determinada a emenda da inicial para requerer a sua inclusão no polo passivo e a respectiva citação.

A primeira proposta de conciliação foi recusada pelas partes (Ata de folhas 140/141).

O primeiro reclamado (SECOVIGOIÁS) contestou nas folhas 172/190, arguindo preliminares de inépcia da petição inicial, de ilegitimidade ativa, e de falta de interesse de agir, e, no mérito, sustentando que não houve assembleia geral para decidir sobre a alegada dissociação, sendo inexpressivo o contingente que subscreveu a ata de criação do novo sindicato, cujo edital convocatório sequer foi publicado fora de Goiânia-GO, restando insubsistente a pretensão externada na exordial.

Formula, ainda, o primeiro reclamado, pedido contraposto em face do reclamante, com pedido de antecipação dos efeitos da respectiva tutela (folha 189), para que cesse as investidas quanto à representação dos condomínios verticais localizados em Goiás.

O segundo reclamado ofereceu resposta escrita nas folhas 191/200, por meio da qual concorda, em linhas gerais, com os pedidos formulados na peça de ingresso.

Documentos juntados pelo primeiro reclamado nas folhas 201/3690.

Impugnação do reclamante nas folhas 3693/3711.

Antecipação parcial da tutela pretendida na inicial concedida por meio do *decisum* de folhas 3715/3716, obrigando o primeiro reclamado a depositar em Juízo as contribuições sindicais e assistenciais recebidas dos entes econômicos descritos no art. 1º do Estatuto do autor, intimando-se o SECOVIGOIÁS conforme certidão de folha 3733.

Petição do autor nas folhas 3722/3725, informando que até então não havia sido deferido o “registro” pelo Ministério do Trabalho, reiterando o pedido de antecipação dos demais pontos da tutela pretendida na inicial.

Na audiência seguinte (Ata de folhas 3735/3736), devolveu-se ao primeiro reclamado os prazos concedidos nas folhas 3712 e 3727, rejeitando-se a alegação de nulidade, tendo o mesmo se valido da oportunidade por meio da petição de folhas 3747/3754, requerendo a revisão da decisão antecipatória, mantida pelo despacho de folha 3757.

Às folhas 3742/3744 foi acostada cópia da r. decisão que indeferiu liminarmente mandado de segurança impetrado pelo primeiro reclamado contra a antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida na petição inicial.

Por entender que se trata de matéria eminentemente de direito, designou-se o mero encerramento da instrução (Ata de folha 3759), colhendo-se razões finais por memoriais das partes; o reclamante nas folhas 3761/3766 e primeiro reclamado nas folhas 3770/3773.

Recusada a última proposta de conciliação, vieram os autos conclusos a este magistrado em 22 / abril / 2009, conforme termo de folha 3781.

É o relatório, DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINARES

2.1.1. Inépcia da petição inicial:

Arguiu o primeiro reclamado que a petição inicial é inepta por não qualificar e arrolar a União no polo passivo da demanda, porquanto conste da mesma peça pedido de condenação

da citada entidade federativa às obrigações de “receber, depositar, registrar e arquivar os instrumentos coletivos de trabalho”.

Sem razão o primeiro reclamado.

A rigor, não obstante a expressão “condenar” realmente existente na peça de ingresso em relação ao “Ministério do Trabalho”, é manifesto que se trata de mero erro material, pois o que o autor deseja em face do Ministério em foco constitui efeito secundário e obrigatório de eventual decisão de mérito favorável à tese que defende, de sorte que não se está diante de hipótese de litisconsórcio passivo obrigatório, na linha da promoção da União, por meio da sua Advocacia própria, nas folhas 129/138.

Rejeita-se, pois, a preliminar em destaque.

2.1.2. Ilegitimidade ativa:

Argumenta o primeiro reclamado que o sindicato autor não adquiriu “Personalidade Jurídica Sindical”, pois não houve o registro respectivo junto ao Ministério do Trabalho, etapa administrativa esta que encontra arrimo na Súmula n. 677 do Excelso Supremo Tribunal Federal, e que, na linha da exigência prevista na OJ n. 15 da SDC/TST, não possui legitimidade ativa para estar em Juízo.

Com efeito, a Súmula n. 677 do STF consagra entendimento segundo o qual *até que lei venha dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.*

Não se está a dizer, no entanto, que tal registro seja condição de existência jurídica da entidade sindical, mas apenas que o “registro” é necessário e que no procedimento adotado para tanto o Órgão estatal deverá zelar pelo postulado da unicidade sindical em dada base territorial. Nada mais!

De outra parte, a exegese externada na OJ n. 15 da SDC do TST cuida da legitimidade ativa em ações coletivas, nas quais, por delimitação conceitual, são debatidas pretensões específicas e atinentes às bases representadas, interpretação esta que não se afigura harmônica

com demandas envolvendo o próprio reconhecimento (ou não) da legitimidade de formação e / ou representação de dado sindicato, como na espécie.

Não reconhecer a legitimidade ativa do reclamante, à vista do objeto da inicial, em razão da ausência de registro do seu estatuto perante o órgão ministerial, seria vilipendiar a garantia de acesso ao Poder Judiciário, consagrado no postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Com isto, nesta seara preliminar, reputo estéril a discussão sobre eventual distinção entre “personalidade jurídica” e “personalidade sindical”, para, assim, reconhecer a legitimidade ativa do sindicato autor quanto à pretensão deduzida na peça exordial.

Rejeita-se, destarte, a preliminar em causa.

2.1.3. Falta de interesse de agir:

Pugna o primeiro reclamado pela proclamação da carência de ação por falta de interesse de agir do SINCONDOMÍNIO, ao argumento de que ao tempo do ajuizamento desta ação o prazo de 180 dias concedido pela Portaria 186/2008 para o MTE concluir o pedido de arquivamento dos atos constitutivos do novo sindicato ainda não havia se exaurido, sendo a medida judicial inadequada e desnecessária.

Mais uma vez, sem razão o primeiro reclamado.

A pretensão externada na petição inicial pelo reclamante, por efeitos secundários do pretenso acolhimento do pedido central, não se limita a que o Ministério do Trabalho proceda ao registro do novel sindicato, quanto ao que, aliás, a inicial externa preocupação quanto à manifesta e costumeira mora estatal, mas abrange também consequências de caráter provisório, como a dispensa de formalidades que somente surgiriam após o ato formal do MTE.

Com isto, manifestam-se, em tese, adequadas e necessárias as providências postuladas pelo autor, de sorte a revelar a presença do interesse de agir.

Rejeita-se.

2.2. MÉRITO

2.2.1. Representação sindical. Dissociação. Elementos caracterizadores. Efeitos:

Narra o SINCONDOMÍNIO que foi fundado em 15/07/2008 por dissociação do primeiro reclamado, levando seus atos constitutivos a registro no 1º Tabelionato de Notas de Goiânia sob o n. 677.373, de 15.8.2008, e notificando os reclamados para ciência da sua constituição e para fins de estabelecimento de parcerias.

Afirma que está em tramitação o seu arquivamento (depósito) para fins cadastrais no CNES — Cadastro Nacional de Entidades Sindicais desde 26.8.2008 e que sua base territorial é o Estado de Goiás, representando os entes econômicos enumerados no art. 1º do respectivo Estatuto, a saber:

“CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS VERTICAIS, URBANOS, RURAIS, COMERCIAIS, DE USO MISTO, DOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS DE CONSULTÓRIOS E CLÍNICAS, DOS CONDOMÍNIOS DE CENTROS DE COMPRAS (*SHOPPING CENTERS*), GALERIAS, CONDOMÍNIO DE *FLATS* E CONDOMÍNIO DE *APART* HOTÉIS NO ESTADO DE GOIÁS”.

Assevera, assim, que abrange todo o setor de condomínios verticais no Estado de Goiás, remanescendo para o primeiro reclamado a representação do setor de “compra, venda, locação e administração de imóveis” e de “condomínio horizontal”.

Continua o reclamante argumentando que com o registro em cartório adquiriu personalidade jurídica sindical, servindo o depósito no Ministério do Trabalho apenas para fins cadastrais e de observância da unicidade sindical, de modo que deve ser declarada a legalidade da sua constituição, bem como o estabelecimento de obrigações de fazer e não fazer aos reclamados, aduzindo ainda que há instrumentos coletivos firmados pelo segundo reclamado e por outros sindicatos profissionais com o

primeiro reclamado, alguns em plena vigência e outros já exauridos, de modo que as tutelas pretendidas devem ser concedidas, também, em sede antecipatória.

Requer, em síntese: a) a declaração de ter adquirido personalidade plena de uma entidade sindical mediante o seu registro no Cartório de Registro Civil de Pessoa Jurídica; b) a condenação do SECOVIGOIÁS a não mais representar o setor de condomínios verticais em Goiás, não podendo mais firmar CCTs com os entes representativos dos trabalhadores; c) condenar o SEEG à obrigação de celebrar CCT com o SINCONDOMÍNIO; d) condenar o SECOVIGOIÁS a não mais receber contribuições sindicais e assistenciais de todo o setor de condomínios verticais em Goiás; e, e) reconhecimento do direito ao recebimento, depósito, registro e arquivamento dos seus instrumentos normativos perante o MTE.

O primeiro reclamado (SECOVIGOIÁS) contestou nas folhas 172/190, rechaçando a pretensão do autor, aduzindo, em suma: que não houve dissociação, mas sim a criação de novo ente sindical desprovido de representatividade, pois presentes apenas 09 (nove) pessoas na respectiva assembleia; que não houve convocação para dissociação, mas apenas para criação de nova entidade, ainda assim apenas em Goiânia, deixando descobertos os demais municípios do Estado de Goiás; que a dissociação necessita de assembleia geral do SECOVIGOIÁS, a qual não foi convocada; que o novo sindicato não detém as condições mínimas para representar a categoria econômica envolvida, atualmente representada com eficácia pelo SECOVIGOIÁS, conforme farta documentação.

Requer, enfim, a improcedência dos pedidos do autor, formulando, em seguida, *pedido contraposto*, com pleito de antecipação dos efeitos da respectiva tutela (folha 189), para que o reclamante cesse as investidas quanto à representação dos condomínios verticais localizados em Goiás.

O segundo reclamado ofereceu resposta escrita nas folhas 191/200, por meio da qual concorda, em linhas gerais, com os pedidos formulados na peça de ingresso.

Eis a síntese do litígio, o qual passo a compor inspirado na regra do CPC, art. 131.

É de se dizer, em princípio, que a matéria vertida nestes autos instiga uma investigação do conteúdo e dos limites dos postulados constitucionais da liberdade/autonomia e unicidade sindicais, para daí se concluir pela procedência (ou não) da pretensão central externada na petição inicial (declaração de legitimidade da criação do sindicato autor), prejudicial que é em relação aos demais pleitos.

Nesse sentir, o cerne da questão gira em torno da constatação da constituição válida ou não do SINCONDOMÍNIO, especialmente no que diz respeito à alegada *dissociação (fracionamento da base de representados)*, lembrando que a tese do *desmembramento (base territorial)* foi apontada apenas na réplica do autor, que, neste particular, inova inadequadamente na lide.

Pois bem.

A criação, o desmembramento (territorial), e a dissociação (representação) de sindicatos decorre da liberdade de organização sindical, assegurada pela CF, art. 8º, I, sendo, em princípio, vedado ao Judiciário, integrante que é do Poder Público, interferir acerca da conveniência ou oportunidade dos citados fenômenos.

O Inciso II do mesmo dispositivo constitucional, por seu turno, traz vedação expressa no que tange à *“criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa da categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”*, traduzindo o princípio da unicidade sindical.

Nessa direção, contudo, tanto quanto provocado, deverá o Poder Judiciário aferir não o mérito da decisão categorial de criar esta ou

aquela entidade sindical, mas sim avaliar a presença, ou não, do elemento positivo (vontade dos interessados) e do elemento negativo (não vulneração da unicidade sindical), como manifesto do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e reflexo da doutrina assente sobre o assunto. A esse propósito, calha citar trecho de parecer firmado por Arnaldo Süssekind e Luiz Inácio B. de Carvalho:

[...] a autonomia sindical se coloca em face do governo (autoridades públicas) porque todo e qualquer direito há de ser exercido nos termos e limites da lei. Nesse sentido devem ser entendidas as expressões Estado e Poder Público, constantes do art. 8º, I, da Constituição, até porque ambas, *lato sensu*, compreendem, inclusive, o Poder Judiciário e deste, como está na Constituição, não se pode excluir a apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV)”.⁽¹⁾

Em tal missão, afasto, de plano, o óbice formal invocado pelo primeiro reclamado ao reconhecimento da legitimidade constitutiva do sindicato reclamante, pois o ordenamento posto (CF, art. 8º, I e II) não comunga com a alegada necessidade de registro perante o MTE para aquisição de personalidade dita sindical. O caráter da expressão “registro” contida no texto constitucional é meramente formal e, por isso mesmo, não pode converter a atribuição administrativa de fiscalizar o cumprimento da unicidade territorial em aparelho estatal de vigilância do exercício da liberdade sindical, de modo que eventual indeferimento do pedido administrativo, por exemplo, não vincula decisão do Poder Judiciário. É esse, aliás, o conteúdo interpretativo exposto na Súmula n. 677 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto de caráter formal aventado na defesa do primeiro reclamado refere-se ao argumento de que a dissociação somente seria viável se decorrente de assembleia convocada

(1) SÜSSEKIND, Arnaldo; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Pareceres sobre Direito do Trabalho e Previdência Social*. São Paulo: LTR, 1995. v. VIII, p. 281.

e realizada no âmbito do próprio SECO-VIGOIÁS, com observância das regras de *quorum* previstas no Estatuto da entidade.

Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

“(…)

Vigente a unicidade sindical, com a impossibilidade de criação de outra entidade, representativa da mesma categoria, na mesma base, é certo que não é possível criar nova entidade, com decisão de fora da entidade já existente.

Além do mais, como o próprio nome dá a entender, a dissociação é um processo que ocorre de dentro para fora, ou seja, decorre de processo que tem de existir no interior da entidade sindical que sofrerá o desmembramento.

E isso ocorre, com a convocação, na forma estatutária, para deliberação da matéria, do órgão máximo da entidade, que é, no sindicato, a assembleia geral, sendo ela quem decidirá sobre a dissociação ou não. Sendo decidido o desmembramento, basta que o grupo dissidente convoque nova assembleia geral, agora estranha à organização sindical da qual se afastou, procedendo da mesma forma como para a criação das entidades sindicais e que culmina com o registro”⁽²⁾

E prossegue o autor, em nota de rodapé:

“Qualquer estatuto sindical prevê as hipóteses de convocação de assembleia geral por iniciativa de grupo de associados, não sendo só o presidente ou a diretoria que têm essa iniciativa. Aos que, possivelmente, argumentem que o número previsto nos estatutos é, normalmente, alto, observe-se que, na questão em comento, isto não só é razoável como, mais ainda, compatível com a decisão que se pretende tomar, pois, se o número de associados que pretende a

dissolução não é substancial, nem legitimidade tem para propor medida de tamanha gravidade”.

No mesmo sentido, o autor cita precedente da 3ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.⁽³⁾

É o que se chama de princípio da cissiparidade, decorrente dos arts. 570 e 571 da CLT, recepcionados, nesta parte, pela nova ordem constitucional, no sentido de que, para harmonizarem-se os princípios (liberdade x unicidade), além do respeito à base territorial, na qual só pode existir um Sindicato, também não se pode criar outro a pretexto de congregar estabelecimentos integrantes do antecedente, sem prévia deliberação no seio deste.

É patente que o meio mais natural e pacífico de se atingir a dissociação de dado sindicato, ou mesmo o seu desmembramento territorial, é a Assembleia Geral, enquanto órgão soberano no plano sindical, o que de fato não houve na espécie. Entretanto, *data venia* ao escólio e precedente jurisprudencial citados, não se pode concluir que este é o único modo legítimo de extrair-se de uma entidade eclética outra de natureza específica.

A rigor, os dispositivos da Seção II, do Capítulo I, do Título V, da CLT, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional inaugurada com a Carta de 1988, na medida em que o regramento consolidado afeta sobremaneira a liberdade sindical inculpada no art. 8º, Inciso I, da Constituição da República. Em outras palavras, ao vedar a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical, bem como a sua autorização para a fundação de sindicato (art. 8º, I), a Constituição invalidou, no todo ou em parte, as disposições legais (CLT) que afrontavam o princípio da autonomia sindical, valendo a mesma conclusão para os dispositivos estatutários que os repitam.

(3) Ob. cit, p. 119, fazendo referência ao julgamento do TST-AIRR-1108/2003-101-08-40.6, de 7.6.2006, pub. em 30.6.2006, da relatoria do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.

(2) BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 119.

A propósito do tema, cumpre citar a abalizada lição de MAURICIO GODINHO DELGADO:

“(…)

Há diversos aspectos sobre a organização dos sindicatos e seu funcionamento que provocam o ressurgimento do debate acima. Ilustrativamente, o número de órgãos sindicais internos e o montante de seus componentes, assim como o conjunto de atividades e prerrogativas franqueadas aos sindicatos (tais problemas serão enfrentados, nos itens abaixo).

O que parece claro é que há dispositivos celetistas claramente revogados pela nova Constituição, por traduzirem inquestionáveis intervenção e interferência administrativa do Estado na organização das entidades sindicais. É o que se passa, por exemplo, com os diversos preceitos da CLT que regulam o reconhecimento e investidura sindicais, com seus ritos e atos próprios (art. 515 e seguintes, CLT).” (In: *Curso de Direito do Trabalho*, 2003, p. 1.326/1.327 — original sem destaques).

Dito isto, concluo que a assembleia geral, no âmbito do sindicato que se pretende ver dissociado ou desmembrado, é inquestionavelmente foro adequado e democrático para tanto, porém, elege-la como única via para tal desiderato vulneraria a dicção clara da CF, art. 8º, Inciso I, eis que recairia na aplicação dos dispositivos não recepcionados da CLT, contidos na Seção II, do Capítulo I, do Título V, restringindo a liberdade sindical em esfera que o texto constitucional não o fez.

Prossigo.

Como é sabido, a fundação de entidades sindicais é um gênero que compreende não apenas a instituição de novas organizações, mas também outras figuras correlatas que traduzam a vontade dos interessados, como ocorre na hipótese do citado art. 571 da CLT. Isto se dá porque as categorias aglomeradas são, em boa parte, ecléticas, integradas por atividades ou profissões similares ou conexas, gerando muitas

das vezes tensão com potencial de desdobramento, segundo a especificidade de dado segmento já sindicalizado.

No caso em apreço, o segmento dos condomínios verticais é, sem sombra de dúvidas, espécie em relação ao gênero concentrado na base de representação subjetiva do SECOVIGOIÁS, descortinando-se, em tese, a possibilidade jurídica da dissociação alegada na inicial.

Contudo, para tanto, no plano do caso concreto, é preciso identificar os *interessados* na dissociação e se os mesmos efetivamente desejam ou desejaram o desenlace, estabelecendo, a partir daí, uma ponderação entre a liberdade sindical e a regra da unicidade.

A dissociação e desmembramento encontra seu fundamento legal na CLT, art. 571:

“Art. 571. Qualquer das atividades ou profissões concentradas na forma do parágrafo único do artigo anterior poderá dissociar-se do Sindicato principal, formando um Sindicato específico, desde que o novo Sindicato, a juízo da Comissão do Enquadramento Sindical, ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente”.

Da análise do aludido dispositivo, depreende-se que a condição prevista para a dissociação sindical válida se perfaz pela real e efetiva possibilidade de representação pelo novo sindicato e fundamentalmente pela revelação da vontade dos interessados (CF, art. 8º, II), à quem cumpre avaliar a oportunidade e a conveniência do desenlace.

Sob tal linha de raciocínio, insta salientar que embora não tenha me filiado ao entendimento segundo o qual o desenlace sindical só pode se dar sob autorização da assembleia do sindicato preexistente, é patente que em qualquer hipótese será preciso, para legitimar o fenômeno, o chamamento ao processo de dissociação da entidade interessada e que sofrerá o pretenso desmembramento na sua base categorial ou territorial.⁽⁴⁾

(4) SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do Trabalho & Democracia*: apontamentos e pareceres. São Paulo: LTr, 1996. p. 175-176.

Da defesa do primeiro reclamado, vê-se a alegação de que o sindicato autor foi constituído na presença de apenas nove (9) pessoas e que o SECOVIGOIÁS não foi convocado para a respectiva assembleia, advertindo também que o respectivo edital circulou apenas na capital, enquanto a pretensa representação se estende por todo o Estado de Goiás.

Sobre o *quorum* na assembleia de constituição do autor, este disse em réplica apenas que havia mais do que nove (9) pessoas, mas somente estas teriam sido qualificadas para constarem como fundadores.

Atraiu o reclamante, com isto, o ônus de oferecer contraprova ao número de presentes indicado pelo primeiro demandado, encargo do qual não se desincumbiu, haja vista que a tese da defesa se harmoniza com o texto da Ata de folhas 38/41. Confira-se:

“(...) às 19:00, a Sra Elaine Terezinha Batista, da comissão pró-fundação do Sincondomínio, reiterou aos presentes a assinarem a lista de presença identificando o nome do condomínio (...)”.

A lista de presença, porém, não foi acostada aos autos, presumindo-se que de fato poucas pessoas estiverem presentes à assembleia de fundação do sindicato ora reclamante, convicção que se reforça pelo fato de a própria Diretoria ter sido preenchida apenas nos cargos essenciais, por notória falta de nomes para tal mister naquela ocasião.

De outra parte, o autor não trouxe aos autos comprovação de que convocara regularmente os “CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS VERTICAIS, URBANOS, RURAIS, COMERCIAIS, DE USO MISTO, DOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS DE CONSULTÓRIOS E CLÍNICAS, DOS CONDOMÍNIOS DE CENTROS DE COMPRAS (*SHOPPING CENTERS*), GALERIAS, CONDOMÍNIO DE *FLATS* E CONDOMÍNIO DE *APART* HOTÉIS NO ESTADO DE GOIÁS”, legítimos e maiores interessados no tema posto em assembleia inaugural. Digo isto porque não foi juntado

com a inicial sequer o Edital mencionado na ata de folha 38 e muito menos convite direto enviado aos interessados, não existindo, também, sequer, indício de que a intenção de dissociar-se tenha sido divulgada pelos meios de comunicação de massa, como o rádio, por exemplo.

E é de se exigir, em se tratando de um universo de mais de dois mil interessados (número trazido na defesa e não questionado pelo autor), que a intenção de dissenso fosse levada ao mais amplo conhecimento dos condomínios verticais já filiados ao SECOVIGOIÁS, sob pena de retirar-lhes do processo para o qual eram, e são, os principais interessados.

Observe-se, neste prisma, que a convocação aos condomínios verticais poderia ter se dado, por exemplo, mediante provocação ao próprio SECOVIGOIÁS, notificando este previamente à assembleia convocada para a criação de nova entidade sindical, a fim de dividir a responsabilidade para com a necessária publicidade do fenômeno de dissociação. Neste caso, entretanto, o reclamante enviou notificação aos demandados já para “COMUNICAR da sua constituição aos 15.7.2008”, mediante correspondência enviada em outubro de 2008 (folhas 47/50).

Sob tais circunstâncias, não vislumbro regularidade formal e muito menos material na constituição do autor, restando vulnerada, com a sua criação nestes moldes, a regra constitucional da unicidade sindical (CF, art. 8º, Inciso II).

Formalmente, é de se exigir comprovação da convocação em massa dos interessados (ou potenciais interessados) no desmembramento ou dissociação, o que no caso coincide pelo menos com os condomínios verticais sindicalizados ao primeiro demandado, bem assim que, convocados, compareçam em número considerável para fazer frente ao estado atual da representação sindical, conferindo expressividade numérica ao pretensão dissenso. Isto não está nem de longe presente no caso em julgamento.

Materialmente, é preciso para o desenlace que os interessados encampem o inconformismo quanto à representação eclética, por meio da participação direta no processo deflagrado no âmbito do sindicato que se quer fracionar ou externamente, no seio de dissidência minimamente organizada, elemento que também não se faz presente no caso concreto.

Há que se demonstrar, assim, solidariedade de interesses que legitime a extração de uma espécie do âmbito eclético do SECOVIGOIÁS, pois a mera alegação de quebra do vínculo social básico que unira os representados na base do primeiro reclamado não satisfaz a segurança jurídica necessária à efetiva representação sindical.

Em outras palavras, ao largo do debate se o processo deva partir do seio do sindicato preexistente ou se é legítima a intenção de grupo dissidente, não se pode negar que a liberdade sindical encontra limite em si mesma: tanto quanto queiram os interessados, tanto quanto serão mutantes os entes sindicais!

Tal premissa precisa ser avaliada com mais vagar, porém, quando se está diante de uma base de representação preenchida a contento, do ponto de vista territorial e categorial, como na hipótese vertente, a teor da farta prova documental acostada aos autos pelo SECOVIGOIÁS nos volumes 02 (dois) ao 18 (dezoito), não impugnada especificamente pelo reclamante.

Não é, assim, argumento válido a alegação do reclamante de que o primeiro reclamado, a quando da sua constituição, também teria tido número reduzido de presentes no ato de criação, pois as circunstâncias, como dito em linhas volvidas, são diametralmente opostas. O SECOVIGOIÁS estava, ao tempo da sua criação, preenchendo espaço de representação sindical de categoria econômica até então, tudo indica, inorganizada, enquanto o SINCONDOMÍNIO foi criado sob o pálio da dissociação, fenômeno que, embora respaldado pela liberdade sindical, deve ser democraticamente legitimado, senão pela maioria, pelo

menos por contingente expressivo dos maiores interessados, quais sejam, os filiados ao sindicato ora demandado.

Nessa esteira de raciocínio, invoco precedentes jurisprudenciais que, pela notória similitude com o litígio sob composição, calham à conclusão decisória que se desenha nesta sentença. Confira-se:

“EMENTA:

1. Representação sindical. Legitimação. Dissociação e Desmembramento. TRATANDO-SE DE GRUPO PROFISSIONAL JÁ ORGANIZADO EM SINDICATO, A DISSOCIAÇÃO DE CATEGORIAS CONCENTRADAS (CLT, ART. 571) OU O DESMEMBRAMENTO TERRITORIAL SÓ SE LEGITIMAM QUANDO TÊM O APOIO DOS INTERESSADOS, ATRAVÉS DE MANIFESTAÇÃO LIVRE E DEMOCRÁTICA REVELADA POR CONTINGENTE EXPRESSIVO. 2. Representação sindical. Legitimação. Registro. O registro obrigatório, no órgão competente (art. 8º, I), não comporta subjetivismo do Ministério do Trabalho ou de quem, por delegação de competência, incumbir-se da medida. Tem como pressupostos a preservação do princípio da unicidade sindical, a deliberação coletiva, democrática e majoritária dos interessados, convocada amplamente com transparência”.⁽⁵⁾

“EMENTA:

Representação sindical. Controvérsia. Solução. Competência da Justiça do Trabalho. Se o quadro fático traçado revela que o sindicato surgido da dissociação ou do desmembramento é mais autêntico, conta com apoio mais expressivo do grupo profissional, possível, antecipar-se ao pronunciamento da Justiça Comum e decidir qual o sindicato mais representativo. Mas SE O PRETENDENTE TRAZ PARA JUSTIFICAR SUA SUPERPOSIÇÃO AO PREEXISTENTE, MATERIAL APENAS FORMAL, ATA DE UMA ASSEMBLEIA VAZIA, CONVOCADA APENAS PELA PUBLICAÇÃO DE EDITAL EM

(5) ACÓRDÃO N. SDC TRT 2ª REGIÃO – 00038/2003-9, PROCESSO N. 20220200200002009. Dissídio Coletivo.

ÓRGÃO DE IMPRENSA E O PEDIDO DE INCLUSÃO NO ARQUIVO DE ENTIDADES SINDICAIS BRASILEIRAS, FORÇA CONCLUIR PELA PREVALÊNCIA DO SEGUNDO. Deste modo, até que se decida definitivamente a controvérsia, cabe à Justiça do Trabalho resolvê-la nos limites do dissídio coletivo que deve solucionar. Em princípio a anterioridade de constituição favorece o sindicato preexistente”.⁽⁶⁾

Eis por que não se pode cogitar de liberdade na organização sindical sem observância do regime da unicidade, que não se compadece com a constituição de mais de um ente na mesma base territorial, ainda que sob o calor de abrigar categoria específica, incluída na anterior, ou apenas as locais, também integradas no mais amplo. Seria a distorção dos fundamentos que inspiram o postulado, sendo esta a razão de todas as ponderações feitas na presente sentença e nos precedentes citados, que podem ser assim resumidas: a dissociação ou o desmembramento são conciliáveis com a unicidade, desde que, comprovadamente, decorram da legítima e democrática vontade dos interessados, regularmente expressada.

Concluo, assim, que a liberdade sindical não é uma carta em branco a ser preenchida por qualquer número de interessados e em quaisquer circunstâncias, pois é preciso pondera-la com o postulado da unicidade, de idêntica estirpe normativa, bem assim com a noção igualmente constitucional de democracia e de Estado de Direito, de sorte que a criação do reclamante, nos moldes revelados nos autos, lança no mesmo território duas entidades representativas para a mesma base econômica, de sorte a prevalecer a entidade sindical demandada, por preexistente e por não superada pela vontade dos legítimos interessados.

Por tais fundamentos, **revogo a r. decisão que antecipou parcialmente a tutela, liberando o primeiro reclamado da obrigação de fazer ali fixada (folhas 3715/3716), e indefiro os**

(6) ACÓRDÃO N. SDC – TRT 2ª REGIÃO – 00121/2003-0, PROCESSO N. 20219200200002004. Dissídio Coletivo.

pedidos veiculados na petição inicial pelo autor, nas letras “a” à “g”, de folhas 19/21 dos autos.

Insta salientar que a presente decisão não elimina a possibilidade de a categoria específica citada na inicial se organizar para, com a propriedade que o instituto requer, encampar a ideia da dissociação ou do desmembramento territorial e leva-la a efeito, de sorte que os limites subjetivos da coisa julgada alcançam exclusivamente o ente sindical autor.

Quanto ao pedido contraposto formulado pelo primeiro reclamado, dele não conheço, por manifesta impropriedade, pois o objeto do mesmo é próprio de reconvenção e não de mero pleito contrário. Por outro lado, como restou indeferido o pleito principal (declaratório) e também os consectários, os efeitos desejados pelo primeiro demandado quanto à preservação da sua representatividade serão naturalmente alcançados com eventual trânsito em julgado desta sentença e a adequada divulgação.

Indefere-se o pedido do autor de concessão dos benefícios da Justiça gratuita, eis que não atendidos os requisitos legais, na medida em que a presunção quanto ao ente sindical patronal/econômico não pode ser de miserabilidade.

Em se tratando de causa contida na nova competência desta Especializada (CF, art. 114, III), é cabível a condenação do sucumbente ao pagamento de verba honorária à parte contrária, a teor da IN n. 27/2005, do Colendo TST. Assim, **condeno o autor a pagar a cada um dos reclamados honorários advocatícios à razão de 15% sobre o valor atribuído à causa,** percentual este que encontra arrimo na complexidade da causa.

3. DISPOSITIVO

ISTO POSTO, NOS AUTOS DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR *SINCONDOMÍNIO — SINDICATO DE CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS VERTICAIS, URBANOS, RURAIS, COMERCIAIS,*

DE USO MISTO, DOS CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS DE CONSULTÓRIOS E CLÍNICAS, DOS CONDOMÍNIOS DE CENTROS DE COMPRAS (SHOPPING CENTERS), GALERIAS, CONDOMÍNIO DE FLATS E CONDOMÍNIO DE APART HOTÉIS, NO ESTADO DE GOIÁS EM FACE DE SECOVIGOIÁS — SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS E DOS CONDOMÍNIOS HORIZONTAIS, VERTICAIS E DE EDIFÍCIOS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO DE GOIÁS E DE SEEG — SINDICATO DOS EMPREGADOS EM EDIFÍCIOS DE GOIÂNIA, REJEITO AS PRELIMINARES ARGUIDAS PELO PRIMEIRO RECLAMADO E, NO MÉRITO, JULGO TOTALMENTE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL, REVOGANDO A

DECISÃO DE FOLHAS 3715/3716 DOS AUTOS; NÃO CONHEÇO DO PEDIDO CONTRAPOSTO; E, CONDENO O AUTORA PAGAR A CADA UM DOS RECLAMADOS, NO PRAZO DE ATÉ 48 HORAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA À RAZÃO DE 15% SOBRE O VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA, TUDO NOS TERMOS E LIMITES DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA, A QUAL INTEGRA ESTA CONCLUSÃO PARA TODOS OS FINS DE DIREITO.

Custas pelo reclamante, no importe de R\$ 340,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 17.000,00).

Intimem-se as partes.

CLEBER MARTINS SALES

Juiz do Trabalho

Índice Geral



Doutrina

- La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo.** 1. Crisis económica y Derecho del trabajo: una relación histórica. 2. La crisis desatada en el ámbito financiero internacional en 2008. 3. Efectos específicos de la crisis sobre el Derecho del trabajo. 4. Instrumentos laborales de enfrentamiento a la crisis. 5. Medidas extralaborales. 6. Conclusiones. 15
- A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géný.** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas. 24
- A terceirização no setor de papel e celulose e a Justiça do Trabalho.** 1. Introdução. 2. A terceirização e a pesquisa. 2.1. Especificando alguns conceitos. 3. Os movimentos do capitalismo e o setor objeto da pesquisa. 3.1. O setor de celulose e papel no Brasil: rápida caracterização. 4. Os resultados parciais e a Justiça do Trabalho. 4.1. A amostra de Guaíba/RS. 4.2. A amostra da 15ª Região. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia consultada. 35
- A competência da Justiça do Trabalho para determinar o restabelecimento de benefícios previdenciários em caso de incapacidade laborativa.** 1. A angústia do trabalhador. 2. A interpretação das normas constitucionais e a competência da Justiça do Trabalho. 3. As vantagens para o trabalhador. 4. As vantagens para o empregador. 5. As vantagens para o INSS. 6. As vantagens para o próprio Poder Judiciário. 7. A reserva do possível. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas. 60
- Proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais.** 1. Introdução. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.1. Escorço histórico. 2.2. Dignidade da pessoa humana e pós-positivismo. 2.3. Dimensões. 3. Relação de trabalho e de emprego: aspectos de direito material e processual. 3.1. Distinções fundamentais. 3.2. Da competência da Justiça do Trabalho. 4. Da configuração jurídica da prostituição. 4.1. Da legalidade da prestação de serviços sexuais. 4.2. Da prostituição como relação de trabalho. 4.3. Da necessidade de proteção do trabalho da prostituta para efetivação de direitos fundamentais. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas. 74
- Função social do Poder Judiciário e a possibilidade de concessão de tutela antecipada *ex officio*.** 1. Introdução. 2. Função social do Poder Judiciário. 3. O novo papel do Judiciário e a instrumentalidade do processo. 4. Antecipação de tutela *ex officio*. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 102
- Direitos trabalhistas no procedimento licitatório.** 1. Introdução. 2. Licitação: fundamentos. 2.1. Modalidades, fases e procedimento. 3. O procedimento licitatório e os direitos trabalhistas. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas. 116
- Da reformulação do conceito de autos processuais no ambiente do processo eletrônico e suas consequências jurídicas.** 1. Das origens dos autos processuais e do impacto diante do surgimento do processo eletrônico. 2. Sobre alguns institutos processuais construídos sob a ótica do conceito tradicional de autos. 2.1. Juntada e desentranhamento de documentos. 2.2. Da fluência de prazos sucessivos. 2.3. Da formação de instrumentos e autos suplementares. 3. Da realidade dos autos processuais no processo eletrônico. 4. Da fluência dos prazos processuais à luz dinâmica dos autos eletrônicos. 5. Da desnecessidade de formação de autos suplementares, carta de sentença e instrumentos na perspectiva dos autos eletrônicos. 6. Síntese conclusiva. 7. Referências bibliográficas. 132

A função do contrato no direito do trabalho.	
1. Introdução. 2. Breves considerações sobre elementos históricos do Direito do Trabalho. 3. Dignidade do trabalhador como limite e tarefa. 4. Valor social do trabalho, livre iniciativa e função social da propriedade. 5. Função social do contrato. 6. Função social do contrato de emprego. 7. Função social da empresa. 8. <i>Dumping</i> social. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.	144
Da denúncia da lide ao empregado assediador nas demandas em que se discute a ocorrência do assédio moral.	
1. Introdução. 2. Da responsabilidade civil decorrente do assédio moral. 3. Da denúncia da lide. 3.1. Da denúncia da lide aplicada ao processo do trabalho. 3.2. Da denúncia da lide ao empregado assediador. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.	159
Princípio da boa-fé e suas implicações nas relações de trabalho.	
1. Introdução. 2. Considerações sobre a boa-fé. 2.1. A boa-fé objetiva como cláusula geral. 2.1.1. As funções da boa-fé objetiva. 2.1.1.1. Boa-fé objetiva como instrumento hermenêutico-integrativo. 2.1.1.2. Boa-fé objetiva como fonte de criação de deveres jurídicos. 2.1.1.3. Boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos. 2.1.1.3.1. <i>Venire contra factum proprium</i> . 2.1.2.3.2. <i>Supressio</i> e <i>Surrectio</i> . 2.1.1.3.3. <i>Tu quoque</i> . 3. Boa-fé nas relações de trabalho. 3.1. Apogeu e declínio do dogma da autonomia da vontade. 3.2. Influência da teoria institucionalista: do contrato ao estatuto. 3.3. Reciprocidade. 4. As funções da boa-fé nas relações de trabalho. 4.1. Interpretação do contrato de trabalho. 4.2. Fonte de criação de deveres jurídicos. 4.2.1. Deveres de cuidado, previdência e segurança. 4.2.2. Deveres de aviso e esclarecimento. 4.2.3. Deveres de informação. 4.2.4. Deveres de prestar contas. 4.2.5. Deveres de lealdade, colaboração, cooperação. 4.2.6.	
Deveres de omissão e segredo. 4.3. A função limitativa da boa-fé no contrato de trabalho. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.	168
A origem histórica e doutrinária da Justiça do Trabalho e do sistema sindical brasileiro.	
I. Introdução. II. A “questão social”. III. O pensamento e a atuação de Oliveira Vianna. IV. Conclusão. V. Referências bibliográficas.	193
A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: análise dos fundamentos jurídicos.	
1. Introdução. 2. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Os sujeitos da relação jurídica de emprego e os efeitos contratuais. 2.3. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial da empresa. 2.3.1. Dos fundamentos da responsabilidade patrimonial dos sócios. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.	206
Créditos trabalhistas e responsabilidade civil do empregador: reflexões para uma reparação integral.	
1. Introdução. 2. Responsabilidade civil. Conceito. Elementos. 3. Créditos trabalhistas. Inadimplemento. Reparação integral. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.	217
A natureza social dos créditos do trabalho e a incidência do IRRF nas execuções trabalhistas.	
1. A natureza social dos créditos do trabalho. Sociedade pós-moderna. Neoliberalismo e globalização. 2. Apuração integral/global e apuração mensal do IRRF. Férias indenizadas e danos morais “puros”. 3. Conclusão. 4. Bibliografia. .	225
Jurisprudência	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
Acórdão do Superior Tribunal de Justiça	
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	233

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça ...	239	Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	258
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região	247	Sentenças	
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região	252	16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS .	269
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	256	Vara do Trabalho de Cambé – RS	277
		13ª Vara do Trabalho de Goiânia – GO	280

