

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



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 STROTBK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

ILTR

EDITORA LTDA.

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

LTr 4409.6

Fevereiro, 2011

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 — A competência da Justiça do Trabalho e sua relação com a legitimidade do Poder Judiciário</i>	11
Doutrina	
Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador <i>Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes, Otavio Amaral Calvet e Roberta Ferme Sivolella</i>	15
Dever de cooperação do executado e penalidades para os desvios <i>Marcos Neves Fava</i>	30
A procedimentalização do poder disciplinar como decorrência da eficácia direta do direito fundamental ao devido processo legal na relação de emprego <i>Verena Sapucaia da Silveira</i>	37
Redução da actividade ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial — a actualidade do <i>lay off</i> em Portugal <i>Susana Sousa Machado</i>	54
A inversão da tutela jurídica <i>Ari Pedro Lorenzetti</i>	64
Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa <i>Rosemary de Oliveira Pires</i>	80
Tutela da relação de emprego contra dispensas injustificadas <i>Dinaura Godinho Pimentel Gomes</i>	101
Antecipação de tutela na doutrina processual do trabalho <i>Vitor Salino de Moura Eça e Aline Carneiro Magalhães</i>	116

O reconhecimento da natureza empregatícia da relação de trabalho em segundo grau de jurisdição	
<i>Carlos Augusto Junqueira Henrique</i>	132
Representação comercial e questões controvertidas	
<i>Marcel Lopes Machado</i>	137
Desequilíbrio labor-ambiental e direito de resistência: abordagem jusfundamental	
<i>Angelo Antonio Cabral</i>	145
A responsabilidade tributária do responsável trabalhista — análise sob à luz dos princípios tributários	
<i>Fabiano de Lima Caetano</i>	179
Benefícios acidentários e procedimento administrativo	
<i>Francisco Rossal Araújo e Fernando Rubin</i>	186
Ainda o fato gerador da contribuição previdenciária extraída da sentença trabalhista	
<i>Levi Rosa Tomé</i>	201
Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental ao trabalho	
<i>Biannka Jabrayan Schmidt</i>	211

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho	231
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região	235
Acórdão da 22ª Vara de Trabalho de Manaus – AM	251

Sentenças

63ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP	265
1ª Vara do Trabalho de Araucária – PR	271
2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC	275
Índice Geral	293

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



A competência da Justiça do Trabalho e sua relação com a legitimidade do Poder Judiciário

O ato de um jovem tunisiano, ao atear fogo no próprio corpo, provocou uma série de mudanças no mundo árabe, derrubando ditaduras e levando o povo, oprimido anos a fio, às ruas. Há uma onda que reclama por democracia e participação popular efetiva, cujo desfecho e proporções ainda não são conhecidos e nem podem ser mensurados, porquanto ao clamor por mudanças resistem as oligarquias. Uma coisa, porém, é possível afirmar desde já: nada será como antes naqueles países.

Nos demais rincões onde superiores os padrões de democracia, as revoluções costumam ser silenciosas, mas continuamente processadas por meio das alterações inevitáveis no seio da sociedade. O direito tem se constituído como mecanismo essencial à manutenção do sistema democrático, diante desse contínuo movimento evolutivo. Aliado a outros saberes, mas por seu intermédio, a vida comunitária é insuflada de maior racionalidade, permitindo mais harmonia na convivência intersubjetiva.

Entre nós, a EC n. 45/2004 ampliou sensivelmente a competência da Justiça do Trabalho. Por seu intermédio, procedeu-se à devolução de integridade ao mais social dos ramos da ciência jurídica, conduzindo a um passo a mais na consolidação das promessas advindas da Constituição. O sentido inequívoco dessa reforma consiste em que as lides afetas ao mundo do trabalho, em suas dimensões individual, coletiva e também administrativa, sejam submetidas à apreciação da Justiça Especial, cuja vocação, comprovada por sua história, consiste na preservação do padrão de civilidade de quem vive do trabalho.

Decorridos mais de cinco anos da profunda ampliação de competência promovida, a materialização do avanço constitucional vem encontrando uma série de entraves. Há uma grande dificuldade, por parte do próprio Judiciário, de compreender o verdadeiro rumo das mudanças. Isso é facilmente verificado em certas decisões dos Tribunais Superiores, quando restringem a relação de trabalho à noção de emprego, bem como ao suprimirem o campo competencial relativo aos servidores públicos a esferas ainda menores do que a existente antes do advento da referida Emenda Constitucional. No plano horizontal, a situação não difere. Exemplo recente foi fartamente noticiado pela imprensa, quando a Justiça Federal comum teria proferido decisões relativas à greve do setor aeroviário. Trata-se de manifesta invasão de competência, na medida em que o exercício do direito de greve tem assento constitucional e qualquer discussão que com ele se relacione insere-se na competência exclusiva da Justiça do Trabalho.

É elementar que um Estado de Direito exige o cumprimento da ordem constitucional por todos. Porém, exige ainda mais, se isso é possível, daqueles que integram o Judiciário, pois deles se espera o resguardo e garantia dessa mesma ordem. A postura esperada do aplicador do direito nunca foi tão criativa quanto o é nestes tempos pós-positivistas. A ciência jurídica não permite mais uma conduta passiva do Judiciário, limitado à triste figura da “boca da lei”. Ao contrário, exige comprometimento com o que é atual, novo e capaz de tornar concretas as promessas constitucionais. É necessária a percepção dessa exigência por parte de toda a magistratura, pois, na sua dimensão positiva, os direitos fundamentais dela muito dependem para sua realização. Portanto, a observância estrita da redivisão das distintas competências jurisdicionais acaba por estar inserta na própria questão de legitimidade de todo o Judiciário enquanto poder.

Comissão Editorial

Doutrina



Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador

Cláudio Armando Couce de Menezes^(*), Glaucia Gomes Vergara Lopes^(**), Otavio Amaral Calvet^(***) e Roberta Ferme Sivoletta^(****);

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. As dimensões dos direitos fundamentais
- ▶ 3. A presunção de inocência como direito fundamental
- ▶ 4. Os poderes do empresário e o poder disciplinar
 - ▶ 4.1. Definição e conteúdo
 - ▶ 4.2. Fundamentos e limites
 - ▶ 4.3. Limites constitucionais
 - ▶ 4.4. Outros limites
- ▶ 5. Presunção de inocência: contraditório, ampla defesa e procedimentalização do poder disciplinar
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

Defendemos no presente artigo a necessidade de limitação do poder do empregador, em especial o poder disciplinar, como forma de garantir a eficácia de direitos fundamentais, com destaque para a presunção de inocência do trabalhador.

Iniciamos pela defesa da presunção de inocência como direito fundamental, que pode

ser oposto também em face do empregador, seguindo pela demonstração da possibilidade de extensão da presunção, não só ao direito penal, mas ainda a outros ramos do direito.

No caso da legislação trabalhista brasileira, a matéria, parece-nos, ganha relevância por ter sido denunciada a Convenção n. 158 da OIT, por não haver previsão expressa de gradação das punições, tampouco das hipóteses em que são aplicáveis aos empregados e, ainda, porque há entendimento de que o poder diretivo

(*) Desembargador Federal do Trabalho (17ª Região). Mestre em Direito. Autor de obras sobre processo do trabalho e professor.

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

(***) Juiz do Trabalho (1ª Região). Professor. Mestre em Direito. Autor de obras jurídicas.

(****) Juíza do Trabalho (1ª Região).

(incluído o disciplinar) cabe ao empregador sem maiores limites porquanto suportaria os riscos do negócio.

Pensamos que a presunção de inocência oferece vasto campo à criação de uma proceduralização para aplicação de punições ou dispensa dos empregados.

Pretendemos demonstrar que os poderes do empregador possuem limites constitucionais e infraconstitucionais, sendo plenamente viável e necessária a observância da presunção de inocência no exercício do poder disciplinar.

2. As dimensões dos direitos fundamentais

Aponta a doutrina diversas formas de se classificar os direitos fundamentais. No presente estudo, adota-se a fórmula moderna mais em voga, deixando-se de lado a abordagem da afirmação dos direitos fundamentais e sua universalização, sistematizando-se a questão da classificação pela ordem histórica cronológica de reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Assim, há de se analisar os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, bem como, brevemente, questionar-se acerca da ocorrência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, tendo-se em vista a necessidade da referida distinção para abordagem da eficácia dos mencionados direitos, já que diverge a doutrina neste aspecto.

Inicialmente, há de se esclarecer que, seguindo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, adotamos a nomenclatura de “dimensões” dos direitos fundamentais em lugar de “gerações” a fim de evitar “a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, uma vez que o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.⁽¹⁾

(1) *Ibidem*, p. 53. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado, Ingo W. Sarlet.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm em mira as liberdades clássicas, surgindo no cenário jurídico como verdadeiro freio ao poder absoluto do Estado, decorrência imediata dos ideários da Revolução Francesa calcados na liberdade e pela necessidade de reconhecimento da proteção à propriedade privada, base do sistema capitalista adotado de forma predominante no mundo ocidental liberal-burguês. Referidos direitos são comumente vistos como de cunho negativo, ou seja, reconhecem um dever de abstenção do Estado, no sentido de não lesionar os bens tutelados, como a vida, a propriedade, a liberdade e a igualdade perante a lei. Sarlet complementa o rol de direitos fundamentais de primeira dimensão fixando que outras liberdades foram posteriormente adicionadas, como as “liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”⁽²⁾.

Mas a evolução da sociedade liberal demonstrou que a garantia apenas dos direitos de primeira dimensão não era suficiente para o desenvolvimento equânime dos cidadãos, pois o exercício das liberdades clássicas somente é possível uma vez garantido um mínimo existencial, reconhecendo-se que no sistema liberal-burguês o despossuído apresenta-se na condição de hipossuficiente e, se deixado sem qualquer proteção ou amparo, sequer chega a imaginar o uso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Referida situação, inclusive, foi bastante sentida no mundo do trabalho, no qual desde a Primeira Revolução Industrial, com a aglomeração dos outrora camponeses e ora operários em volta dos parques fabris, em condições de vida e labor degradantes, viabilizou-se a criação da conscientização coletiva que é tida por gênese

(2) *Ibidem*, p. 55.

do movimento sindical, cujo início basicamente pretendeu o reconhecimento de garantias mínimas para execução de um trabalho digno que, paulatinamente, foram sendo reconhecidas pelos patrões e pelo próprio Estado.

Assim, nesse segundo momento afasta-se o cunho apenas formal de reconhecimento de liberdades e busca-se uma efetiva prestação do Estado no sentido de viabilizar o gozo dessas garantias a todos os cidadãos, o que ocorre no século XIX, num anseio de efetiva justiça social. Marcam a evolução dos direitos sociais algumas leis de proteção à mulher, ao menor e de redução de longas jornadas de trabalho, o reconhecimento do direito de greve em Paris no ano de 1864, a revolução de 1848 na França e o lançamento do Manifesto Comunista de Marx e Engels, bem como a doutrina social concebida pela Igreja Católica iniciada no pontificado de Leão XIII através da Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891, na qual se apontava “como causas do mal que afligia a classe trabalhadora, em todo o desenrolar do século XIX, a destruição das antigas corporações na centúria anterior pela lei Chapelier; a falta de espírito religioso nas leis e instituições públicas, a agiotagem, a cobiça desenfreada, o monopólio do trabalho e dos gêneros”.⁽³⁾

Têm os direitos de segunda dimensão, portanto, um cunho substancial, de prestação positiva do Estado, que deve propiciar aos cidadãos o gozo de direitos como trabalho, lazer, segurança etc., ficando tais direitos conhecidos como “direitos sociais” de forma genérica.

Na lúcida observação de Sarlet, há de se registrar que ao lado das prestações positivas acima mencionadas consagraram-se ainda, do ponto de vista individual:

(...) as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o

direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.⁽⁴⁾

Logo, e torna-se a frisar, na segunda dimensão dos direitos fundamentais há os típicos relacionados a prestações e os que mais se assemelham aos de primeira dimensão, por serem verdadeiras liberdades fundamentais que devem ser respeitadas pelo Estado, com nítido caráter negativo.

Quanto à terceira dimensão de direitos fundamentais, aponta a doutrina de forma homogênea o reconhecimento dos direitos de solidariedade ou de fraternidade, com foco não nos indivíduos, mas em grupos de pessoas vistos como coletividade, surgindo a tutela dos direitos coletivos e difusos, que, segundo Alexandre de Moraes, englobam o “direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”⁽⁵⁾.

Curioso observar que, na esfera das relações trabalhistas, muito embora sua gênese tenha se dado pela criação da consciência coletiva dos trabalhadores, mediante reivindicações coletivas para afirmação de dignidade nas condições de trabalho e de vida, com amplo desenvolvimento de negociações em esfera das coletividades profissional e econômica, do ponto de vista jurídico houve um atrofiamiento no uso dos instrumentos capazes de fazer valer os interesses metaindividuais em juízo, conforme preconizado pela Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e pela Lei n. 8.036/90 (Código de Defesa do Consumidor), muito por conta do já cancelado Enunciado n. 310 do TST, que havia cristalizado entendimento restritivo acerca do manejo das tutelas coletivas na esfera trabalhista, conferindo interpretação tímida ao disposto no art. 8º, III da Constituição da República,

(3) MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002. p. 6.

(4) SARLET. *Op. cit.*, p. 56.

(5) MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.

que dispõe: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Há de se registrar, ainda, que até o presente momento grassa incerteza no operador do direito do trabalho acerca do alcance de referida norma que, a nosso ver, deve ser o de conferir máxima eficácia ao comando constitucional, ou seja, permitindo que o sindicato atue como legitimado nas ações coletivas e, ainda, como substituto processual dos indivíduos que compõem a categoria, a fim de viabilizar o ajuizamento de demandas enquanto ainda em vigor o contrato de trabalho, de forma a não sofrer o trabalhador perseguições de seu tomador dos serviços.

Finalmente, apenas para registro e sem qualquer aprofundamento, aponta Sarlet, citando Paulo Bonavides, a iminência do reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, concernentes ao “resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, composta pelos “direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo”⁽⁶⁾. No estágio atual de desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, ainda não se encontra reconhecida de forma pacífica essa quarta dimensão ora comentada.

3. A presunção de inocência como direito fundamental

A presunção de inocência já estava presente em textos de tradição como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798) e em diversos acordos internacionais como Declaração Universal dos Direitos dos Humanos da ONU (1948), no Convênio de Roma para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), no Pacto Internacional de

Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque-ONU, 1966), sempre dentro do âmbito do direito penal, sem qualquer alcance nas relações privadas.

O art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) consagra uma definição de presunção de inocência, entendida como o direito a um processo equitativo. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem indica que *nenhum tribunal* deve declarar um acusado culpado antes de estar efetivamente provada a sua culpabilidade e sublinha que a prisão preventiva deve constituir uma medida excepcional.

Na Espanha, o princípio da presunção de inocência, de início, era um mero princípio teórico de direito, e restrito ao âmbito da jurisdição criminal. Evolutivamente, converteu-se em um amplo direito fundamental ao ser constitucionalizado no art. 24.2, defendendo-se, a partir de então, que vinculante para todos os poderes públicos.⁽⁷⁾

Em obra sobre o tema, Abdon Pedrajas Moreno refere-se a um duplo sentido do direito à presunção de inocência que o faz eficaz em dois planos: um plano material e um processual.⁽⁸⁾

No plano material, a presunção de inocência implica um direito que todo cidadão tem em sua vida cotidiana de ser considerado inocente,

(7) Gimeno Sendra defende que a presunção de inocência não deve estar presente somente no processo penal, mas em qualquer tipo de processo ou procedimento através do qual se possa impor uma sanção a alguém. *Los derechos de asociación penal, al juez legal y de defensa, y sus derechos instrumentales*. En: Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Cobo dei Rosal. Madrid: Edersa, 1982. tomo I, p. 189. Neste diapasão, Ruiz Vadillo afirma categoricamente que a “*presunción de inocencia tan definitivamente importante en el derecho penal que se extiende también a otras áreas del ordenamiento jurídico: al civil, cuando se trata de imputaciones, y por consiguiente de culpabilidades; al administrativo sancionador, y al Derecho del trabajo en el campo disciplinario*” E. RUIZ VADILLO. Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias. En: Poder Judicial, n. 3, 1986, p. 75.

(8) MORENO, Abdon Pedrajas. *Despido e derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 1992. p. 233-234

(6) SARLET. *Op. cit.*, p. 59.

ou seja “*recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos*”⁽⁹⁾ sem que possa ser considerado culpado até sobrevenha uma decisão transitada em julgado.

No plano processual, manifesta-se no sentido de que quem acusa deve convencer ao julgador da culpabilidade do acusado, devendo existir, por conseguinte, prova contundente para afastar a presunção de inocência, ou seja, o ônus da prova é do acusador.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal onde consta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Pela própria inserção da disposição no texto constitucional, tem-se que o legislador brasileiro optou por dar ao princípio da presunção de inocência *status* de direito fundamental.⁽¹⁰⁾

(9) J. M. Luzón Cuesta. La presunción de inocencia ante la casación. En: *Poder Judicial*, n. 12, 1988, p. 148, *apud* MORENO, Abdon Pedrajas. Ob. cit., p. 233.

(10) Por honestidade intelectual, não podemos deixar de registrar que a tese de que a presunção de inocência está expressamente prevista na Constituição Federal brasileira é contestada por parte da doutrina. Como ressalta Adriano Almeida Fonseca: “*Contudo, cumpre registrar, que no início da vigência de nossa atual Constituição Federal, em função de uma redação não muito afortunada, houve quem sustentasse, arrimado na interpretação literal e sem perquirir o espírito da norma, que o legislador constituinte ao anunciar uma “não culpabilidade”, cuja dimensão seria mais limitada, não adotou o princípio da presunção de inocência, ao menos em sua concepção original. Saliente-se que, conforme observou GIULIO ILLUMINARE, esta mesma interpretação canhestra, foi anotada na doutrina italiana, nos primeiros debates sobre a fórmula do art. 27 da Constituição de 1948. Portanto, segundo esta corrente, que estancou sua linha de raciocínio na interpretação literal, o legislador constituinte de 1988 não teria adotado o princípio da presunção de inocência, originalmente concebido no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas sim, o distinto princípio da não culpabilidade, que teria menor abrangência*” FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>> Acesso em: 23 jun. 2009.

Pela literalidade do texto constitucional, pode-se observar que primordialmente está ligado ao âmbito penal, como garantia do direito fundamental à liberdade.

Com a ratificação e entrada em vigor no Brasil da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)⁽¹¹⁾, que estabelece no art. 8º-2 expressamente a presunção de inocência como direito fundamental, pensamos, contudo, que não há em nosso país mais o que se questionar acerca da aplicação exclusivamente ao procedimento penal pela redação do art. 8º-1 da mesma que é clara ao estabelecer que toda pessoa tem direito de ser ouvida por juiz ou tribunal competente também no que tange à “*determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.⁽¹²⁾

Sobre o tema, comenta Antônio Magalhães Gomes Filho⁽¹³⁾ que “*as duas redações se completam, expressando os dois aspectos fundamentais da garantia. (...)*”

E completa, ainda, o citado autor que no Brasil: “*diante da duplicidade de textos que*

(11) Através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo Brasileiro em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a esta Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no DOU de 9.11.92, p. 15.562 e ss.

(12) Art. 8º – Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas. (grifamos)

(13) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: *Revista do Advogado*, AASP, n. 42, abr. 1994, p. 30.

proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente literal.”⁽¹⁴⁾

Podemos exemplificar, ratificando a tese defendida, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro em decisão recente, abaixo transcrita, externou entendimento no sentido de que o princípio da presunção da inocência não se restringe ao Direito Penal, justamente por representar interesses maiores, calcados nos direitos fundamentais do ser humano, em consonância ao que defendemos no presente estudo:

“Fere a Constituição Federal a recusa de nomear, por inidoneidade moral, o aprovado no concurso público que figura no polo passivo de ação penal em curso. *O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/1988) não se restringe ao âmbito exclusivamente penal e deve também ser observado na esfera administrativa.* Precedentes citados do STF: HC n. 89.501-GO, DJ 16.3.2007; RE n. 194.872-RS, DJ 2.2.2001, e AgRg no RE n. 487.398-MS, DJ 30.6.2006. RMS n. 11.396-PR, Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12.11.2007.”⁽¹⁵⁾ (grifo nosso)

Em outro julgamento, sobre elegibilidade de candidato, a Suprema Corte brasileira ratificou o tema a “transcendência” da presunção de inocência a outros ramos do direito:

“Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, proposta por Ronaldo Martins Campos, contra decisões do Juízo da 69ª Zona Eleitoral de Jacundá/PA e do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Min. CARLOS AYRES BRITTO. Alega o reclamante que a primeira decisão teria indeferido o pedido de substituição de candidato ao cargo de Prefeito, formulado pela Coligação União Popular, em seu favor e em desfavor de José Martins de Melo Filho, “em total desapego ao

procedimento cogente previsto na legislação eleitoral”. Sustenta que, embora tal decisão tenha sido anulada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Pará, ainda assim, o Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá diplomou, em 17.12.2008, o Sr. Izaldino Altoé, em obediência à decisão do segundo, substanciada no Ofício Circular TSE n. 7.594/2008, itens “1” e “6”, que enumera diretrizes a serem observadas pelos Juízos Eleitorais, no pleito municipal de 2008, nos termos da Consulta TSE n. 1.657. Sustenta que as decisões reclamadas ofenderiam a autoridade do que foi decidido no julgamento da ADPF n. 144. 2. Decido, nos termos do art. 13, VIII, e 14 do RISTF. Inconsistente a reclamação. Colho dos autos que a decisão do Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá indeferiu a substituição da candidatura de José Martins de Mello Filho, pela do reclamante, porque o indeferimento de registro do candidato original ainda não havia transitado em julgado, nem havia notícia de que tivesse ele requerido, nos termos do art. 101 do Código Eleitoral, o cancelamento de seu registro. Também verifico que o TRE do Pará não anulou tal decisão, conforme alega o reclamante. Determinou, tão só, para o fim de evitar nulidades, que os autos retornassem ao Juízo *a quo*, para cumprimento das formalidades da Resolução TSE n. 22.717/2008, “no sentido de publicar o edital relativo ao pedido de candidatura de Ronaldo Martins Campos, com o fim de oportunizar aos interessados impugná-lo”. Uma vez que o candidato José Martins de Melo Filho não havia sido substituído pelo reclamante, nem possuía registro deferido, só ficava ao Juízo da 69ª Vara da ZE de Jacundá a possibilidade de diplomar o 2º colocado, que ostentava essa condição (registro deferido), como o fez. Tal proceder, é certo, respeita os termos do Ofício Circular TSE n. 7.594/2008. Nada diz, porém, com a ADPF n. 144, em cujo julgamento o Plenário fixou entendimento no sentido de que o princípio da presunção de inocência é dotado de efeitos que transcendem os limites dos processos penais de caráter condenatório, o que impede que situações processuais ainda não cobertas por sentenças transitadas em julgado impliquem a inelegibilidade dos cidadãos ou impeçam

(14) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ob.cit., p. 31

(15) Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=199901102758>> Acesso em: 10 jun. 2009.

candidaturas para mandatos eletivos. Também ficou decidido que a ressalva contida no art. 64, I, g, da LC n. 64/90 é constitucional, porque em consonância com o disposto na ECR n. 4/94. Por essa especial razão, não há falar em desrespeito das decisões reclamadas, que possa ensejar o cabimento da via processual eleita. 3. Do exposto, nego seguimento ao pedido, nos termos do § 1º do art. 21 do RISTF. Publique-se. Int. Brasília, 5 de janeiro de 2009. Ministro CEZAR PELUSO Vice-Presidente (Art. 13, VIII, c.c. art. 14, RISTF)”. (grifo nosso)⁽¹⁶⁾

Assentado que a presunção de inocência, assegurada constitucionalmente, constitui direito fundamental do cidadão, não resta dúvida de que o cidadão trabalhador igualmente encontra-se protegido pela referida garantia, sendo lição já consagrada que todos os direitos e garantias individuais também são aplicáveis ao ser humano trabalhador que, por tal condição, pode auferir ainda direitos específicos, os chamados direitos trabalhistas.

Defendemos que a eficácia da presunção de inocência, classicamente pensada em face do Poder Público, não se limita a essa esfera, pois em qualquer relação de poder deve ser observada a prevalência dos direitos fundamentais, reconhecendo-se a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.⁽¹⁷⁾

(16) Ementa e inteiro teor disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioAtualProcesso.asp?numDj=24&dataPublicacaoDj=05/02/2009&numProcesso=7454&siglaClasse=Rcl&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=1&numMateria=4&codMateria=10>> Acesso em: 23 jun. 2009.

(17) Em análise à Constituição Espanhola, em especial, o art. 24, Abdon Pedrajas Moreno sustenta a possibilidade de oposição da presunção de inocência em face dos particulares “*Asimismo, desde mi punto de vista, tampoco es discutible la Drittwirkung del derecho a la presunción de inocencia en la relación empresario-trabajador. Por un la o porque, como ya vimos, la afirmación de que algunos derechos fundamentales, y entre ellos los contenidos en el art. 24 CE, sólo son esgrimibles frente al Estado resulta discutible, de modo que ya señalamos diferentes ejemplos en que la violación del señalado precepto se puede producir a partir de una iniciativa privada. Pero es que, en todo caso, si la dimensión procesal del derecho a la*

4. Os poderes do empresário e o poder disciplinar

4.1. Definição e conteúdo

O tema, apesar de não ser novo, vem ganhando novos contornos, sobretudo dentro de uma tomada de posição que propõe a limitação desses poderes à luz dos direitos fundamentais ou, segundo uma ótica mais próxima do direito civil, dentro da moldura dos direitos da personalidade, do instituto do abuso do direito e da regras de boa-fé. Não falta, ainda, quem os analise tendo em conta o próprio contrato de trabalho como marco natural ao manejo dos poderes do empresário, sem prejuízo daqueles parâmetros.

Antes de tentar precisar o que são esses poderes, é necessário lembrar a existência de respeitável orientação que põe em cheque a própria concepção de que a relação de trabalho geraria poderes para o empregador. Essa orientação é mais acentuada quando enfoca o chamado “poder disciplinar”.⁽¹⁸⁾

presunción de inocencia tiene su desarrollo normal en el proceso, la dimensión material tiene una significación abiertamente extraprocesal, con muy diversas aplicaciones prácticas, que afectarán al trabajador en relación con el empresario en el desenvolvimiento cotidiano de la relación laboral y en las diferentes situaciones que preceden a la sustanciación procesal del despido.” MORENO, Abdon Pedrajas. Ob.cit., p. 236.

(18) Não é nossa intenção enfrentar essa tormentosa questão mas não poderíamos nos furtar de mencioná-la. Numerosos argumentos são esgrimidos desde a impossibilidade de uma relação contratual dar origem a poderes, sobretudo no campo disciplinar, como se o empregador ou tomador de serviços fossem dotados de prerrogativas da Administração Pública ou, ainda, recebessem por delegação (legal ?) o poder de punir. Sobre o tema, podemos citar, entre outros, a obra de ANTONIO LAMARCA (*Manual das justas causas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983; ALDACY RACHID COUTINHO. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. p.150-151; e Edilton Meireles (*Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 97-100). Este último defende a tese de que o poder diretivo e a subordinação não implicam por si só uma consagração do poder disciplinar. Para o autor baiano, há necessidade de previsão desse poder no contrato. Inexistindo cláusula, só caberia a responsabilidade por inadimplemento contratual.

Assim, podemos passar ao plano da definição desses poderes que compreendem o controle, a vigilância, a regulamentação e a aplicação de sanções por parte daquele que se beneficia do labor alheio.

Em outras palavras, assegura-se “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços”.⁽¹⁹⁾

Aquele que contrata trabalhador dependente determina o serviço, especificando com seu poder de direção os limites funcionais, adotando as medidas que entende oportunas para que haja o cumprimento por parte do obreiro de suas prestações⁽²⁰⁾, daí o poder disciplinar, cuja função é assegurar o poder diretivo patronal.⁽²¹⁾⁽²²⁾

4.2. Fundamentos e limites

No plano constitucional, é voz corrente que esses poderes têm como base a livre iniciativa e o direito de propriedade, valores consagrados em inúmeras Constituições, inclusive a brasileira.⁽²³⁾ Quanto à legislação infraconstitucional,

Conquanto possamos aceitar as justas ponderações destes doutrinadores, não podemos fechar os olhos para toda a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da existência desses poderes, seus desdobramentos e, mais importante, seu espaço de atuação. Inclusive, no Direito Constitucional, fala-se na imprescindível limitação dos poderes sociais, públicos ou privados, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

- (19) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 631.
- (20) Isso está expresso no art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores de Espanha.
- (21) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 185.
- (22) ALAIN SUPIOT, talvez com algum exagero, chega a dizer, acerca da relevância do poder disciplinar e seu papel instrumental, que o Direito do Trabalho encontra a sua própria razão de ser e deve sua autonomia à submissão do obreiro ao poder de direção e disciplinar. In: *Droit du travail*. 18. ed. Paris: Paris Esitora, 1996. p. 103.
- (23) Impossível não registrar a posição de Gregório Peces-Barba (Reflexiones sobre los derechos sociales. In:

há no ordenamento brasileiro apenas algumas alusões (art. 2º, *caput*, da CLT, por exemplo).

Já em outros países, o legislador procurou tratar da matéria com mais afinco, preocupando-se sobremaneira com os limites ao seu exercício. Em Portugal, há uma procedimentalização do poder disciplinar⁽²⁴⁾. Já na Itália, segundo Alice Monteiro de Barros⁽²⁵⁾, também ocorre sua procedimentalização na negociação coletiva e na intervenção das comissões internas. Na Espanha, o art. 20.3 é claro ao estipular que os poderes de fiscalização e disciplinar na sua adoção e aplicação devem obediência à dignidade humana. De ressaltar, ainda, que a decisão empresarial requer também um certo procedimento. Se a falta imputada é grave ou muito grave, exigirá comunicação escrita ao trabalhador com os fatos que a motivam (art. 58.2, LET); e informação aos representantes legais dos trabalhadores (art. 64.1.6, LET).

Derechos sociales y ponderación, p. 95.98, obra conjunta sobre Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, *Fundación coloquio jurídico europeo*. Madrid, 2007) para quem o direito de propriedade deve ser descartado como direito fundamental. É direito privado. Não cabe sua inclusão no rol daqueles tidos como fundamentais porque não é generalizado, não surge no âmbito prático como um direito de todos. Em uma sociedade burguesa, é absolutamente irreal a sua extensão a todos. Em suma, o direito de propriedade é, antes de tudo, parte integrante do sistema de direito privado. Apenas formalmente reside na esfera constitucional como resultado de construção ideológica, elevada ao patamar constitucional, ao contrário dos direitos eleitos nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição Federal do Brasil. Tampouco o princípio da livre iniciativa está isento de questionamento quanto à sua relevância no âmbito constitucional: “La libertad de empresa no forma parte de la estructura de la personalidad humana, y difícilmente puede considerar un derecho consubstancial a la dignidad de la persona humana” (ASENJO, Juan. *Económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución económica española*. Iniciativa privada en la Constitución Española de 1978. *Op. cit.*, p. 152-153; *apud* FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Bonamarzo, 2005. p. 34).

- (24) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Ob. cit.*
- (25) BARROS, Maria Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 137.

4.3. Limites constitucionais

Os poderes do empregador, notadamente o disciplinar, encontram no superprincípio da dignidade da pessoa humana a primeira e maior barreira para o seu exercício.⁽²⁶⁾

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em inúmeros textos constitucionais, no art. 1º, III da Constituição Federal do Brasil, no art. 2º da Constituição Portuguesa, no art. 10.1 da Constituição Espanhola, entre outros⁽²⁷⁾, não condiz com atos e procedimentos intolerantes, discriminatórios, desrespeitosos, infelizmente frequentes no exercício dos poderes empresariais, entre eles o disciplinar.

A dignidade da pessoa humana na condição de valor e de norma constitucional atua em todos os direitos fundamentais, exigindo seu reconhecimento e proteção. Portanto, os direitos fundamentais, neles incluídos os sociais, são inerentes à própria condição humana.⁽²⁸⁾

Do mandamento maior da dignidade, chegamos a todos os marcos constitucionais que, outrossim, delimitam os poderes empresariais: princípio da isonomia e da não discriminação (arts. 5º e 7º da Constituição Federal Brasileira)⁽²⁹⁾, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra (inc. X, do art. 5º da Constituição Federal), a proibição de tratamento desumano ou degradante⁽³⁰⁾, etc.

Pouco lembrados como limites à utilização abusiva dos poderes patronais, sobretudo o disciplinar, são a garantia do contraditório e da ampla defesa, além da presunção de inocência.

Sabemos que as penas são aplicadas ao trabalhador sem pré-aviso e sem possibilidade de defesa do obreiro, de maneira unilateral quando não arbitrária, ignorando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁽³¹⁾

Essa postura patronal vem recebendo fundadas críticas pois consagra um poder discricionário e, não raro, arbitrário, onde o tomador do trabalho dependente funciona como justiça privada, acumulando prerrogativas de juiz e empregador, em atuação que não ocorre nem no direito penal e no direito administrativo.⁽³²⁾

Esse domínio feudal, quase escravocrata, por afrontar todos os princípios e regras citados, já foi rechaçado judicialmente:

SINDICÂNCIA INTERNA — DIREITO A AMPLA DEFESA — “PODER DISCIPLINAR” — DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — A instituição de sindicância interna para a apuração de conduta ilícita de empregado deve observar os direitos e garantias fundamentais da ampla defesa, da intangibilidade da honra do ser humano e da proibição de auto-incriminação. Olvidados princípios elementares de proteção da pessoa humana e da dignidade do trabalhador, com violação de direitos da personalidade, fica configurado ato ilícito passível de reparação por danos morais. O poder disciplinar várias vezes aduzido pela empresa reclamada como legitimadora de sua conduta não é um poder absoluto e não se reveste de contornos de sujeição de uma pessoa à empresa ou mais precisamente aos superiores hierárquicos da

(26) Isso está expresso no art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores de Espanha.

(27) Na Alemanha, a Lei Fundamental abre com um princípio superior e incondicional da inviolabilidade da dignidade do homem. Na Bélgica, o comando jurídico que consagra a vida com a dignidade também é uma realidade constitucional. Na França, a dignidade humana está implícita na Declaração de 1789, sendo considerada um valor constitucional.

(28) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

(29) “El Limite (del poder disciplinario) estará en la dignidad y en la no discriminación (art. 20.3 y 17.1. LET)”; LÓPEZ, Manuel Carlos Palomerque; ROSA, Manuel Alvarez de la. *Derecho del trabajo*. 16. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.

(30) Também assim se pronuncia Enoque Ribeiro dos Santos em “Limites ao poder disciplinar do empregador —

a tese do poder disciplinar compartilhado. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 5, maio 2008, p. 545.

(31) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ob. cit., p. 550.

(32) *Idem*. “É preciso lembrar que os poderes disciplinar, hierárquico (distinto do diretivo) e regulamentador, ainda que previstos expressamente no contrato, trazem consigo uma enorme carga de abusividade, pois tendem a ser exercidos sem limites, além de gerarem um desequilíbrio exagerado na relação contratual.”

empresa. Há inclusive corrente doutrinária que repele a sua existência, haja vista que o poder de punir é prerrogativa estatal e a autotutela só é admissível pelo direito em casos extremos e com autorização legal. A ocorrência de sindicância deve ser vista sempre como uma instância de defesa do empregado contra a perda de seu emprego; e não como um tribunal de exceção, uma instância inquisitória em que o investigado não tenha qualquer previsão de defesa. Nosso tempo, como diz HEIDEGGER, é o tempo da miséria extrema, pois tendo esquecido do SER não se encontra nada, pois no esquecimento do SER sobra apenas o desrespeito, o desespero e a miséria da CONDIÇÃO HUMANA. Recurso obreiro a que se dá provimento. (TRT 17ª Região – 01243.2007.010.17.00.4 – RECURSO ORDINÁRIO. Rel. JUIZ CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, Rev. JUIZA WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, data 19.11.2008)

EMENTA: ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. DANOS MORAIS E JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA. AGRESSÃO, DESRESPEITO, SONEGAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E RESISTÊNCIA DO EMPREGADO. “É notório que a Constituição Cidadã de 1988, em seu preâmbulo, teve como objetivo a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Com base nesse *wording* inicial da Carta Magna, forçoso é concluir que houve também na legislação infraconstitucional a rejeição de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que entrem em choque e colidam com a liberdade e com a dignidade da pessoa do trabalhador. (...) O desnível atual do exercício do poder disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade do empregador, que enfeixa em suas mãos um poder quase

absoluto, potestativo, em uma época de desenvolvimento histórico, político e cultural em que a sociedade já não tolera mais direitos absolutos e quaisquer formas de discriminação, especialmente em face de hipossuficiente.” (ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, o artigo “Limites ao Poder Disciplinar do Empregador a tese do Poder Disciplinar Compartilhado”, publicado na *Revista LTr*, maio 2008. 72.05 545-556). De resto, o reclamado ao exercer seus poderes empresariais de forma autoritária, ilegal e despropositada, perpetrando ainda atos de agressão física e verbal, gera o dano moral pleiteado e a descaracterização da justa causa. (TRT 17ª Região – 01353.2007.011.17.00.2 – RECURSO ORDINÁRIO. Rel. JUIZ CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, Rev. JUIZ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, data 27.11.2008)

4.4. Outros limites

Mesmo enfrentando o tema dos limites dos poderes empresariais sob uma ótica infraconstitucional, acabamos por fazer o eterno retorno ao campo constitucional pois o “*epicentro do direito contratual, diante da Constituição, não pode ser mais a autonomia da vontade, mas a dignidade da pessoa humana,*⁽³³⁾ *de modo que a regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da atividade cotidiana) deve ser, em todos os momentos expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana.*”⁽³⁴⁾

Destarte, o direito comum ao tratar dos direitos da personalidade, do abuso de poder, da violação da boa-fé, quando em jogo direitos sociais fundamentais, está exercendo função social e instrumental no tocante às normas e regras constitucionais. Portanto, o direito civil

(33) FIÚZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; *apud* MEIREILES, Edilton. Ob. cit., p. 78.

(34) MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889>> Acesso em: maio 2009.

e seus institutos devem servir à medição e ao controle do exercício dos poderes empresariais.

O Direito do Trabalho deve apropriar-se também destas concepções para criar obstáculos legítimos às faculdades empresariais⁽³⁵⁾, até porque de acordo com os princípios que regem este ramo jurídico.

O contrato de trabalho, cuja bilateralidade há de estar presente não só no momento genético ou estático, como em seu funcionamento, execução ou perspectiva dinâmica,⁽³⁶⁾ afastaria a unilateralidade dos poderes empresariais, notadamente o disciplinar, consagrando uma melhor defesa da posição contratual do obreiro, observando-se, inclusive, o modelo constitucional, com seus princípios e regras.

Assim, na esfera do Direito Laboral, sob a ótica da bilateralidade do contrato de trabalho, há também campo propício à limitação dos poderes empresariais.⁽³⁷⁾

Por fim, é imperativo que no uso do poder disciplinar observe-se a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, que militam em favor de todo acusado, conforme analisaremos a seguir.

5. Presunção de inocência: contraditório, ampla defesa e proceduralização do poder disciplinar

Inicialmente, importante esclarecer que partimos do pressuposto que a dispensa por justa causa não é mero ato de resolução do contrato de trabalho mas também ato sancionatório.

Além disso, discordamos do entendimento dominante de que a dispensa por justa causa do empregado consiste em um direito potestativo do empregador⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾, sustentando que é, na

verdade, um direito relativo eis que deverá observar um procedimento para aplicação da punição, como abaixo descrito, fundamentado na presunção de inocência do empregado.⁽⁴⁰⁾

Assim, ao exercer o poder disciplinar, não está o empregador exercendo um *ius puniendi* estatal mas sim um poder de origem contratual e, por isso, possui estreitos limites. Veda-se não apenas seu uso abusivo e arbitrário, mas também impõe o cumprimento de determinados requisitos a fim de se evitar lesão ao princípio da presunção de inocência.

Em primeiro lugar, deve-se observar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer espécie de regulamentação quanto ao uso do poder disciplinar. Com efeito, fixa-se apenas alguns tipos de penalidades.

Diante da omissão normativa, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua maioria, aceitam o uso do poder disciplinar de forma unilateral pelo empregador.⁽⁴¹⁾

privada, o empregador permite aos trabalhadores a utilização dos meios de produção que possui ou dirige, enquanto lhe convier; se desejar, tem liberdade econômica de despedir os inconvenientes (...). Considera a doutrina assente que o ato unilateral de vontade que rescinde o contrato de trabalho pertence à categoria dos *direitos potestativos*, aos quais se reconhecem efeitos jurídicos autônomos, no sentido de que prescindem de qualquer outra fonte normativa". GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 362.

(39) Sergio Torres, citando o posicionamento assumido em peso pelos doutrinadores brasileiros relata: "Evaristo de Moaraes Filho, a classifica "... entre os atos jurídicos potestativos, isto é, dependem unicamente da vontade da parte denunciante, independente da aceitação, ou não, da vontade da parte denunciada". Antônio Lamarca afirma categoricamente que "o direito de denúncia do contrato individual de trabalho é de natureza potestativa". Segundo Orlando Gomes, por seu turno, constitui a dispensa "o exercício de um direito potestativo". Martins Catharino, segue idêntico raciocínio, ao afirmar que "temo-lo como direito potestativo". Para Délio Maranhão, de igual forma, representa um "direito potestativo." TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 115.

(40) Visão mais adequada, a nosso ver, para que possa ser efetivamente atingida a função social do contrato de trabalho.

(41) Também neste aspecto é de se lamentar a denúncia — sem entrarmos na discussão se era possível ou não

(35) FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. Ob. cit., p. 25.

(36) FERNÁNDEZ, Maria Dolores Santos. Ob. cit., p. 22-23.

(37) Enoque Ribeiro dos Santos em seu estudo "Limites ao Poder Disciplinar do Empregador – A Tese do Poder Disciplinar Compartilhado". In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 5, maio 2008, p. 555. Defende a bilateralidade na adoção do poder disciplinar.

(38) Em outro sentido, Wagner D. Giglio salienta que: "No mundo ocidental, alicerçado no direito à propriedade

Contudo, como já destacamos no item anterior, incabível é a total liberdade patronal para acusar, apurar e punir seus empregados, sob pena de consagrar uma prática absolutamente autoritária em uma relação jurídica já marcada pelo desnível das partes envolvidas.

Não se pode admitir que um contratante tenha poderes sancionatórios e que não seja garantido ao outro contratante, no mínimo, o direito à informação e à ampla defesa.

Defendemos, pois, que a falta de norma específica deve, antes de mais nada, ser suprida pela incidência dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, o que implica dizer que a esfera de poder do empregador no uso da disciplina encontra diversos limites, conforme destacado em item anterior.

Ora, a fim de se garantir a presunção de inocência, e considerando-se a irradiação dos efeitos desse direito fundamental na esfera da interpretação do direito do empregador de punição, de plano, há de se reconhecer que, da suposta ciência do empregador de ato faltoso até a efetiva punição do responsável, deve haver um procedimento adequado que preserve essa presunção, que pode ser sintetizado nos seguintes passos: acusação formal com transparência e sigilo; garantia do empregado apresentar defesa sob o crivo de contraditório; comunicação do resultado da apuração; punição motivada.

O estabelecimento de um procedimento de apuração de faltas prévio à aplicação de sanções traz garantias não só ao empregado, por instituir a possibilidade de defesa, mas também ao empregador eis que evita atuações precipitadas, incentivando a investigação acerca dos fatos.

— da Convenção n. 158 da OIT eis que em seu art. 7 prevê expressamente: “Art. 7 – Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.”

O procedimento deve iniciar com a comunicação formal ao empregado acerca dos fatos de que está sendo acusado, cumprindo o empregador o dever de informação, inerente ao contrato de trabalho. A comunicação permite que o empregado acompanhe a apuração a ser feita pelo empregador, de modo que não seja conduzida de forma arbitrária, sujeita a manipulações, permitindo que o empregador produza provas que poderão ser utilizadas oportunamente sem concessão ao trabalhador da mesma oportunidade, ferindo o princípio da igualdade.

Ademais, recebida a comunicação formal, pode o trabalhador buscar assistência para produzir sua defesa, seja pela contratação de advogado, seja buscando seu sindicato de classe, que orientando o empregado permitirá que a conduta do acusado não repercuta em atos que possam lhe prejudicar.

Por outro lado, a hipossuficiência do trabalhador redundaria, caso não fosse possível a busca de assistência, em procedimento assimétrico diante do notório temor da perda do próprio emprego, o que faria o empregado sucumbir perante a vontade do tomador dos serviços, produzindo-se só por este fato lesão ao princípio da isonomia e, na esfera trabalhista, ao princípio da proteção.

Importante lembrar que, durante o período de desenvolvimento do presente procedimento, deve ser guardado sigilo no que concerne à acusação e, na medida do possível, nos atos investigatórios, para que não ocorra lesão à imagem e à honra do empregado, o que afetaria sua dignidade profissional e, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, valor este considerado como princípio fundamental da República.

Realizada a comunicação da acusação, permitida a busca de assistência pelo acusado, tudo sob sigilo para preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, deve-se garantir, formalmente, a possibilidade de apresentação de resposta do empregado à acusação sofrida,

viabilizando-se-lhe, de acordo com o caso concreto, tempo suficiente para formulação dessa defesa.

A concessão de prazo pelo empregador para a defesa deve ser suportada, única e exclusivamente, pelo próprio tomador dos serviços, não sendo possível imaginar-se, para garantia dos direitos fundamentais em análise, que possa o empregado sofrer prejuízo diante da necessidade de gastar tempo para se defender da acusação que lhe foi feita.

Não há dúvidas, portanto, que o trabalhador não pode ser compelido a utilizar parcela do seu tempo livre, garantido pelo direito ao lazer, consagrado como fundamental pelo art. 6º da Carta Magna, para produzir sua resposta, devendo o empregador conceder tempo no próprio expediente de trabalho para esse mister, sendo considerado o período em questão como interrupção do contrato de trabalho, vale dizer, tempo de licença remunerada.

Justifica-se tal medida pelo fato de se garantir, materialmente, que o trabalhador possa de forma adequada e suficiente exercitar seu direito de resposta, pois a fragilidade de sua condição de hipossuficiente, aliada à virtual dificuldade econômica, ensejaria, na realidade, o insucesso da medida em questão, não sendo possível a garantia meramente formal do prazo de resposta.

De outro lado, pode ser necessário que, para obtenção das provas que lhe sejam favoráveis, necessite o trabalhador diligenciar, durante o horário de trabalho, por elementos que embasem sua tese de resposta, tal como entrevistas a colegas, exames de materiais, enfim, tudo que seja necessário para efetiva apresentação de sua defesa.

Em regra, durante o processo de elaboração de defesa e colheita de provas, o empregado continua executando normalmente seu contrato de trabalho. Apenas em caráter excepcionalíssimo, quando a falta imputada ao empregado seja de extrema gravidade que impossibilite a presença do mesmo no ambiente de trabalho,

deve ser admitido seu afastamento para que não seja ferida a presunção de inocência.⁽⁴²⁾

De toda sorte, o afastamento somente poderá ocorrer após a acusação formal, onde estará fundamentada as razões inclusive do afastamento, por tempo razoável⁽⁴³⁾ e proporcional à complexidade dos fatos que se pretende apurar, sob pena já possuir caráter punitivo. Mesmo afastado, fica garantido ao empregado ou seu procurador o acesso ao local para colheita de provas eventualmente necessárias.

Qualquer que seja a conclusão do procedimento, o período deverá ser considerado como de mera interrupção do contrato de trabalho eis que o afastamento decorre de interesse do empregador.

Finalizada a fase de resposta, passa-se à conclusão do procedimento com o exame pelo empregador da acusação, da resposta, dos elementos trazidos a seu conhecimento para, então, deliberar acerca da punição adequada.

Tal como ocorre com toda e qualquer decisão do Poder Judiciário, a deliberação patronal que decida pela aplicação de punição deverá ser feita formalmente e acompanhada de motivação a fim de que possa o trabalhador, em caso de discordância, buscar eventual anulação do ato do empregador em juízo⁽⁴⁴⁾.

Por certo, a tese ora defendida está sujeita a impugnação sob o fundamento de inócuas por cumular o empregador a função de parte interessada e “juiz”. Entretanto, mesmo mantendo-se nas mãos de uma das partes interessadas a decisão final acerca da aplicação da punição,

(42) Podem ser pensadas outras medidas como a transferência do empregado para uma filial próxima, mas sempre observada a proporcionalidade entre a medida a gravidade da falta, o respeito à intimidade, à informação e à ampla defesa.

(43) Pensamos como parâmetro máximo o prazo de 30 dias sob pena de poder restar configurada a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho, na forma do art. 474 da CLT.

(44) Não podemos deixar de tecer comentário acerca do ônus da prova em juízo que, a nosso ver, é do empregador e deverá comprovar os fatos descritos na sua fundamentação para aplicação da sanção.

o procedimento garante, no mínimo, o direito de informação e de defesa do empregado, facilitando o controle judicial futuro, caso necessário.

A observância do procedimento acima detalhado, calcado na preservação da presunção de inocência, importa em autêntico requisito de validade para o ato punitivo do empregador, ou seja, o descumprimento da formalidade para a aplicação de punição tornaria a mesma nula para todos os efeitos (jurídicos e pecuniários).

Assim, no caso de despedida, pensamos que a não observância do procedimento para aplicação da justa causa renderia ensejo, além do reconhecimento da dispensa imotivada, à reintegração do trabalhador eis que comprometida a própria dissolução do contrato. Não se trata, por óbvio, de garantia de emprego mas de nulidade da sanção por desrespeito a requisito essencial à sua validade.⁽⁴⁵⁾

Em outras palavras, pode-se concluir que a eficácia horizontal da presunção de inocência na relação de emprego, em sua dimensão objetiva, traria um reforço importante aos limites do uso do poder disciplinar através do cumprimento do procedimento adequado entre a acusação e a punição, assim como pela dimensão subjetiva pode-se concluir que a impossibilidade de lesão a esse direito fundamental geraria a invalidade de qualquer ato punitivo em desacordo com tais preceitos.

Elevado o procedimento adequado para punição do empregado à categoria de regra extraída de direito fundamental, não há dúvidas de que, caso seja ele descumprido, surgirá para o destinatário — empregado — a posição jurídica subjetiva que permitirá a busca de

tutela jurisdicional no sentido de se extirpar o ato inválido, não porque o ato faltoso tenha ou não acontecido, ou porque o postulante tenha sido ou não o responsável, mas pelo simples fato da não observância do procedimento assegurador do direito fundamental à presunção de inocência, o que fatalmente produzirá considerável melhoria no uso responsável do poder diretivo.

6. Conclusão

Diante de todo exposto, podemos, resumidamente, concluir que:

1. A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais;
2. Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando dos exercícios dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. Na esfera disciplinar, avultam ainda os princípios da ampla defesa e do contraditório e a presunção de inocência;
3. O direito comum ao tratar dos direitos da personalidade, do abuso de poder, da violação da boa-fé, quando em jogo direitos sociais fundamentais, está exercendo função social e instrumental no tocante às normas e regras constitucionais. Portanto, o direito civil e seus institutos devem servir à medição e ao controle do exercício dos poderes empresariais, cabendo ao Direito do Trabalho apropriar-se destas concepções, pois compatíveis com os princípios que o regem. Ademais, a própria bilateralidade do contrato de trabalho atua como limite ao exercício desses poderes;
4. A unilateralidade do poder disciplinar encontra atualmente resistência no campo doutrinário e jurisprudencial. No plano do direito positivo, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros abraçam a tese do

(45) Importante que se diga que não será apreciado pelo Judiciário a culpabilidade ou não do empregado em relação à falta que lhe é imputada eis que esta questão torna-se absolutamente irrelevante se o procedimento para punição não foi corretamente observado. Entendimento contrário tornaria totalmente inócua a defesa da existência de procedimento para aplicação de punição. Situação análoga ocorre quando não proposta ação de inquérito para dispensa de dirigente sindical estável (Súmula n. 379 do TST).

poder disciplinar compartilhado, submetido a uma procedimentalização disposta em lei ou em negociação coletiva;

5. Seja qual for a visão adotada do poder disciplinar, impõe-se no seu manejo o respeito a um procedimento previamente estabelecido, observada a ampla defesa e o contraditório bem como a presunção de inocência do trabalhador;

6. A presunção de inocência, como direito fundamental, não está adstrita ao processo penal. Com efeito, rege qualquer tipo de processo ou procedimento através do qual se possa aplicar uma sanção. Não pode pairar dúvidas, por conseguinte, acerca de sua incidência no campo disciplinar trabalhista.

7. Referências bibliográficas

- BARROS, Maria Alice Monteiro. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 631.
- FONSECA, Adriano Almeida. *O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=162>> Acesso em: 23 jun. 2009.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). In: *Revista do Advogado*, AASP, n. 42, abr. 1994, p. 30.
- LAMARCA, Antonio. *Manual das justas causas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983.
- LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; ROSA, Manuel Alvarez de la. *Derecho del trabajo*. 16. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
- MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002.
- MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25326/24889>> Acesso em: maio 2009.
- MORENO, Abdon Pedrajas. *Despido e derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 1992.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador — a tese do poder disciplinar compartilhado. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, n. 5, maio 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SENDRA, Gimeno; RUIZ-VADILLO, Enrique. Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y las motivaciones de las sentencias. En: *Revista del Poder Judicial*, n. 3, 1986, p. 75.
- SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 18. ed. Paris: Editora Paris, 1996.

Dever de cooperação do executado e penalidades para os desvios

Marcos Neves Fava^(*)

Resumo:

- ▶ O dever geral de cooperação com o Judiciário insere-se, também, na execução de sentenças trabalhistas. O devedor está obrigado a atuar em cooperação com o Judiciário, sob pena de ver agravada a dívida exigida.

Palavras-chave:

- ▶ Dever de cooperação — execução trabalhista — agravamento da dívida.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dever geral de cooperação com o Judiciário
- ▶ 3. Deveres específicos do executado
- ▶ 4. Meios de punição do executado, por atos contrários ao dever de cooperação
- ▶ 5. Conclusões

Abstract:

- ▶ The general duty of cooperation with the Judiciary is inserted, also, in the execution of working sentences. The debtor is obliged to act in cooperation with the Judiciary, duly warned to see aggravated the demanded debt.

Key-Words:

- ▶ The duty of cooperation — execution working — aggravation of the debt.

Summary:

- ▶ 1. Introduction
- ▶ 2. The general duty of cooperation with the Judiciary
- ▶ 3. Specific duties of the executed one
- ▶ 4. Instruments of punishment of the executed one, for contrary acts to the cooperation duty
- ▶ 5. Conclusions

(*) Juiz do Trabalho Titular da 89ª Vara de São Paulo. Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP).

1. Introdução

A boa-fé é regente das relações humanas civilizadas.

Desde 2003, vigora o texto do “novo” Código Civil brasileiro, que exige este elemento como constituinte dos contratos em formação, atribuindo aos cidadãos, o art. 422, o dever de “guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Diante das condenações judiciais, o réu não deve diferente obediência aos mesmos princípios, impondo-se a revisão de uma certeza corrente de que o *exercício do direito de defesa* autoriza *toda e qualquer manobra* a atrasar o cumprimento da obrigação reconhecida em sentença.

Analisa-se, nestas breves linhas⁽¹⁾, os fundamentos para exigência do dever de cooperação, por parte do executado, propondo-se, por via de medidas interpretativas, a incidência de meios para coibição dos atos, tudo com vistas ao alcance de maior efetividade para a execução.

2. Dever geral de cooperação com o Judiciário

O Código Civil instaurou a observância do princípio da boa-fé às relações civis, indicando, em diversos dispositivos, a necessidade de manutenção da observância desta postura na vida social. Assim é, no plano da interpretação dos atos jurídicos⁽²⁾, no da presunção de que sob esta condição praticaram-se atos essenciais à manutenção dos estabelecimentos mercantis, no intuito de salvaguardar a sobrevivência do empreendedor e de sua família⁽³⁾, na interpretação

dos atos cometidos no exercício do direito, separando os lícitos dos ilícitos a partir do respeito ao princípio em evidência⁽⁴⁾, na aquilatação do direito do possuidor em manter os frutos da posse⁽⁵⁾ e, no universo dos contratos, com especial ênfase, dentre inúmeras outras cláusulas⁽⁶⁾ do código:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Há, no direito comparado, disposições semelhantes, como se lê nos códigos civis alemão⁽⁷⁾, italiano⁽⁸⁾ e português⁽⁹⁾, ou, como ensina Álvaro Villaça⁽¹⁰⁾, “todo o Direito dos povos obedece a esse princípio de acolher a boa-fé e de repelir a má-fé”. A base da vida em sociedade encontra-se sedimentada sobre o dever de comportamento *honesto*, condizente com as expectativas sociais vigentes e de acordo com o padrão civilizatório a que chegou o grupo.

- (1) O presente texto integra, com modificações, o capítulo VI da tese de doutoramento do autor, aprovada pela Faculdade de Direito da USP, sob o título “Eficácia da execução trabalhista”, em 10 de junho de 2009.
- (2) “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”
- (3) “Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.”

- (4) “Art. 187. 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.”
- (5) “Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.”
- (6) Observe-se esta, no plano dos contratos, específica para os de seguro: “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”
- (7) “§ 242. O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes.”
- (8) “Art. 1.337. No desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.” Na execução do contrato, com mesma observância, incide o art. 1375 do mesmo código.
- (9) “Art. 227. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”
- (10) O novo Código Civil brasileiro tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes; ROSAS, Roberto (Coords). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. Escritos em homenagem a José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

No plano do direito processual, o dever constitui-se genérico, no que tange aos sistemas do trabalho e civil, como se pode ler nos arts. 645 da Consolidação das Leis do Trabalho e 339 do Código de Processo Civil:

Art. 645. O serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado.

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

A publicização do processo, do que resulta a concepção nítida de que os instrumentos de acesso ao Judiciário não se inserem no plano dos direitos privados individuais, mas atingem, abrangem e se estabelecem na órbita dos direitos públicos, com ênfase ao interesse simultâneo dos litigantes e do Estado, culminou com a transposição do dever geral de boa-fé para os atos procedimentais em Juízo. Ordena-se, a sociedade brasileira, a partir da ideia ampla de boa-fé, como se lê nos citados dispositivos do Código Civil, o que não afasta o comprometimento dos litigantes em processo judicial.

3. Deveres específicos do executado

Impõe-se refletir acerca dos atos havidos pelo devedor no bojo do processo de execução, sob a atenta advertência de Mendonça Lima⁽¹¹⁾: “a execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados.”

Júlio César Bébber⁽¹²⁾, ao ponderar a existência e a importância “exponencial e angular” do princípio da *cooperação*, relembra que referido princípio não tem merecido “muita atenção dos operadores do direito processual do trabalho” e remata que, segundo a aplicação do tal princípio:

Surgem para o executado os deveres de: a) relacionar detalhadamente todos os seus

bens (e não apenas os suficientes), inclusive aqueles transferidos a qualquer título desde a data do ajuizamento da ação, devendo ainda: (i) indicar precisamente onde se encontram; (ii) exhibir prova de sua propriedade; (iii) mencionar a existência de gravame; e b) abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embace a realização da penhora; (...)

O princípio que comanda, pois, os atos do devedor na execução, como, ademais, rege a participação de quaisquer das partes e de terceiros no processo judicial, por seu caráter público e por sua importância à manutenção do Estado de Direito, é o da *cooperação*. Quase nunca — senão nunca — vê-se, em fase de execução de sentença, a pronta exposição, pelo executado, de seus bens; quando muito, depois de tentadas outras vias, aparece um petitório, indicando um determinado bem, nem sempre o melhor, para garantia do processo.

E tal aplicação do princípio da *cooperação* deve ser atendida e entendida com maior amplitude, porque *ao devedor* incumbe o maior interesse no cumprimento da sentença, já que contra ele pende o título judicial exigível. O interesse do credor é, nesta medida, menor e subalterno ao de quem deve, para manter-se quites com as obrigações cidadãs. Disponível, pois, o título judicial, ao executado incumbe o encargo de *pagar a dívida*. Sendo ilíquida, incumbir-lhe-á, primeiro, apurá-la, oferecendo, desde logo, o pagamento do valor que reconhece como *quantum debeatur*⁽¹³⁾.

No plano da principiologia, mais comum do que os deveres de *cooperação* do executado, faz-se presente a evocação do art. 620 do Código de Processo Civil, que dá ao devedor o *direito*

(11) *Apud* ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed., rev. ampl. e atual. conforme a reforma processual – 2006-07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 328.

(12) *Cumprimento da sentença no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 76-77.

(13) Na prática judiciária, tenho aplicado ao devedor que indica o valor da dívida na subfase de liquidação e não paga este valor incontroverso, a multa preconizada pelo art. 601 do Código de Processo Civil, como inteligência da Súmula n. 1 do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. Execução forçada é do que se torna controvertido. Do incontroverso não há processo, não há lide, não há discussão. Deve haver pagamento.

de ter contra si a execução *menos gravosa*. Ora, o advérbio de comparação — menos — tem por pressuposto a existência de dois modos igualmente suficientes e eficazes para a realização concreta do título executivo. Um torno de 30 anos, enferrujado e depositado fora da área de competência geográfica do Juízo da execução, não é comparável a dinheiro em conta corrente, para fins de apuração do *meio menos gravoso*. Fiança bancária e dinheiro, sim, constituem meios idôneos e de mesma natureza, para que, entre ambos, escolha o juiz, em atendimento ao princípio da menor onerosidade, o que menos alija ao devedor.

Comparam-se elementos de mesma natureza. Por isso, apresentada carta de fiança bancária, sem restrição de datas e expedida por instituição financeira hígida, o bloqueio de valores em conta corrente cede lugar ao acolhimento da oferta do devedor, de menor gravidade. Disponíveis dois veículos, um de passeio, outro de entregas, menos gravoso é dispensar o da entrega, para não agravar a situação operacional do devedor. Um terreno vazio e o galpão em que funciona e empresa, ambos de mesma utilidade para a hasta pública, dispensa-se, com vistas à menor onerosidade ao devedor, o galpão em que se situa o negócio executado. Eis a aplicação possível da ideia contida no art. 620 do Código de Processo Civil. O Superior Tribunal de Justiça já constrói jurisprudência neste sentido, na medida em que reconhece que a penhora em dinheiro, tida *on-line*, de per si, não implica violação ao princípio da menor onerosidade:

PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO — PENHORA *ON-LINE* — POSSIBILIDADE — MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR — ARTS. 620 E 655 DO CPC — 1. Conforme a pacífica jurisprudência desta Corte, a determinação de penhora *on-line* não ofende a gradação prevista no art. 655 do CPC e nem o princípio da menor onerosidade da execução disposto no art. 620 do CPC. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg-AI 935-082/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ – STJ 3.3.2008)

Com aplicação restritiva do art. 620 do Código de Processo Civil, isto é, sem o ler como uma carta aberta de alforria do devedor, para que ele escolha a que meios vai submeter-se para a execução (forçada) de sua obrigação, e com ampliação da firmeza com as exigências que decorrem do dever de cooperação, acelera-se o cumprimento da obrigação exigível.

Sob o comando do compromisso de cooperação, surgem para o executado os deveres de:

- I – apresentar o rol de seus bens, não apenas os que escolheu para a penhora, mas de todos os bens, porque a escolha, na direção do processo, não incumbe ao devedor, mas ao juiz;⁽¹⁴⁾
- II – indicar os bens que tenham sido transferidos a qualquer título desde a data do ajuizamento da ação;⁽¹⁵⁾
- III – apresentar o local exato em que se encontrem os bens;⁽¹⁶⁾
- IV – atestar, mediante documentos, a prova da propriedade dos bens arrolados;⁽¹⁷⁾
- V – explicitar a existência de gravame de algum deles;⁽¹⁸⁾
- VI – abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embace a realização da penhora;⁽¹⁹⁾

(14) A utilidade do bem para a execução guarda inverso interesse, comparadas a intenção do devedor, em que seu patrimônio não se dissipe, e a obrigação do juiz, em dar cabo da fase de execução, com brevidade e proveito.

(15) Atenuante da fraude à execução pode ser a movimentação patrimonial de boa-fé, não existindo melhor evidência de *boa-fé* do que a denúncia, pelo próprio devedor, de que, no curso do processo, desfez-se ou onerou tais e quais bens.

(16) Obrigação de fazer, que pode submeter-se ao comando do art. 461 do Código de Processo Civil, sendo recomendável que o juiz determine, sob pena de multa diária, a apresentação do bem ou a indicação de sua exata situação, para realização da penhora, incluindo-se o valor da pena no montante da execução.

(17) Documentos que devem ser atualizados, para que a utilidade dos atos posteriores não se comprometa, com expedição de mandado de penhora de bem que não mais se encontra sob propriedade do executado.

(18) Com o que evita a formalização de penhora inútil.

(19) A ocultação do bem é o mais evidente, mas há outros, como a simulação do valor, super ou hipovalorizando o patrimônio, com fito de desviar o cumprimento célere da obrigação.

VII – responder às intimações judiciais, cumprindo, no prazo assinalado, os encargos atribuídos pelo juízo⁽²⁰⁾;

VIII – preservar o patrimônio apresoado por meio de penhora, na condição de depositário⁽²¹⁾;

IX – abster-se de frear os atos executórios⁽²²⁾;

X – evitar a interposição de recursos e remédios processuais meramente procrastinatórios⁽²³⁾.

Violar o dever de boa-fé, que, no processo de execução, implica o de *cooperação* com os atos judiciais, é ato que indignifica o Poder Judiciário, afronta o interesse do exequente e utiliza a máquina estatal para mesquinho interesse privado. Emerge desta conclusão a necessidade de punição, vigorosa e pronta, de qualquer dos atos, comissivos ou omissivos, do executado, dos quais resulte perda de efetividade da execução.

Os meios de punição de quem assim procede estudam-se na próxima seção.

(20) Como, por exemplo, o de indicar depositário idôneo para o bem penhorado, na hipótese de não assumi-lo pessoalmente.

(21) No início da década de 1990, em São Paulo, comum era a penhora de linhas telefônicas, que custavam, na ocasião, alguns milhares de dólares. O devedor, com a linha penhorada, em 3 meses fazia tantas ligações, que o bem perecia, tornando-se inútil à arrematação. O proprietário do veículo que fica em sua posse, durante a penhora, o dono do imóvel etc., todos devem guardar, por cooperação, o bem, para a execução. De incidência, direta ou por analogia, a ordem contida no art. 679 do Código de Processo Civil: “A penhora sobre navio ou aeronave não obsta a que continue navegando ou operando até a alienação; mas o juiz, ao conceder a autorização para navegar ou operar, não permitirá que saia do porto ou aeroporto antes que o devedor faça o seguro usual contra riscos.”

(22) Providências aparentemente inofensivas podem acarretar a frenagem do processo, tais como a juntada, descontrolada, de instrumentos de mandato e subtabelamento, o excedimento do prazo na carga dos autos ou o pedido de guia de pagamento, seguido de omissão na retirada e no efetivo pagamento.

(23) Ao lado dos recursos em sentido estrito, ao executado oferecem-se, ainda, no processo do trabalho, o mandado de segurança, a correção parcial e o “pedido de providências”. O uso inadequado destas medidas enseja punição, pelas vias que serão a seguir analisadas.

4. Meios de punição do executado, por atos contrários ao dever de cooperação

O processo, instrumento público de distribuição da justiça, exige responsabilidade dos litigantes, o que se consegue, não pelo sentido natural ou “médio” de moralidade ou de boa-fé, mas pela imposição rigorosa, constante e relevante de penas aos que se desviam deste desiderato. Pondere-se que não há no sistema processual farta disponibilidade de instrumentos que sirvam de *incentivo* ao cumprimento da obrigação imposta, senão por coerção. Na ação monitória e na execução de título extrajudicial, exceções ao quanto dito, o Código de Processo Civil autoriza a dispensa das custas e dos honorários de sucumbência, ou, no segundo caso, de sua diminuição, na hipótese de o devedor, citado, pagar a dívida, sem maiores delongas⁽²⁴⁾.

Adotar medidas dessa modalidade traz interessante campo de utilidade para o processo, mas se impõe a ressalva feita por Marinoni e Arenhart⁽²⁵⁾:

Obviamente, a utilização desse mecanismo merece atenção especial, já que não pode o juiz lidar — sem autorização legal expressa — com valores ou direitos que não lhe pertencem.

A maior parte das situações da fenomenologia, no entanto, diz respeito a, de um lado, inexistência de mecanismos de bonificação do devedor pelo cumprimento eficaz, tempestivo, completo e obediente da ordem em execução e, de outro, da completa desatenção dos devedores ao princípio da cooperação. Em face disto, a forma mais contundente de adequação dos procedimentos que violem tal dever — o de cooperar — emerge do conjunto de penas previsto no ordenamento, para compelir o cumprimento.

(24) Como consta dos arts. 1.102-C, § 1º e 652-A, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

(25) *Execução*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

Considere-se que os atos mencionados *supra*⁽²⁶⁾ configuram *ato atentatório à dignidade da Justiça* e/ou *litigância desleal*, para que se identifiquem, a seguir, as penalidades disponíveis.

Araken de Assis⁽²⁷⁾, em feliz síntese, assim indica o rol de efeitos tirados do menoscabo do devedor para o dever de manter-se em co-operação com o juízo executório:

A sanção é condenação sugerida. Cumulam-se três sanções autônomas: em primeiro lugar, a multa de vinte por cento sobre o valor atualizado da dívida, que reverterá em proveito do credor (art. 601, *caput in fine*); depois, outra sanção indeterminada, que só pode consistir no dever de indenizar o dolo processual (art. 18, *caput* e § 2º), na hipótese de incidência de algum fato típico do art. 17 (por exemplo, interposição de recurso manifestamente protelatório), exequível no próprio processo de execução (art. 739-B); e, finalmente, ressalva o dever de indenizar pelo abuso do ato de demandar e a tutela penal (por exemplo, o crime de fraude).

Há, pois, possibilidade de incidência de multifacetadas penas, pelos atos atentatórios à dignidade da Justiça, emergentes da prática, quotidianamente apreendida, do devedor em resistir ao cumprimento da ordem em execução.

Ressalve-se que, não obstante a negativa de alguns⁽²⁸⁾, a alteração do *caput* do art. 601 do Código de Processo Civil implicou sensível alteração no sistema. O revogado artigo⁽²⁹⁾

exigia prévia advertência do devedor, o que do texto não mais consta, como se lê, por força das alterações emanadas da Lei n. 8.952/94:

Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Vale dizer, a prática do ato pode ser, incontinênti, punida, sem qualquer prévio aviso, advertência ou admoestação. E tal evolução decorre do reconhecimento, pelo legislador, de que o proceder de boa-fé constitui *dever* de quem viva em sociedade, o que inclui os que vêm a Juízo, como autor ou como réu. De destaque o teor abrangente e genérico do previsto no art. 14, V do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.358/2001:

Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Cumprir “com exatidão” é cláusula amplíssima, que pode ser violada pelo pagamento parcial de dívida não mais controvertida, pela omissão de gravame do bem indicado à penhora, pela sonegação de informações relevantes — existência e localização dos bens —, ou até pelo excedimento do prazo de carga do processo. Igual extensão compreende a expressão “não criar embaraço à efetivação dos provimentos judiciais”, que pode revelar-se desatendida por meio de qualquer providência do devedor que se mostre inútil à solução do processo. Destaque-se que não deve ser, na hipótese de incidência do devedor num dos procedimentos ilícitos relacionados, analisada a presença de culpa, porque sua responsabilidade em litigar lealmente qualifica-se como *objetiva*:

Não se cogita, na sua aplicação, de culpa: trata-se de responsabilidade objetiva. O juiz dosará a multa, ante a gravidade da conduta,

(26) Item 4.2, de I a X.

(27) *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme a reforma processual — 2006-07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 331-2.

(28) Como faz Araken de Assis. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme a reforma processual — 2006-07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 329.

(29) Assim estava redigido: “Se, *advertido*, o devedor perseverar na prática de atos definidos ao artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for relevada a pena.”

e ela não poderá exceder o percentual de vinte por cento sobre o valor da causa⁽³⁰⁾.

Acentue-se a qualidade da imposição das penas, a partir da autorização contida no art. 35 do Código de Processo Civil:

As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado.

Exigíveis como custas, implicarão, mesmo em fase de execução, limite para o manejo de recursos, sem a apresentação de complementação da garantia ou o depósito da diferença, sob pena de faltar um dos pressupostos objetivos de recorribilidade, como já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina:

RECURSO — DESERÇÃO — AUSÊNCIA DO PAGAMENTO DA MULTA REFERENTE AO LITIGANTE DE MÁ-FÉ E DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS — A teor do art. 35 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, as sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas. Assim, o não pagamento dessa condenação, aliado ao de o recorrente nem sequer ter recolhido o valor das próprias custas processuais fixadas pelo Juízo, conduz, inexoravelmente, à deserção do recurso. (TRT 12ª R. — AIRO n. 01519-2007-048-12-01-7 — 1ª T. — Rel. Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira — J. 12.6.2008)

O caráter persuasivo da imposição das multas mostra-se indiscutível e alcançará ampla margem de êxito. Considere-se que os juros do processo de execução trabalhista limitam-se a um por cento ao mês, ou *pro rata die*, o que torna violentíssima a imposição de uma multa de 20% do valor da execução, ou o equivalente a vinte meses de demora para a satisfação do crédito.

(30) ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme a reforma processual — 2006-07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 332-3.

5. Conclusões

Desde o início da fase processual da execução forçada, deve o executado portar-se em estrita observância a seu dever de cooperação.

Por primeiro, se em face de condenação ilíquida, apresentando sua conta de liquidação; incontínenti, realizando o pagamento do valor que encontre neste exercício matemático, sem necessidade de qualquer imposição judicial, eis que esta já se faz presente na sentença exigida.

Em caso de não apresentar a conta — já em postura negligente — ao impugnar as formuladas pelo juiz ou pela parte contrária — art. 879, Consolidação das Leis do Trabalho — o executado deve solver a dívida, naquela parcela incontroversa, porque não existe, para ela, qualquer lide (Súmula n. 1 do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo).

Impossível o pagamento, deve, desde logo, apresentar o devedor a integralidade de seu patrimônio atual, bem como relacionar perante o juiz presidente da execução aqueles bens que foram negociados no curso da existência do processo, para que sejam escolhidos os necessários à penhora, passo precedente à expropriação.

Finalmente, impõe-se ao devedor, para atendimento ao dever de cooperação, que se abstenha de provocar incidentes infundados e recursos meramente procrastinatórios.

O arcabouço normativo vigente contempla diversos mecanismos de coibição do abuso do direito de litigar, que podem ser aplicados ao executado recalcitrante em seu dever de cumprir o comando sentencial. A dívida, mormente a trabalhista, que tem núcleo alimentar, precisa tornar-se inconveniente, para que se constitua, ela própria, em incentivo ao cumprimento da sentença.

Com o processo, deve ficar ocupado e aflito o devedor, não o credor, que já se encontra sacrificado pelo transcurso do tempo, que o distancia da fruição de seus direitos.

A procedimentalização do poder disciplinar como decorrência da eficácia direta do direito fundamental ao devido processo legal na relação de emprego

Verena Sapucaia da Silveira^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo visa a analisar a possibilidade da procedimentalização do poder disciplinar. A abordagem do tema foi procedida a partir do método dedutivo, por meio da pesquisa doutrinária, especificamente, na seara juslaboral, processual e constitucional, bem como do exame da legislação e da investigação jurisprudencial brasileira aplicável à temática. Dentre os aspectos examinados, versa-se sobre o fenômeno da democratização do poder disciplinar e da incidência do direito fundamental ao devido processo legal na relação empregatícia. Partindo de tais premissas, a pesquisa logrou demonstrar que, de fato, é possível a procedimentalização do poder disciplinar como resultado do reconhecimento da eficácia direta do devido processo legal nas relações de emprego. Com efeito, propugna-se o delineamento de um *iter* procedimental a ser seguido na aplicação de sanções disciplinares, com a valorização da participação do obreiro — de forma individual ou coletiva — no destino da empresa, de modo a democratizar o ambiente de trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Poder disciplinar — eficácia direta dos direitos fundamentais — devido processo legal.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A democratização do poder disciplinar
- ▶ 3. A incidência do devido processo legal na relação de emprego
 - ▶ 3.1. Critérios determinantes da intensidade dos efeitos dos direitos fundamentais na relação de emprego
 - ▶ 3.2. A procedimentalização do poder disciplinar
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo *Jus Podivm*.

1. Introdução

Hodiernamente, pacificou-se o entendimento de que o poder não é fenômeno que se circunscreve aos lindes da atuação estatal, fazendo-se presente também no âmbito da sociedade civil, nas relações privadas.

Essa realidade desmistifica a concepção que remonta ao liberalismo clássico, que considerava o Poder Público como o único perpetrador de lesões aos direitos fundamentais, apontando a possibilidade destas provirem também de particulares.

Nesse contexto, o empregador, tradicionalmente munido de um arsenal de prerrogativas voltadas a viabilizar a direção da prestação de labor no espaço intraempresarial, dentre as quais se destaca o poder disciplinar, desponta como polo potencial de violações a direitos fundamentais.

Não obstante esse quadro, o sistema laboral pátrio carece de uma regulamentação que confira o mínimo de civilidade ao exercício do poder disciplinar.

Não prevê a ordem jurídica qualquer procedimento prévio ou *iter* a ser, necessariamente, observado no momento da aplicação de penas aos trabalhadores. Não há, tampouco, sensibilidade ao modelo de cogestão no exercício de tal poder, amplamente aceito e praticado nos países mais desenvolvidos, em que o ambiente empresarial sofreu positivo processo de democratização.

Não há razões plausíveis, no entanto, para aceitar esta conjuntura arcaica e parcamente desenvolvida. Não só pelo contraste abissal que separa nossa ordem jurídica da dos países centrais, mas também em face da nova direção propugnada pela Constituição Federal de 1988 relativamente ao cenário laboral.

Deveras, a Carta Magna acena para uma nova forma de se encarar o obreiro, a relação de trabalho e o espaço empresarial. Elegeu a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho como fundamentos

da República; guindou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ao *status* de objetivo fundamental da República; dispondo sobre a ordem econômica, escolheu a valorização do trabalho humano como um de seus fundamentos e a existência digna e a justiça social como objetivos; por fim, previu que a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

De mais a mais, é inegável o destaque que a Lei Maior pretendeu dar à participação coletiva obreira na rotina empresarial, enaltecendo a negociação coletiva, ampliando as possibilidades de atuação dos sindicatos e até mesmo assegurando a eleição de um representante dos trabalhadores para viabilizar o diálogo direto destes com os empregadores. O texto constitucional ainda se refere à participação dos empregados na gestão da empresa (malgrado ainda tendo tal participação como excepcional).

Diante disso, não há exagero em afirmar que nossa ordem justralhista urge por uma reforma no tocante à prática do poder disciplinar, de modo a adequar-se ao novo paradigma trabalhista entabulado pela Carta de 1988.

Desta forma, o presente estudo, utilizando-se do modelo teórico aplicado, visa não apenas à construção de um modelo ou teoria, mas também, à proposição de soluções para a prática hodierna, pretendendo demonstrar a possibilidade de procedimentalização do poder disciplinar como decorrência da eficácia direta do direito fundamental ao devido processo legal nas relações empregatícias. Para tanto, valer-se-á de do método dedutivo, por meio da pesquisa doutrinária nas searas juslaboral, processual e constitucional, bem como do exame da legislação aplicável, e da investigação jurisprudencial brasileira, conforme um método baseado na heurística.

Assim é que será feita uma breve análise acerca do fenômeno da democratização do poder disciplinar e da incidência do direito fundamental ao devido processo legal na relação

empregatícia. A partir de tais premissas, será proposto o delineamento de um *iter* procedimental a ser seguido na aplicação de sanções disciplinares.

Diante do exposto, justifica-se o presente trabalho pela sua importância prática, dogmática e, principalmente, social, na medida em que busca apurar a intensidade da incidência do direito fundamental ao devido processo legal na relação empregatícia, de modo a ensejar a procedimentalização do poder disciplinar, em função do caráter retrógrado com que a temática é disciplinada pela ordem juslaboral pátria.

Dirimindo-se a problemática sobre a qual se debruça o presente trabalho, será dada maior credibilidade ao sistema jurídico e aos preceitos constitucionais, em razão do reconhecimento do conteúdo valorativo essencial do devido processo legal, imprimindo ao exercício do poder disciplinar um tom mais condizente com o os valores consagrados no texto da Carta de 1988.

2. A democratização do poder disciplinar

Contemporaneamente, o poder encontra-se salpicado na sociedade civil ao lado do eixo principal de poder — o Estado. Com isso, fica claro que as lesões aos direitos fundamentais podem provir não apenas do Poder Público, mas também de entidades particulares, bem como de outros cidadãos.

Virgílio Afonso da Silva alude à existência de forças sociais no espaço deixado à manifestação da autonomia privada, as quais, por serem detentoras de poder, podem ter atuação prejudicial ao sistema político e também no âmbito jurídico⁽¹⁾, leciona que:

Essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio de concentração financeira,

que lhes confere um tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar, aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares.⁽²⁾

É nesse contexto que exsurge a empresa como centro de poder. O poder se revela, juridicamente, no ambiente empresarial, por meio das prerrogativas de organização ou comando, regulamentação, controle e punição, as quais, tradicionalmente, concentram-se na figura do empregador.

Trata-se do poder diretivo, que, nas palavras de Sergio Pinto Martins, “é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho”⁽³⁾.

Trata-se, então, da faculdade que tem o empregador de determinar de que modo se dará a prestação de labor pelo obreiro, moldando, a seu talante, a utilização da energia de trabalho. Deveras, o poder diretivo representa a contraface da subordinação do empregado, elemento caracterizador da relação empregatícia.

Mauricio Godinho Delgado denomina de poder empregatício o poder diretivo do empregador, identificando em seu bojo quatro tipos distintos de prerrogativas empresariais, quais sejam, poder diretivo ou organizativo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar⁽⁴⁾.

O poder disciplinar, como uma das faces do poder empregatício, constitui o mecanismo sancionador necessário para dar efetividade à gama de prerrogativas abarcadas pelo poder empregatício. Alice Monteiro de Barros o conceitua com maestria:

(2) *Op. cit.*, p. 52-53.

(3) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 197.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 590.

(1) SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52.

O poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho⁽⁵⁾.

Nesse contexto, faz-se mister consignar que há um nítido atrelamento entre a textura autoritária ou democrática da sociedade política e a forma de organização do mercado de trabalho e do espaço intraempresarial⁽⁶⁾.

De fato, nas primeiras experiências da dinâmica industrial, grassava uma estrutura verticalizante, assimétrica e autocrática de poder empregatício. Daí ter sido atribuído a este tipo de organização intraempresarial o epíteto de despotismo fabril⁽⁷⁾.

A democracia, que emerge em um quadro de amplas transformações sociais, econômicas e políticas, abre ensanchas para a construção de distintas modalidades de gestão trabalhista não autoritárias, de forma a melhorar objetivamente as relações de trabalho⁽⁸⁾.

É que o fenômeno contemporâneo democrático, em seu aspecto substancial, lança luz sobre um conceito do qual não se pode desgarrar: a participação. Assim:

No sentido substancial, Democracia traduz um conjunto de mecanismos de participação societária em qualquer estrutura ou relação de poder existente na sociedade, inclusive fora do âmbito institucional do Estado. Importa, pois, na noção de participação em núcleos de poder situados nos locais de trabalho, nos locais de residência e em qualquer instância em que haja relação hierarquizada entre pessoas e grupos sociais.⁽⁹⁾

Sob os influxos de uma sociedade democrática, o fator participação contribui, incisivamente, para tornar a empresa um espaço mais aberto ao diálogo e à integração entre os sujeitos que nele atuam, dando vez a um modelo de gestão democrática trabalhista.

Desse modo, a mudança operada no cenário empresarial nada mais é que reflexo das transformações pelas quais passou a sociedade com o sopro democrático. A democratização da sociedade política ocidental e, por via de consequência, da própria estrutura de poder vigente no ambiente empresarial, conduzem a uma necessária limitação do poder disciplinar do empregador.

Isso porque, sob a égide da democracia, os poderes, anteriormente concentrados na figura do empregador, sofreram fracionamento no âmbito intraempresarial, diante da valorização da vontade obreira e de suas mais diversas formas de participação.

Com a democratização do ambiente laboral, a relação de emprego assume maior complexidade, já que os obreiros passam a atuar mais proativamente na orientação do trabalho, inclusive de forma coletiva.

3. A incidência do devido processo legal na relação de emprego

Com o advento do Estado do Bem-Estar Social e o amadurecimento do constitucionalismo europeu pós-guerra, os direitos fundamentais tiveram seus lindes estendidos para além da ótica subjetivista típica do pensamento liberal-burguês, entabulando um novo paradigma nesta temática: a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Pela perspectiva objetiva, os direitos fundamentais não ficam adstritos à tarefa de servir como direitos subjetivos individuais, a serem invocados ante o Estado, mas constituem decisões valorativas da ordem constitucional, provendo diretrizes axiológicas que espraiam seus efeitos para toda a sociedade.

(5) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 609.

(6) DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 71.

(7) *Ibidem*, p. 147.

(8) *Ibidem*, p. 147-148.

(9) *Ibidem*, p. 78.

Ingo Wolfgang Sarlet assere que a face objetiva dos direitos fundamentais designa que:

Às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende essa perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁽¹⁰⁾

Transformaram-se em princípios vetores do ordenamento jurídico, valores essenciais da comunidade, formando um arcabouço axiológico básico que orienta a ação dos poderes públicos. Nessa linha, salutar transcrever ensinamento de Paula Sarno Braga, segundo o qual a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

(...) os reveste da condição de valores fundamentais de toda a sociedade, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. Tornam-se, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, norteando as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas.⁽¹¹⁾

Os direitos fundamentais, assim, em seu conjunto, veiculam uma ordem objetiva de valores, verdadeiro comando da vida social. De tal sorte, esta concepção tem o mérito de superar a pecha individualista que era atribuída aos direitos fundamentais para dotar-lhes de *status* valorativo, incidente em toda a comunidade.

Como consectário da dimensão objetiva, vem a lume a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais formam a base axiológica da ordem jurídica, impondo-se uma leitura das normas infraconstitucionais em consonância com os valores neles consagrados.

(10) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 144.

(11) BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 113.

O devido processo legal, como direito fundamental que é, compõe a moldura axiológica inculcada na Carta de 1988, o que significa que foi eleito como valor essencial da comunidade, apto a difundir sua incidência por todo o ordenamento jurídico e imputar novo tom na interpretação das normas infraconstitucionais.

Nesse passo, a cláusula do devido processo legal, dotada de conteúdo valorativo essencial, imprime uma nova tônica ao sistema justaba-lhista pátrio, o qual, no que toca ao exercício do poder disciplinar, ainda se encontra em estágio semiprimativo, pela incipiência de seu tratamento jurídico.

Não prevê o padrão legal celetista qualquer procedimento prévio ou *iter* a ser, necessariamente, respeitado no momento da aplicação de penas aos obreiros. Tampouco se mostra sensível ao modelo de cogestão no exercício do poder disciplinar.

Consubstanciando-se em decisão fundamental da Lei Maior, o *due process* incide em todas as searas do Direito e corresponde à diretriz e impulso para toda a legislação. Assim, o devido processo legal tem força normativa suficiente para engendrar uma mudança progressista no sistema de aplicação de penalidades trabalhistas plasmado na CLT, que se mostra assaz obsoleto diante do quadro axiológico delineado na Constituição de 1988 e do avanço democrático sentido neste campo nas nações mais desenvolvidas.

Impõe-se, assim, uma virada na ordem positiva no que concerne ao exercício do poder disciplinar, a exigir do Estado a tarefa de promover, da forma mais ampla possível, a tutela dos direitos fundamentais, pondo-os a salvo de violações e ameaças, inclusive das provindas de entes particulares, tudo na linha do reconhecimento dos deveres de proteção do Estado. Nesse sentido, cabe ao legislador trasladar os valores básicos insculpidos na Lei Maior — e dentre eles se inclui o devido processo legal — para a normatividade privada, a fim de maximizar a proteção aos direitos fundamentais.

Essas considerações assumem especial relevância na ordem juslaboral, a qual tem por objetivo melhorar as condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica, zelando pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O trabalho encontra-se intrinsecamente vinculado à autorrealização pessoal. Quando um indivíduo se insere numa relação de emprego, busca não somente garantir seu sustento e de sua família, mas também dar significado à sua vida. Por isso, não pode o ambiente empresarial ser reduzido a mero espaço destinado à produção econômica. Deve, para além disso, representar um instrumento que contribua para o desenvolvimento das potencialidades humanas do obreiro, na medida em que o trabalho propicia a ampla realização da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a essencialidade que envolve o conteúdo da relação empregatícia, é inconcebível que o empregador, exercendo unilateralmente o poder disciplinar, atinja direitos fundamentais dos trabalhadores, podendo, até mesmo, pôr fim ao contrato de trabalho, sem que para isto se faça necessária a observância de qualquer procedimento prévio.

Ora, avulta a importância de um procedimento justo e ordenado para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais que permeiam a relação de emprego, máxime no que concerne ao exercício do poder disciplinar, que pode culminar com a própria extinção do vínculo contratual, afetando, portanto, a própria esfera de dignidade humana, já que esta é concretizada, em grande parte, pelo trabalho do indivíduo.

É aí que entra o devido processo legal, que, “enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício do poder, deve vincular os particulares, para deter e reprimir abusos e desmandos privados e negociais”⁽¹²⁾.

(12) *Ibidem*, p. 204.

3.1. Critérios determinantes da intensidade dos efeitos dos direitos fundamentais na relação de emprego

Duas constatações parecem ter contribuído de forma determinante para a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas: primeiramente, deu-se conta de que há relação de poder no seio da sociedade, para além das relações com o Estado; também, a construção teórica da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, concebendo o conjunto de tais direitos como uma ordem de valores da comunidade, aplicável a todo o ordenamento jurídico, inclusive ao ramo privado⁽¹³⁾.

Esses dois fatores tiveram destacada importância para o reconhecimento doutrinário da aplicação dos direitos fundamentais ao universo privado, de forma a proteger os sujeitos contra agressões providas de outros particulares ou entidades da sociedade civil.

O eminente constitucionalista José Afonso da Silva ensina que os “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”⁽¹⁴⁾. Esse conceito serve como lembrete no sentido de que não se pode perder de vista que a finalidade dos direitos fundamentais é, em síntese, enaltecer a dignidade da pessoa humana, possibilitando a autodeterminação plena dos indivíduos.

Assim, como a dignidade e autonomia individuais podem sofrer abalos em relações jurídicas em que haja manifesto desequilíbrio, imperial admitir a oponibilidade dos direitos fundamentais frente a outros sujeitos privados.

(13) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Aparentamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192 e p. 144-145.

(14) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179.

Do contrário, ter-se-iam duas ordens diversas de aplicabilidade dos direitos fundamentais: uma pertinente às relações públicas e outra relativa às relações entre particulares, o que não pode ser aceito sem resistência, já que não há medidas distintas de dignidade ou de liberdade.

Com efeito, o escopo precípua dos direitos fundamentais é sempre o mesmo — assegurar, na maior medida possível, a realização da dignidade humana e da autodeterminação — o que não comporta soluções opostas em relações mantidas com o Poder Público e relações travadas entre particulares, porquanto em ambas pode o indivíduo ser submetido à opressão.

Contudo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode se dar da mesma maneira que nas relações entre cidadão e Estado. Isso se explica, basicamente, por dois fatores: primeiro, porque nas relações entre particulares, ambos os polos despontam como possuidores de direitos fundamentais; ainda, nas relações privadas há um elemento cuja presença não se pode extirpar, qual seja, a autonomia privada, que deve sempre ser ponderada com os direitos fundamentais que envolvem o caso concreto.

Daí muitos afirmarem que, na verdade, o problema da vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais cinge-se à questão da conciliação dos direitos fundamentais com os fundamentos do direito privado⁽¹⁵⁾.

Em se tratando de sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais nas relações privadas, um dos critérios que deve ser levado em conta é o grau de desigualdade fática entre as partes envolvidas.

Nessa esteira, Ingo Sarlet afere que se identificam dois grupos distintos de destinatários de direitos fundamentais, a partir da relação que aqueles mantêm com os titulares de tais direitos: relações marcadas pela desigualdade, travadas entre indivíduos e detentores de poder

social e relações em que predomina a igualdade — pelo menos virtual — entre as partes.

No primeiro caso, presente a relação de poder, paira relativo consenso acerca da possibilidade de transferência da eficácia vinculante dos direitos fundamentais para as relações entre particulares com força equivalente à que ocorre nas relações públicas, dada a semelhança para com estas. Reversamente, em se tratando de relações igualitárias, deve, em regra, prevalecer o princípio da igualdade. Nessas hipóteses, só se deve recorrer à eficácia direta quando houver ameaça de afronta à dignidade da pessoa humana ou à intimidade do sujeito. Portanto, para o referido autor, a colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada pressupõe sempre um exame tópico-sistemático, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto⁽¹⁶⁾.

A relação de emprego, sem sombra de dúvidas, enquadra-se como uma relação jurídica essencialmente desigual. De fato, a liberdade do obreiro na relação de emprego é notoriamente limitada. Afora a manifestação de vontade no sentido de travar o vínculo contratual (também esta, em última análise, limitada pelas circunstâncias socioeconômicas em que se insere grande parte da massa trabalhadora do país), o trabalhador tem sua atuação substancialmente restringida no desenrolar da relação empregatícia, já que adere a um contrato com cláusulas previamente estipuladas. Apesar de o conjunto de normas cogentes determinar um conteúdo mínimo ao contrato de trabalho, que acaba por atenuar a onipotência do empregador na pactuação empregatícia, ainda assim, é nítida a preponderância da atuação empresarial sobre a vontade obreira no ambiente laboral⁽¹⁷⁾.

Outrossim, a crescente valorização da participação coletiva obreira no espaço empresarial, infelizmente, ainda não logrou força suficiente para mudar essa realidade de superposição da

(15) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 380.

(16) *Op. cit.*, p. 381-383.

(17) DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 105.

vontade empresarial sobre a dos trabalhadores, não se podendo falar — no cenário nacional, frise-se — na tão propugnada cogestão empresarial. O pífio desempenho dos sindicatos brasileiros, tirante raras e honrosas agremiações profissionais que, de fato, possuem poder de barganha, corrobora esse entendimento.

Desse modo, na ponderação entre a liberdade do empregador, consubstanciada na prerrogativa de gerir a seu alvitre a dinâmica empresarial, e os direitos fundamentais titularizados pelos empregados, estes devem prevalecer. Isso porque a relação empregatícia, em verdade, não é campo profícuo para o desenvolvimento da autonomia privada, haja vista a manifesta disparidade entre os polos da relação contratual, o que enseja liberdade real para apenas um deles.

Sendo a relação de emprego revestida de uma clarividente desigualdade entre os envolvidos, nada mais lógico que defender uma aplicação mais intensa dos direitos fundamentais nesta seara, evitando, assim, que os direitos da parte mais vulnerável sejam lesionados. Assim, a ponderação de interesses inserida num contexto laboral já deve partir de um peso maior do direito fundamental em detrimento da autonomia privada, que, nesses termos, merece justificado contingenciamento.

Deveras, em face do poderio social que a empresa detém, as relações jurídicas travadas neste espaço assemelham-se àquelas em que o Estado participa, fazendo com que os direitos fundamentais incidam com força equivalente à que vigora nas relações públicas, de forma a reduzir a intensidade da autonomia privada.

À disparidade entre as partes envolvidas, insta acrescentar outro critério apto a influir na modulação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas: a natureza da questão analisada. Nesse sentir, quanto mais acentuada a essencialidade do bem jurídico para a vida humana, maior deverá ser a intensidade de sua aplicação ao âmbito privado. Se, reversamente, o bem for tido como supérfluo,

de conteúdo eminentemente econômico-patrimonial, a autonomia privada sofrerá contingenciamento mínimo. Destarte, assumindo a questão evidentes contornos existenciais, a tutela da autonomia privada deve se retrair ante a proeminência dos direitos fundamentais em jogo.

O trabalho humano, substrato da relação de emprego, é dotado de uma essencialidade ímpar. Por meio do trabalho, o indivíduo obtém o pagamento de verbas cruciais para prover seu sustento e o dos que dele dependem. Mas não só isso. O trabalho dignifica o homem, conferindo significado à sua existência. Representa, portanto, instrumento de otimização da dignidade humana. Nesse diapasão, as restrições à autonomia privada, em se tratando de relações empregatícias, deverão ser mais veementes, haja vista a grande valia e a indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores.

Ainda há outro critério que deve ser revelenciado para determinar a intensidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: a participação ou não daquele que teve seu direito fundamental atingido. Se não participou do ato violador, a autonomia do agente responsável pela lesão deve ser tolhida com mais ênfase. Se, ao contrário, participou do processo que acarretou a violação do direito fundamental de sua titularidade, cresce o campo para o livre desenvolvimento da autonomia privada.

Esse terceiro parâmetro de ponderação só corrobora com a tese de que os direitos fundamentais devem incidir com alta força e intensidade nas relações empregatícias, em especial no tocante ao exercício do poder disciplinar. A prerrogativa, tendencialmente concentrada na figura do empregador, de aplicar penalidades no âmbito intraempresarial é fonte potencial de ameaça aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sem que a estes seja garantida qualquer forma de participação na determinação do ato sancionador.

Com efeito, pelos moldes celetistas, é o empregador que, unilateralmente, decide se

o comportamento obreiro constitui conduta faltosa merecedora de repreensão sancionatória, bem como qual modalidade de penalidade deve ser aplicada dentre as previstas no ordenamento justarabalista.

Nesse contexto, a título ilustrativo, a suspensão de um empregado sem que seja observada a proporcionalidade que deve existir entre a infração disciplinar e a penalidade pode gerar abalo moral no obreiro, o qual, sendo afastado do ambiente de trabalho injustamente, tem sua honra e imagem violadas.

Os direitos fundamentais do obreiro também restam atingidos quando o empregador lança mão da penalidade mais severa constante do padrão celetista: a resolução por justa causa obreira. Malgrado a aplicação de tal sanção deva respeito ao requisito da tipicidade, à vista das hipóteses delineadas nos incisos do art. 482 da CLT, este preceptivo se vale de tipos eminentemente abertos, dispensando ao empregador ampla margem de discricionariedade na subsunção dos fatos à hipótese normativa.

Não obstante os efeitos drásticos causados pela cessação do vínculo laboral, com reflexos diretos na dignidade do trabalhador, este não conta com qualquer participação no ato que põe fim à relação de emprego, não lhe sendo dado sequer oportunidade para apresentar suas razões ou para produzir provas que demonstrem a veracidade de suas alegações, quadro que impõe uma restrição mais severa da autonomia da vontade do empregador neste mister.

Encontram-se aí esboçadas, portanto, as premissas que conferem supedâneo à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego, indicando o maior peso que deve ser atribuído a tais direitos quando ponderados com a autonomia privada no bojo das relações empregatícias, a um, porque estas são marcadas pela desigualdade fática; a dois, pois envolvem bens jurídicos essenciais à vida humana, de cunho indisponível; a três, porque, pelo atual modelo celetista, os trabalhadores não participam dos atos causadores de lesão

a seus direitos fundamentais, particularmente daqueles oriundos do poder disciplinar do empregador.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações de trabalho encontra, inclusive, respaldo na jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que, por oportuno, vale a pena colacionar:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º; CF, 1988, ART. 5º, *CAPUT*. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do PESSOAL da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE conhecido e provido. Precedente do STF: Ag n. 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ n. 119/465 (RE n. 161.243, DJ 19.12.1997).

Diante deste escorço caracterizador da incidência imediata dos direitos fundamentais às relações de emprego, sobressai a cláusula do devido processo legal como garantia eminente de contenção do abuso de poder no espaço empresarial, o qual se manifesta, sobretudo, no exercício do poder disciplinar.

3.2. A proceduralização do poder disciplinar

A eficácia direta do direito fundamental ao devido processo legal nas relações empregatícias impõe a proceduralização do exercício do poder disciplinar, cumprindo importante papel contingenciador na aplicação de sanções aos obreiros pelo empregador.

Ao discorrer sobre o devido processo legal, Ada Pellegrini Grinover, seguindo escólio de Comoglio, aduz que não haverá contrariedade ao princípio do devido processo legal quando for oferecida às partes processuais a oportunidade de fazer valer seus direitos na relação processual. A partir desta assertiva, retiram-se as seguintes ilações: 1. o princípio do devido processo legal aplica-se tanto para quem deduz a pretensão quanto para quem se defende; 2. os princípios processuais constitucionais aplicam-se sempre que possam restar atingidos os bens da vida, liberdade ou propriedade, independentemente da autoridade perante a qual a lesão concretamente ocorra; 3. por via de consequência, a cláusula do *due process* é requisito de constitucionalidade de qualquer procedimento pelo qual possa ocorrer a perda de direitos individuais constitucionalmente garantidos⁽¹⁸⁾.

Assim, nada mais lógico que preconizar a incidência imediata do direito fundamental ao devido processo legal às relações de emprego, em que o empregador, autoridade que concentra de forma tendencial o poder disciplinar, pode afetar direitos fundamentais dos trabalhadores.

O *due process* se apresenta como um super-princípio, um princípio-síntese, pois congrega em seu conceito diversos princípios constitucionais que, em seu conjunto, asseguram o acesso a uma ordem jurídica justa. São eles: o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório e ampla defesa, à razoabilidade e à proporcionalidade, à publicidade etc.⁽¹⁹⁾

Nelson Nery Junior chega a afirmar que:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam

aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.⁽²⁰⁾

Trata-se, a bem de se ver, de direito fundamental de conteúdo complexo⁽²¹⁾, cláusula propositadamente aberta, que calha à experiência jurídica preencher de acordo com as necessidades que emergem do contexto sociopolítico de cada época.

O devido processo legal, em sua acepção formal, tem por escopo assegurar o acesso a uma ordem jurídica justa, a partir da estipulação de uma sequência procedimental que deve ser respeitada, bem como de um conjunto de instrumentos indispensáveis para que a parte possa litigar em juízo de modo vigoroso e enfático.

Na valiosa lição de Ricardo Maurício Freire Soares, o devido processo legal, em sua acepção formal:

(...) significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação das normas jurídicas viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.⁽²²⁾

A cláusula do devido processo legal, em sua faceta formal, portanto, estabelece, então, uma série de balizas que devem ser observadas para conferir legitimidade ao ato normativo ou decisório. Para tanto, congrega em seu bojo várias garantias constitucionais de ordem processual.

(18) GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 40-41.

(19) BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 181.

(20) NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

(21) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 39.

(22) SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 68.

A primeira e talvez mais importante delas é a que diz respeito ao contraditório. Fredie Didier Jr., em interessante análise sobre o tema, aduz que o princípio do contraditório pode ser subdividido em duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão.

A participação substancia-se na faceta formal do contraditório, consistindo na garantia de ser ouvido, de ser comunicado dos atos processuais, de se fazer presente em audiência, de poder falar no processo etc. Engloba, portanto, aspectos classicamente atrelados ao princípio do contraditório, que asseguram tão somente a oportunidade de manifestação da parte. A possibilidade de influência na decisão, segundo o professor, representa o elemento substancial da garantia do contraditório. Significa que não basta que se permita a participação no processo, deve-se garantir à parte o que se denomina de poder de influência, vale dizer, aptidão de, efetivamente, influir no conteúdo da decisão⁽²³⁾.

O autor baiano sustenta que o contraditório é a democracia travestida de garantia processual. É que “democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder”⁽²⁴⁾. Assim, para haver processo democrático, deve-se assegurar equilíbrio e diálogo⁽²⁵⁾.

Em linha semelhante, Alexandre Freitas Câmara defende que o princípio do contraditório deve ser compreendido sob dois enfoques distintos: um jurídico e outro político. O primeiro, de acordo com o processualista, consiste na garantia de ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de manifestação sobre estes⁽²⁶⁾.

Por outro lado, aduz que o princípio do contraditório também possui índole política. É que cada ato ou exteriorização do poder estatal deve ser tido como um microcosmo do Estado Democrático de Direito. Toda manifestação do poder soberano do Estado, por sua vez, precisa ser legítima e, para tanto, exige-se a participação, ao menos potencial, dos que serão alcançados pelos efeitos do ato produzido. E essa participação no procedimento de que emanou o provimento estatal, no âmbito jurisdicional, concretiza-se, justamente, pela garantia constitucional do contraditório, cujo respeito confere legitimidade às decisões judiciais⁽²⁷⁾.

Sérgio Luiz Wetzel de Mattos defende que o contraditório não se restringe ao debate de questões pelas partes, numa simples mecânica de contraposição de alegações, mas abrange o exercício efetivo do direito de defesa no decorrer do processo, contribuindo para a formação do convencimento do juiz. Destarte, o escopo primordial do contraditório não é a defesa em si, que denota um cunho negativo, de mera contraposição e resistência aos argumentos arrolados pela contraparte, mas sim seu lado positivo, capaz de influenciar de modo ativo os rumos do processo, inclusive o conteúdo da decisão a ser proferida⁽²⁸⁾.

A aplicação imediata do direito ao processo devido, inclusive do contraditório, como desdobramento que é daquele, ao exercício do poder disciplinar pelo empregador implica, por conseguinte, em primeiro lugar, a ciência bilateral dos atos, rompendo com a unilateralidade impregnada ao mecanismo de aplicação de penalidades aos empregados.

Defende-se, assim, a proceduralização do exercício do poder disciplinar, cujos trâmites devem ser, necessariamente, comunicados ao empregado infrator, bem como ao sindicato

(23) *Op. cit.*, 2009, p. 57.

(24) DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 39.

(25) *Op. cit.*, p. 60.

(26) CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49-50.

(27) *Op. cit.*, p. 52-53.

(28) MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 205.

da categoria à qual pertence. Nesse contexto, cabe ao empregador comunicar tanto ao obreiro quanto à entidade sindical correspondente o cometimento da conduta faltosa, tão logo tome conhecimento do ocorrido.

Também preconizando a existência de um procedimento adequado entre a ciência do empregador e a efetiva punição do responsável, Otávio Calvet, Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes e Roberta Ferme Sivoletta escrevem que:

O estabelecimento de um procedimento de apuração de faltas prévio à aplicação de sanções traz garantias não só ao empregado, por instituir a possibilidade de defesa, mas também ao empregador eis que evita atuações precipitadas, incentivando a investigação acerca dos fatos.⁽²⁹⁾

Curial sublinhar que os atos integrantes deste procedimento devem ser escritos, desde a comunicação ao obreiro e seu sindicato até a decisão do empregador indicando a penalidade a ser aplicada, dotando este *iter* de maior segurança jurídica, além de facilitar a prova do cumprimento de suas etapas em caso de futura reclamação trabalhista.

A ciência do empregado e do sindicato ao qual se vincula permite a análise por estes dos requisitos que devem ser obedecidos pelo empregador na aplicação de sanções, como a imediatidade da punição, a não ocorrência de *bis in idem* e a proporcionalidade entre a falta e a punição.

Cumprido salientar que a participação do sindicato obreiro confere mais legitimidade ao procedimento, uma vez que a atuação agremiada atenua a hipossuficiência do obreiro. É que o empregador, de *per se*, já representa um ser de

ação coletiva, uma vez que sua atuação assume dimensões macro, com aptidão para atingir uma coletividade de pessoas, não apenas na esfera empresarial, como também no plano mais amplo da sociedade em que se insere.

Com a interveniência do sindicato, o empregado a quem foi imputada a infração disciplinar passa a contar com um aliado cuja missão constitucional é, justamente, promover a defesa dos direitos e interesses dos membros da categoria. Desse modo, a presença sindical se afigura crucial para a lisura do procedimento de aplicação de penalidades ao obreiro, permitindo a fiscalização do cumprimento de certas formalidades que devem ser, necessariamente, observadas pelo empregador, bem como cobrindo o obreiro de auxílio técnico quanto à sua participação no procedimento.

Retomando, a mera comunicação do cometimento da falta não basta para assegurar o respeito à garantia do contraditório, em sua vertente mais moderna. Com efeito, para garantir ao empregado o poder de influir na decisão a ser tomada pelo empregador, deve-se-lhe conferir prazo suficiente para promover sua defesa, providenciando diligências que aporem valor probatório às suas alegações.

Entra em cena, então, outra garantia processual, decorrente do devido processo legal e, também, de forma mais direta, do direito ao contraditório. Trata-se da garantia de produção de provas, que constitui faculdade atribuída à parte de se valer, no procedimento, de todos os elementos de convicção que colheu, com o fito de dar suporte à sua versão dos fatos.

Este direito, em se tratando da proceduralização do exercício do poder disciplinar, deve ser assegurado de forma ampla, por meio da fixação de prazo razoável para a produção de provas, levando em consideração, inclusive, a jornada de trabalho prestada pelo obreiro; pela participação efetiva deste na etapa instrutória do procedimento, a fim de evitar a manipulação de elementos probatórios pelo empregador; por derradeiro, deve-se dar ao empregado a

(29) CALVET, Otávio; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; MENEZES, Cláudio Armando Couce de; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos.html>> Acesso em: 28 abr. 2010. p. 14.

oportunidade de se manifestar acerca das provas apresentadas pelo empregador, impugnando as que considerar infundadas e apresentando contraponto, se considerar necessário.

Atentando para eventual dificuldade do obreiro para produzir provas ante a carga de trabalho a ser cumprida, Otávio Calvet, Cláudio Armando Couce de Menezes, Glaucia Gomes Vergara Lopes e Roberta Ferme Sivoletta advertem que:

A concessão de prazo pelo empregador para a defesa deve ser suportada, única e exclusivamente, pelo próprio tomador dos serviços, não sendo possível imaginar-se, para garantia dos direitos fundamentais em análise, que possa o empregado sofrer prejuízo diante da necessidade de gastar tempo para se defender da acusação que lhe foi feita. Não há dúvidas, portanto, que o trabalhador não pode ser compelido a utilizar parcela do seu tempo livre, garantido pelo direito ao lazer, consagrado como fundamental pelo art. 6º da Carta Magna, para produzir sua resposta, devendo o empregador conceder tempo no próprio expediente de trabalho para esse mister, sendo considerado o período em questão como interrupção do contrato de trabalho, vale dizer, tempo de licença remunerada. Justifica-se tal medida pelo fato de se garantir, materialmente, que o trabalhador possa de forma adequada e suficiente exercer seu direito de resposta, pois a fragilidade de sua condição de hipossuficiente, aliada à virtual dificuldade econômica, ensejaria, na realidade, o insucesso da medida em questão, não sendo possível a garantia meramente formal do prazo de resposta. De outro lado, pode ser necessário que, para obtenção das provas que lhe sejam favoráveis, necessite o trabalhador diligenciar, durante o horário de trabalho, por elementos que embasem sua tese de resposta, tal como entrevistas a colegas, exames de materiais, enfim, tudo que seja necessário para efetiva apresentação de sua defesa.⁽³⁰⁾

(30) *Ibidem*, p. 14-15.

Nesse diapasão, ainda que não se trate de um processo imparcial, já que quem tomará a decisão é o próprio empregador, diretamente envolvido na questão, cumpre assegurar ao máximo a paridade de armas. Isso significa que devem ser conferidos aos litigantes os mesmos meios processuais e as mesmas oportunidades para que possam fazer valer seus direitos, de modo a influir, efetivamente, no resultado final, dependendo disto a regularidade do procedimento.

Somente após a apresentação das razões do empregado, bem como das provas em que se pauta para sustentar suas alegações, poderá o empregador aplicar a penalidade que entender adequada à situação.

Importante assinalar que todo esse *iter* deve correr em sigilo, é dizer, a comunicação dos atos procedimentais deve se restringir ao empregado a que se imputa a infração disciplinar e ao respectivo sindicato, a fim de se preservarem os direitos fundamentais do obreiro, em especial sua honra e imagem.

Apesar da incipiência da ordem justabalhista pátria sobre o tema, no âmbito internacional a questão foi tratada de forma expressa pela Convenção Internacional n. 158 da OIT, lamentavelmente denunciada pelo Presidente da República. Confira-se:

Art. 7. Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.⁽³¹⁾

Frise-se que, no momento da deliberação do empregador, incide outro desdobramento do direito ao processo devido, qual seja, a motivação das decisões. Calha ao empregador expor os fundamentos de fato e de direito que o levaram a decidir pela aplicação de determinada

(31) Disponível em: <<http://www.institutoamp.com.br/oit158.htm>> Acesso em: 28 abr. 2010.

sanção disciplinar, apresentando a linha de raciocínio percorrida para formar seu convencimento, combalindo, desta forma, o arbítrio e a violação desarrazoada aos direitos do trabalhador. Nesse mister, incumbe ao empregador fundar seu ato decisório no acervo probatório produzido, não podendo, simplesmente, negligenciar as provas do obreiro que não se alinham à sua versão.

Felizmente, os Tribunais do Trabalho do país já acenam neste sentido, mostrando-se sensíveis à questão da limitação do poder disciplinar:

Precedente Normativo n. 28 da Seção de Dissídios Coletivos do TRT da 15ª Região — Despedida por justa causa — Comunicação dos motivos por escrito: Os empregadores informarão aos empregados despedidos os motivos determinantes do despedimento, por escrito.

Precedente Normativo n. 66 Seção de Dissídios Coletivos do TRT da 15ª Região — Suspensão — Comunicação por escrito: Presumir-se-á injusta a suspensão de empregado, quando não lhe forem informados os motivos determinantes, por escrito.

Na etapa decisória, também o devido processo legal substancial deve vincular diretamente o empregador. O *substancial due process* perfaz relevante mecanismo de contenção de exercício do poder disciplinar quanto ao conteúdo dos atos decisórios que resultem na aplicação de penalidades, de maneira a tutelar os direitos fundamentais dos trabalhadores.

É que o devido processo legal, em sua perspectiva substancial, fixa uma limitação legítima ao poder estatal, autorizando que a atividade jurisdicional censure leis e atos administrativos que vulneram o princípio da razoabilidade e dogmas democráticos, bem como que a própria aplicação do direito pelos juízes seja comprometida com a proteção dos valores constitucionais e com o princípio da proporcionalidade⁽³²⁾.

(32) No mesmo sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto008.doc>> Acesso em: 21 abr. 2010. p. 4.

Dessa feita, as sanções porventura aplicadas devem estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que traduz um nítido contingenciamento do poder disciplinar, a fim de que seu exercício seja conduzido com respeito aos direitos fundamentais em jogo, com destaque para a dignidade humana e para o valor social do trabalho. Assim, a perspectiva substancial do direito ao processo devido passa a compreender todo *iter* processual sob a égide de preceitos constitucionais valorizadores da existência humana, não podendo a proceduralização do exercício do poder disciplinar carecer deste aspecto.

Defende-se que o desatendimento de qualquer das formalidades acima delineadas dá azo à nulidade da penalidade aplicada, o que pode ser pleiteado até mesmo na via judicial. A decisão judicial, nesse caso, não invadirá o mérito do ato sancionatório, substituindo as razões do empregador pelas suas quanto à gravidade da falta e ao grau de culpabilidade do empregado. Tão somente tornará nula a penalidade aplicada, restituindo às partes o *status quo ante*, em face do descumprimento de requisito essencial para a validade do procedimento.

Emílio Gonçalves já se posicionou sobre o tema⁽³³⁾:

Embora não haja prescrição legal a respeito na lei trabalhista, é de toda a conveniência que a aplicação das sanções disciplinares obedeça a um processo disciplinar. (...) Justifica-se a adoção dessas normas para o fim de garantir que não sejam cometidas injustiças contra o empregado, prevenindo erros e arbitrariedades ou mesmo precipitação na imposição de sanções disciplinares, de modo a evitar que a penalidade imposta venha a ser cancelada pela Justiça do Trabalho, com grave repercussão para a empresa.

E não se diga que se trata de concepção absolutamente inédita na ordem jurídica trabalhista,

(33) GONÇALVES, Emílio. O contrato de trabalho e o poder disciplinar do empregador. In: *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho* — Contrato individual do trabalho, n. 2, ano II, p. 21-30, 1994, p. 29.

uma vez que o próprio TST, em sua jurisprudência pacificada, prega que a não observância de inquérito ou sindicância, quando haja previsão nesse sentido no regulamento empresarial, implica a nulidade da punição aplicada:

Súmula n. 77 da Jurisprudência Predominante do TST: Punição. Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.

Frise-se que o estabelecimento de uma ritualística interna — inquérito ou sindicância — por meio de regulamento empresarial, malgrado represente um avanço em relação ao sistema celetista atualmente vigente, não se mostra como a solução ideal, em razão da origem normalmente unilateral da norma regulamentar, já que tende a ser elaborada a partir da vontade privada do empregador. Assim, diante da inércia do legislador ordinário em proceder ao impulso renovador do padrão normativo celetista atual, o desenlace da questão deve perpassar, necessariamente, por métodos valorizadores da atuação obreira, especialmente sob a forma coletiva.

A exigência do estabelecimento de certas etapas no exercício do poder disciplinar, com a necessária participação do empregado a que se imputa a conduta faltosa, além de decorrer da eficácia imediata do direito fundamental ao devido processo legal e seus consectários, pode ser tida como exigência da própria democratização do espaço intraempresarial.

Quando se fala em democracia, a primeira ideia que vem à mente é a de participação. É que, de acordo com o ideal democrático, toda manifestação de poder, consubstanciada em um ato decisório, para ser legítima, precisa contar com a participação, ao menos potencial, dos que serão atingidos pelos efeitos do ato produzido. Sendo a empresa um centro de poder, forçoso reconhecer que a manifestação deste poder pressuponha a participação daqueles que terão seu patrimônio jurídico afetado pela medida.

No que toca ao poder disciplinar, faz-se, então, necessária a participação do empregado a que se atribui o comportamento faltoso na aplicação de eventual penalidade. Para tanto, impende estabelecer um *iter* a seguido, com a observância de certas formalidades procedimentais e, em especial, apreço pelo contraditório, o qual constitui garantia por excelência de um processo democrático, ao possibilitar equilíbrio e diálogo no exercício do poder disciplinar.

A invasão democrática no espaço empresarial também é sentida pela possibilidade de construção de métodos de gestão trabalhista que realçam a cooperação, participação e valorização dos obreiros na dinâmica produtiva⁽³⁴⁾, viabilizados, especialmente, pela atuação do sindicato profissional, com aptidão, inclusive para estabelecer uma nova esfera de normatividade justralhista, por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho.

Assim, enquanto o legislador não promover a virada positiva no que tange ao exercício do poder disciplinar, fixando parâmetros para a aplicação de penalidades no âmbito laboral, cumpre aos sindicatos obreiros entabular negociações coletivas sobre a temática, de forma a combater abusos do empregador e melhor tutelar os direitos fundamentais dos empregados. É esse o caminho para uma efetiva gestão empresarial democrática.

4. Considerações finais

1. O sistema laboral pátrio urge por uma reforma no que tange à prática do poder disciplinar, de modo a adequar-se ao novo paradigma trabalhista entabulado pela Carta de 1988 e aos influxos democráticos que já ecoam no ambiente empresarial, especialmente por meio da atuação coletiva obreira.

2. A dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela que estes representam um arcabouço axiológico que provê diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a

(34) DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. p. 153.

jurisprudência. O rol de direitos fundamentais veicula uma ordem objetiva de valores estampada na Constituição que espalha seus efeitos para toda a sociedade.

3. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode se dar do mesmo modo que nas relações entre cidadão e Estado. Isso porque, nas relações entre particulares, ambos os polos são titulares de direitos fundamentais. Ademais, há o fator autonomia privada, que deve sempre ser ponderada com os direitos fundamentais que circundam o caso concreto.

4. Nesse sopesamento, três critérios devem ser levados em conta: a desigualdade fática entre as partes envolvidas; a natureza do bem jurídico em jogo; e a participação ou não daquele que teve seu direito fundamental atingido.

5. O direito fundamental ao devido processo legal compõe a moldura axiológica plasmada na Carta de 1988, o que significa que foi eleito como valor essencial da comunidade, apto a difundir sua incidência por todo o ordenamento jurídico e imputar novo tom na interpretação das normas infraconstitucionais. Destarte, o devido processo legal tem força normativa suficiente para engendrar uma mudança progressista no sistema de aplicação de penalidades trabalhistas inculcado na CLT, que se mostra ineludivelmente anacrônico diante do quadro axiológico esposado pela Constituição de 1988 e do avanço democrático sentido nesta seara nas nações mais desenvolvidas.

6. A tese da eficácia direta dos direitos fundamentais encontra campo fértil nas relações de emprego, indicando o maior peso que deve ser atribuído a tais direitos quando ponderados com a autonomia privada no bojo de relações empregatícias, a um, porque estas são marcadas pela desigualdade fática; a dois, pois envolvem bens jurídicos essenciais à vida humana, de cunho indisponível; a três, porque, pelo modelo celetista, os trabalhadores não participam dos atos causadores de lesão a seus direitos fundamentais,

particularmente daqueles oriundos do poder disciplinar do empregador.

7. Em tema de incidência imediata dos direitos fundamentais às relações de emprego, sobressai a cláusula do devido processo legal, a qual cumpre relevante papel contingenciador na aplicação de sanções aos obreiros pelo empregador, impondo a procedimentalização do exercício do poder disciplinar.

8. O desatendimento de qualquer das formalidades desse *iter* procedimental dá azo à nulidade da penalidade aplicada, o que pode ser pleiteado até mesmo na via judicial, devendo-se frisar que, nesse caso, não se analisará o mérito do ato sancionatório, mas tão somente se tornará nula a penalidade aplicada, restituindo às partes o *status quo ante*, em face do descumprimento de requisito essencial para a validade do procedimento.

9. A exigência do estabelecimento de determinadas etapas pelas quais deve perpassar o poder disciplinar, com a necessária participação do empregado a que se imputa a conduta faltosa, pode ser sustentada também a partir da noção de democratização do ambiente empresarial.

10. Enquanto o legislador não promover a virada positiva concernente ao exercício do poder disciplinar, fixando parâmetros coerentes com os ideais democráticos, calha aos sindicatos profissionais entabular negociações coletivas sobre a matéria, de modo a combater os abusos perpetrados pelo empregador e melhor tutelar os direitos fundamentais dos empregados. Essa é a linha deferente a uma efetiva gestão empresarial democrática, valorizadora da cooperação e participação dos obreiros na dinâmica produtiva.

5. Referências bibliográficas

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CALVET, Otávio; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; MENEZES, Cláudio Armando Couce de;

SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos.html>> Acesso em: 28 abr. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I, 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

_____. *O poder empregatício*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1, 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

GONÇALVES, Emílio. O contrato de trabalho e o poder disciplinar do empregador. In: *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho* — Contrato individual do trabalho, n. 2, ano II, p. 21-30, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: <<http://>

www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto008.doc> Acesso em: 21 abr. 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: JusPodivm, 2008.

Redução da actividade ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial — a actualidade do *lay off* em Portugal

Susana Sousa Machado^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo consiste numa análise do *lay off* no ordenamento jurídico-laboral português. O *lay off* pode configurar a modalidade de suspensão do contrato de trabalho nas situações em que se mantém o vínculo mas não se verifica a prestação de trabalho nem a correspondente retribuição. Mas o *lay off* pode ainda surgir na modalidade de redução dos períodos normais de trabalho, em que o trabalhador é retribuído na proporção da respectiva prestação de trabalho. Esta reflexão pretende analisar o regime jurídico do *lay off* em Portugal e enfatizar que esta não poderá ser uma medida para responder a qualquer tipo de situação de crise empresarial.

Palavras-chave:

- ▶ *Lay off* — suspensão do contrato de trabalho — redução da actividade — crise empresarial.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Apresentação do tema
 - ▶ 1.1. Um fenómeno recente
 - ▶ 1.2. Crise empresarial enquanto facto imputável ao empregador
- ▶ 2. Redução da actividade e suspensão do contrato
- ▶ 3. Regime jurídico
 - ▶ 3.1. Requisitos que fundamentam o recurso à redução da actividade ou suspensão do contrato
 - ▶ 3.2. Procedimento
 - ▶ 3.3. Duração da medida
 - ▶ 3.4. Direitos e deveres das partes

(*) Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Docente de Direito do Trabalho no Instituto Politécnico do Porto – ESTGF.

- 4. Uma decisão (unilateral!) do empregador
- 5. Referências bibliográficas

Abstract:

- The present research consists on an analysis of the lay-off in the Portuguese labour law. An employee lay-off is the suspension of a labor contract when work is unavailable, and the contract is still in force but the employer neither provides the employee with work nor pays him according to the contract. But lay-off also could be working less time for proportionately less pay because of a shortage of work. This paper, intends to analyze the legal regimen of lay-off and to emphasize that this is not a remedy for all the enterprise crises.

Key-Words:

- Lay off — suspension of the contract — reduction of the activity — enterprise crisis.

1. Apresentação do tema

Atendendo à realidade do nosso quotidiano, julgamos de assaz importância reflectir sobre uma medida de resposta à crise empresarial prevista no Código do Trabalho: o *lay off*. Trata-se de uma redução temporária dos períodos normais de trabalho ou suspensão dos contratos de trabalho efectuada por iniciativa do empregador, com ou sem acordo dos trabalhadores, durante um determinado período de tempo em virtude dos motivos de mercado; estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa. Tais medidas devem ser indispensáveis para assegurar a viabilidade económica da empresa e a manutenção dos postos de trabalho.

O crescimento do recurso a esta medida levanta inúmeras inquietudes, designadamente, pelo respectivo paradigma normativo assentar, em nossa opinião, num modelo de totalitarismo mitigado do empregador. Por isso, o controle do empregador e o respeito por todos os condicionalismos legalmente impostos assumem-se de relevância extrema como forma de evitar o uso e abuso de uma medida que, segundo cremos, deve representar uma *ultima ratio* na viabilização da empresa. Repare-se, ainda, que o Código do Trabalho regula em conjunto os

dois institutos, ou seja, a suspensão do contrato e a redução da actividade.

Por isso mesmo, alertamos para o facto de a nossa reflexão ter um cariz meramente jurídico, sem tentar meter a foice em cera alheia no que diz respeito, por exemplo, à Gestão.

1.1. Um fenómeno recente

As empresas recorrem cada vez mais à suspensão de contratos ou à redução dos períodos normais de trabalho. Trata-se de uma medida de resposta a uma situação de crise empresarial, prevista na lei, que tem conhecido um aumento expressivo no mundo empresarial português.

Actualmente, as empresas estão a tomar medidas de redução do período normal de trabalho e de suspensão dos contratos como forma de relançar os seus negócios, pela redução dos custos com mão de obra, sem que se extinga o vínculo laboral entre o empregador e o trabalhador. Esta medida assenta, idealmente, no facto de, quando estiver garantida a viabilidade da empresa, os trabalhadores poderem regressar aos seus postos de trabalho.

É conhecido que o número de processos de *lay off* tem aumentado consideravelmente em Portugal, levando a Segurança Social a gastar avultadas quantias com as compensações

retributivas dos trabalhadores afectados, isto porque, como veremos adiante, o pagamento daquela compensação é repartido entre o empregador e a Segurança Social.

Trata-se, portanto, de um instituto com consagração legal desde há várias décadas, mas cuja utilização sempre foi muito limitada, até aos últimos dois anos, o que se percebe facilmente pela parca jurisprudência existente nesta área.

1.2. Crise empresarial enquanto facto imputável ao empregador

Quando analisamos a suspensão do contrato de trabalho quanto à sua causa, apuramos que aquela pode ocorrer em razão do impedimento se verificar na esfera do trabalhador ou do empregador. Isto porque “a possibilidade de prestação de trabalho está duplamente condicionada: do lado do trabalhador requer que este se encontre à disposição do empregador; por parte deste último, é necessário que seja fornecida a oportunidade do trabalho (lugar, tempo e condições materiais)”⁽¹⁾.

A suspensão do contrato em situação de crise empresarial, objecto do presente estudo, insere-se, é claro, na segunda causa enunciada já que a decisão assenta em factores objectivos e imperiosos relacionados com o fornecimento das condições de trabalho pelo empregador.

Note-se, ainda, que, a par da suspensão por facto respeitante ao empregador, é também regulamentada a redução temporária do período normal de trabalho, em que não ocorre uma interrupção na laboração da empresa mas tão só uma alteração no seu modo de funcionamento.

O empregador pode, assim, reduzir os períodos normais de trabalho ou suspender os contratos de trabalho “por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa”, observando certos procedimentos, “desde que tal medida

seja indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (art. 298º, n. 1)⁽²⁾. Realce-se, portanto, que a redução temporária dos períodos normais de trabalho ou a suspensão dos contratos de trabalho é sempre efectuada por iniciativa do empregador.

Em suma, o Código adoptou uma sistematização que diferencia a suspensão por facto respeitante a trabalhador (art. 296º e segs.) da redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão por facto respeitante ao empregador (art. 298º e segs.), e dentro desta última é feita a distinção entre situações de crise empresarial (art. 298º e segs.) e encerramento e diminuição temporários de actividade (art. 309º e segs.). Por fim, é prevista a licença sem retribuição (art. 317º e segs.) e a pré-reforma (art. 318º e segs.).

2. Redução da actividade e suspensão do contrato

Ora, a nossa reflexão irá centrar-se, precisamente, no tratamento específico que é dado pelo Código do Trabalho aos casos em que a suspensão do contrato ou a redução do período normal de trabalho se mostre “indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” e encontrem fundamento em “motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa” (art. 298º, n. 1). Pois bem, o Código do Trabalho abrange a redução temporária do período normal de trabalho e a suspensão do contrato de trabalho num mesmo bloco normativo.

Para Monteiro Fernandes, trata-se de uma “forma atípica de suspensão do contrato de trabalho por razões ligadas à empresa”⁽³⁾, em resultado de três factores. Em primeiro lugar,

(1) FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 501.

(2) Todas as referências legais efectuadas ao longo do presente texto, dizem respeito ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro.

(3) FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 509.

não pressupõe a impossibilidade material da prestação de trabalho dado que a empresa pode continuar a laborar, por outro lado, tem um carácter individualizado e selectivo quanto aos trabalhadores a abranger e, por fim, a existência de uma compensação retributiva que vai substituir a remuneração⁽⁴⁾.

Em termos genéricos, quando se fala de *suspensão* do contrato de trabalho estamos a fazer referência a uma situação em que o vínculo se mantém apesar da interrupção de alguns dos seus efeitos, designadamente a obrigação de trabalhar e, eventualmente, o dever de pagar a retribuição⁽⁵⁾.

Em alternativa à suspensão do contrato, o legislador prevê a *redução* da actividade para responder a necessidades empresariais com a mesma natureza. Esta decisão do empregador de reduzir a actividade irá conduzir a uma compressão do tempo de laboração da empresa ou estabelecimento, com reflexos nos períodos normais de trabalho mas sem que a empresa encerre. Verifica-se, portanto, “apenas uma alteração quantitativa do seu funcionamento, da qual não resulta a paralisia dos contratos de trabalho, mas apenas uma modificação temporária na sua execução”⁽⁶⁾. A redução do período normal de trabalho pode dizer respeito a um ou mais períodos normais de trabalho, diários ou semanais, podendo respeitar a diferentes grupos de trabalhadores, rotativamente, ou, ainda, à diminuição do número de horas correspondente ao período normal de trabalho diário ou semanal (art. 298º, n. 2). Desta forma, poderemos afirmar que, no que se refere à redução do período normal de trabalho, o legislador concedeu ao empregador um vasto campo de acção quanto às possibilidades de actuação.

Efectuada a introdução quanto aos dois institutos, previstos no Código do Trabalho, que

permitem responder a uma situação de crise empresarial, enquanto medidas indispensáveis para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, segue-se a análise do respectivo regime jurídico.

3. Regime jurídico

O recurso à redução da actividade ou à suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial exige a observância de um procedimento, em que se respeite um conjunto de requisitos e pressupostos. Na análise do regime jurídico em causa, iremos destacar os seguintes aspectos: requisitos que fundamentam a sua utilização, procedimento, duração e relação entre as partes durante a redução ou suspensão da prestação de trabalho. Vejamos.

3.1. Requisitos que fundamentam o recurso à redução da actividade ou suspensão do contrato

Segundo a leitura que fazemos das normas do Código do Trabalho, o recurso à suspensão do contrato de trabalho ou à redução do período normal de trabalho só é possível nas situações em que a actividade normal das empresas esteja *transitoriamente* e de *forma grave* afectada por *motivos de mercado, estruturais* ou *tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências*, e estas medidas representem o modo mais adequado de *assegurar a viabilidade* económica da empresa e, simultaneamente, de garantir a *manutenção dos postos de trabalho*. O regime da redução ou suspensão é ainda aplicável aos casos em que tal medida seja determinada no âmbito de declaração de empresa em situação económica difícil ou, com as necessárias adaptações, em processo de recuperação de empresa (art. 298º, n. 3).

Assim sendo, poderemos retirar os seguintes requisitos para que o empregador possa recorrer a este mecanismo:

- a) *Verificar-se uma situação de crise empresarial, por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos, catástrofes ou outras ocorrências que tenham afectado gravemente a actividade*

(4) *Idem*.

(5) Sobre a noção, efeitos e regime jurídico da suspensão do contrato de trabalho, veja-se FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 485 e segs.

(6) *Ibidem*, p. 514.

da empresa (art. 298º, n. 1). Todavia, no âmbito da matéria que estudamos, o Código não define os conceitos referidos mas utiliza técnica diferente para efeitos de despedimento colectivo no art. 359º, n. 2, definindo motivos de mercado, motivos estruturais e motivos tecnológicos⁽⁷⁾. Assim sendo, parece pacífico que se “pode recorrer a esta norma para integrar as referências” do art. 298º⁽⁸⁾. Mas, note-se, essa remissão para os conceitos definidos no âmbito do despedimento colectivo é expressamente efectuada no caso do despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 367º, n. 2 remete para o art. 359º, n. 2), sem que o seja no caso em análise.

b) *Tornar-se indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho* (art. 298º, n. 1, *in fine*). Repare-se que não basta que se verifique, por exemplo, uma catástrofe, ou qualquer outro dos motivos indicados, por mais grave que seja, para que haja fundamento para recorrer à suspensão do contrato ou à redução da actividade, pois é necessário, ainda, que esses factores tenham afectado gravemente a actividade normal da empresa de tal modo que está posta em causa a sua

viabilidade, bem como a manutenção dos postos de trabalho.

c) *Tratar-se de uma medida temporalmente limitada* (at. 298º). Na esteira do que foi referido, já que a redução da actividade e a suspensão do contrato visam assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho, ou seja, devolver vida à empresa, só poderão ser utilizadas a título temporário. E essa concretização de um princípio genérico é consagrada no art. 301º, n. 1, na medida em que a “redução ou suspensão deve ter uma duração previamente definida, não superior a seis meses ou, em caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afectado gravemente a actividade normal da empresa, um ano”, sem prejuízo de este prazo poder ser prorrogado nos termos do n. 3 do mesmo artigo. Consideramos, portanto, que, apesar da situação de crise empresarial, é previsível a sua recuperação, sob pena de não ser possível o recurso ao *lay off*.

d) *Prioridade da redução do período normal de trabalho*. Por fim, embora sem fundamento exposto no Código, entendemos que o empregador só poderá recorrer à suspensão dos contratos de trabalho quando a redução do período normal de trabalho não for suficiente para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho⁽⁹⁾.

(7) No âmbito do art. 359º, n. 2, encontramos as seguintes definições: *motivos de mercado*: redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esses bens ou serviços no mercado; *motivos estruturais*: desequilíbrio económico-financeiro, mudança de actividade, reestruturação da organização produtiva ou substituição de produtos dominantes; *motivos tecnológicos*: alterações nas técnicas ou processos de fabrico, automatização de instrumentos de produção, de controle ou de movimentação de cargas, bem como informatização de serviços ou automatização de meios de comunicação. Note-se ainda que para XAVIER, Bernardo Lobo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004. p. 445 e segs., mesmo que as razões económicas e tecnológicas resultem de uma má gestão, nada impede a aplicação do *lay off*.

(8) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Parte II — situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2006. p. 703.

(9) Neste sentido, GOMES, Júlio. *Direito do trabalho*. Relações individuais de trabalho. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 864. No entanto, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Parte II — situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2006. p. 703; em sentido divergente, entende que “cabe ao empregador optar por uma destas medidas, de acordo com a avaliação que faça da situação” apontando que a Lei da Suspensão do Contrato de Trabalho, em que era prevista a subsidiariedade da medida suspensão do contrato em relação à medida redução do tempo de trabalho, não era a “melhor solução atendendo a que apenas o empregador está em posição de avaliação a situação concreta da empresa e, perante essa avaliação, decidir qual a medida mais adequada”. Pela nossa parte não temos dúvidas em afirmar que é o empregador que melhor conhece a situação interna da empresa mas isso não significa que ele tomará a medida que menos

3.2. Procedimento

O Código do Trabalho determina que o empregador siga todo um procedimento em que terá de descrever e demonstrar os fundamentos que justificam a medida de suspensão ou redução. Trata-se de um procedimento formal que visa preparar a decisão unilateral do empregador de suspensão ou redução.

a) *Fase preliminar.* Trata-se de uma fase em que o empregador comunica, por escrito, à comissão de trabalhadores ou, na falta desta, à comissão intersindical ou comissões sindicais da empresa representativa dos trabalhadores a abranger, a intenção de reduzir ou suspender a prestação de trabalho, fazendo acompanhar esta comunicação de um conjunto de outras informações (art. 299º, n. 1)⁽¹⁰⁾. Na ausência das entidades referidas, o empregador comunica, por escrito, a cada trabalhador a abranger a intenção de reduzir ou suspender a prestação de trabalho (art. 299º, n. 1)⁽¹¹⁾. Repare-se que, nesta fase, o empregador apenas está movido por uma intenção de suspender os contratos ou reduzir a actividade, ainda não tomou nenhuma decisão, a qual pode até nunca chegar a ocorrer.

afecta as relações de trabalho. No fundo, e como veremos adiante, não podemos aceitar que o empregador tenha à sua disposição como verdadeiras opções alternativas a redução da actividade e a suspensão do contrato para delas fazer uso, *quicá* arbitrário.

- (10) Esse conjunto de informações, previstas no art. 299º, n. 1, diz respeito ao seguinte:
- fundamentos económicos, financeiros ou técnicos da medida;
 - quadro de pessoal, discriminado por secções;
 - critério para selecção dos trabalhadores a abranger;
 - número e categorias profissionais dos trabalhadores a abranger;
 - prazo de aplicação da medida;
 - área de formação a frequentar pelos trabalhadores durante o período de redução ou suspensão, sendo caso disso.
- (11) Note-se que, neste caso, os trabalhadores têm 5 dias para eleger uma comissão representativa (entre 3 a 5 elementos), consoante a medida envolva até 20 ou mais trabalhadores. De seguida, a empresa envia a esta comissão um documento com a mesma informação que teria de enviar, caso houvesse uma organização representativa de trabalhadores (art. 299º, n. 2 *in fine*).

b) *Fase de negociação.* Após a fase de manifestação de intenções, segue-se uma fase de informações e negociação entre o empregador e a estrutura representativa dos trabalhadores, com vista à obtenção de um acordo sobre a modalidade (redução ou suspensão), âmbito e duração das medidas a adoptar (art. 300º, n. 1), sendo elaborada acta destas negociações⁽¹²⁾.

c) *Fase de decisão.* Celebrado o acordo, ou na falta deste, decorridos 10 dias sobre a data de comunicação do início do processo, as empresas devem comunicar, por escrito, a cada trabalhador a modalidade de trabalho que decidem aplicar (redução horária ou contrato suspenso), qual o seu fundamento (causa) e qual a sua duração (art. 300º, n. 3). A estrutura representativa dos trabalhadores e o serviço competente do ministério responsável pela área da segurança social deverão receber a acta da negociação, bem como um conjunto de outras informações relativamente às medidas tomadas (art. 300º, n. 4).

3.3. Duração da medida

A redução ou suspensão, resultante quer de acordo com a estrutura representativa dos trabalhadores ou unilateralmente determinada pelo empregador deve ter uma duração previamente decidida não superior a seis meses. No entanto, em caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afectado gravemente a actividade normal da empresa, o prazo de suspensão ou redução pode ser de um ano. Ambos os prazos podem ser prorrogados⁽¹³⁾ por mais seis meses desde que a estrutura representativa dos trabalhadores não se oponha (art. 301º, n. 3)

(12) Nos termos do n. 2 do art. 300º, as actas devem conter matérias acordadas, bem como das divergências e propostas da empresa e organização de trabalhadores.

(13) Sobre a comunicação da prorrogação do *lay-off* e outras questões conexas, veja-se, com muito interesse, o Acórdão do STJ, Processo n. 08S2061, de 22.10.2008, disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>.

ou, na falta desta, quando o trabalhador manifeste por escrito o seu acordo (art. 301º, n. 4).

Repare-se que é curioso o facto de a prorrogação da medida exigir a não oposição da estrutura representativa dos trabalhadores mas, quando se refere ao trabalhador, com menor poder negocial e menos conhecedor das exigências em causa, o legislador, com vista à sua protecção, já exige o acordo expresso do trabalhador e não uma mera ausência de oposição como acontece no primeiro caso. É, pois, uma solução que merece o nosso aplauso.

3.4. Direitos e deveres das partes

Durante o período de redução ou suspensão, o Código do Trabalho regula um conjunto de direitos e deveres das partes que veremos de seguida.

a) Compensação retributiva

Esta medida constrói-se partindo do princípio de que não havendo prestação efectiva de trabalho, não será devida a retribuição. No entanto, a par desta redução de custos para o empregador, a situação de carência remuneratória do trabalhador é colmatada por uma compensação retributiva.

Desde logo, o trabalhador terá direito a receber todos os meses um montante mínimo igual a dois terços da sua retribuição normal ilíquida, ou o valor da retribuição mínima mensal garantida correspondente ao seu período normal de trabalho, consoante o que for mais elevado (al. *a* do n. 1 do art. 305º). Todavia, nos termos do art. 305º, n. 3 parece que a compensação retributiva a que o trabalhador tem direito fica também sujeita ao limite máximo correspondente ao triplo da retribuição mínima mensal garantida.

Nos termos, se deverá atender à especificidade do regime de *lay off* com redução do período normal de trabalho devendo ser assegurado o direito à retribuição, calculado em proporção das horas de trabalho. Contudo, se aquilo que o trabalhador acabar por auferir for inferior a dois terços da retribuição normal ilíquida ou

inferior à retribuição mínima mensal garantida, tem direito a uma compensação retributiva de valor igual à diferença entre aquilo que auferiu e dois terços da remuneração normal ilíquida ou igual à diferença entre aquilo que auferiu e a retribuição mínima mensal garantida, conforme o que for mais alto.

Tal como ilustram Paula Quintas e Hélder Quintas estaremos perante uma impossibilidade temporária “neste caso, de receber trabalho ou de o receber plenamente, [em que] o empregador não fica porém desonerado do dever de pagar a retribuição, trata-se, no entanto, de um pagamento parcial”⁽¹⁴⁾.

Esta compensação é atribuída desde o primeiro dia de redução ou suspensão do contrato de trabalho e enquanto durar a redução ou suspensão do contrato, tendo em conta os períodos máximos já descritos anteriormente.

b) Exercício de outra actividade remunerada fora da empresa

Por outro lado, o trabalhador tem direito a exercer outra actividade remunerada (al. *c* do n. 1 do art. 305º) mas, nesse caso, o trabalhador deverá comunicar tal facto, no prazo máximo de cinco dias, ao empregador para efeitos de eventual redução da compensação retributiva (al. *b* do n. 1 do art. 304º), sob pena de perder o direito à compensação retributiva e de ser obrigado a restituir o que tiver recebido a esse título (art. 304º, n. 2)⁽¹⁵⁾. Pois bem, durante o período em que o trabalhador está abrangido pelo regime de *lay off*, tem direito a uma compensação igual a dois terços da sua retribuição normal, no entanto, aquilo que vai ganhar na outra empresa será descontado na compensação que tinha direito para completar os dois terços da sua retribuição.

(14) QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. *Código do Trabalho anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 613.

(15) Segundo MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 728-729, nestes casos, “o dever de lealdade poderá sofrer uma restrição quando se confere ao trabalhador o direito de exercer uma actividade remunerada fora da empresa”.

Assim sendo, o montante que o trabalhador irá receber é variável, podendo mesmo não receber nada se receber por uma actividade remunerada fora da empresa, uma remuneração superior ao triplo da retribuição mínima mensal garantida⁽¹⁶⁾.

Veja-se que o legislador parece não premiar aquele trabalhador que procura outras formas de rendimentos, acabando por ser prejudicado em caso de pluriemprego diante daqueles que simplesmente ficam inactivos a aguardar o fim da suspensão do contrato ou da redução da actividade. Não poderemos, assim, concordar com esta opção do legislador que, no fundo, prejudica quem, à custa do seu trabalho, procura outras formas de rendimento.

c) Formação profissional

Por seu turno, os trabalhadores durante o período de redução ou suspensão têm o dever de frequentar acções de formação profissional, orientadas para a viabilização da empresa e manutenção dos postos de trabalho, ou para o desenvolvimento da qualificação profissional dos trabalhadores que aumente a sua empregabilidade (art. 302º, n. 1 e al. c do n. 1 do art. 304º), previstas no plano de formação elaborado pelo empregador (art. 302º, n. 2), sob pena de perderem o direito à compensação retributiva.

d) Outros direitos e deveres

O empregador encontra-se adstrito a um conjunto de obrigações previstas no art. 303º, designadamente o pagamento pontual da compensação retributiva e das contribuições para a segurança social, não distribuição de lucros, não aumento da retribuição ou outras prestações patrimoniais atribuídas aos membros dos corpos sociais enquanto a segurança social participar na compensação retributiva e não admitir ou renovar contratos de trabalho para

preenchimento de posto de trabalho susceptível de ser assegurado por trabalhador abrangido pela medida de redução ou suspensão.

Registre-se ainda que a redução ou suspensão não afecta os direitos do trabalhador quanto às férias e subsídio de Natal: por um lado, o trabalhador tem direito à marcação e gozo das férias nos termos gerais, tendo ainda direito ao pagamento pelo empregador do subsídio de férias que receberia em condições normais de trabalho (art. 306º, n. 2); por outro lado, tem direito a subsídio de Natal por inteiro que é pago pela segurança social em montante correspondente à metade da compensação retributiva e o restante pelo empregador (art. 306º, n. 3).

Quando se trate de trabalhador que seja delegado sindical ou membro de estrutura de representação colectiva dos trabalhadores a redução ou suspensão não prejudica o direito ao exercício das correspondentes funções na empresa (art. 308º, n. 1).

4. Uma decisão (unilateral!) do empregador

A decisão de reduzir ou suspender pertence exclusivamente ao empregador, se bem que tal decisão deva ser precedida de um fase de informações e negociações com a estrutura representativa dos trabalhadores fundada na quimera que representa, em nossa opinião, a obtenção de um acordo. Na verdade, a decisão é do empregador, seja ou não antecedida de acordo com a estrutura representativa dos trabalhadores. Repare-se, portanto, que a redução dos custos salariais, materializada no facto de a compensação retributiva ser de montante inferior à retribuição normal e no facto de a segurança social comparticipar naquela compensação, não depende de qualquer autorização administrativa. Assim sendo, o empregador recorre à suspensão ou redução com a principal finalidade de “poupar nos custos salariais”⁽¹⁷⁾,

(16) Neste sentido, AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho, à luz do novo Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 343 e FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 511.

(17) FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 510.

sem que haja qualquer controle por parte de uma entidade administrativa.

Compreende-se, assim, que estamos perante uma situação que exige cautela e prudência na sua apreciação, tendo sempre presente que se trata de “uma decisão vinculada, pois só poderá ser tomada nos termos da lei”⁽¹⁸⁾, quando tal seja “indispensável para assegurar a viabilidade da empresa e a manutenção dos postos de trabalho” (art. 298º, n. 1). Assim sendo, a decisão do empregador de reduzir ou suspender não pode ser tomada simplesmente porque se verifica uma crise grave na empresa mas deve antes fundamentar-se no facto de essa ser a medida mais adequada para garantir a recuperação da empresa.

Neste contexto, em face da inexistência de uma autorização prévia, assume particular relevância o facto de a medida, além de ser acompanhada pelas estruturas representativas dos trabalhadores (art. 307º, n. 1), deve também ser acompanhada pelo serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral, ou seja, pela Autoridade para as Condições de Trabalho — ACT (art. 307º, n. 2). Registre-se que, neste último caso, aquele serviço pode, por iniciativa própria ou a requerimento de qualquer interessado, pôr fim à aplicação da medida relativamente a todos ou alguns dos trabalhadores quando não se verifique ou cesse a existência do fundamento invocado, bem como nos casos em que faltem as comunicações exigidas ou o empregador se recuse a participar no procedimento de informações e negociação, e ainda quando se verifique o incumprimento dos deveres do empregador no período de redução ou suspensão (als. a, b e c do art. 307º, n. 2). Mas repare-se que estamos a falar de uma medida de acompanhamento e não de um controle prévio à tomada da decisão de reduzir a actividade ou suspender os contratos de trabalho.

(18) AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho, à luz do novo Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 344.

Nota-se que, por exemplo, na Espanha, o empregador não pode suspender unilateralmente os contratos de trabalho pelos motivos em causa, independentemente do número de trabalhadores abrangidos, sem solicitar uma autorização administrativa prévia. E veja-se, ainda, que essa autorização só é concedida quando do caso concreto se depreenda que tal medida temporária é necessária para ultrapassar a situação de crise conjuntural (art. 45º do Estatuto dos Trabalhadores)⁽¹⁹⁾.

Ao invés, reiteramos, que em Portugal estaremos, a grande maioria das vezes, perante uma decisão unilateral que representa o momento capital de todo o processo em que é fixada a modalidade, os fundamentos, a duração e os trabalhadores abrangidos. Não existindo necessidade de qualquer autorização administrativa para a decisão ser proferida, a medida pode, todavia, ser paralisada por intervenção da ACT nos termos do art. 307º.

Pois bem, parece-nos que o ordenamento jurídico-laboral quis dar resposta a um problema de crise empresarial procurando uma solução conciliatória entre interesses aparentemente opostos: privar o trabalhador do trabalho com o objectivo de assegurar a viabilidade da empresa e salvaguardar os postos de trabalho⁽²⁰⁾. Estamos, portanto, perante um meio (redução ou suspensão) para atingir um fim (manutenção dos postos de trabalho). Mas

(19) Para mais desenvolvimentos veja-se, entre outros, BONETE, Aurelio Desdentado. *Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor* (arts. 47 y 51). In: *Civitas — Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2, 2000. p. 974 e segs.; ALBARDONED, Fernando Somoza; RAMIS, María Victoria Somoza. *Suspensiones del contrato de trabajo: problemática legal y práctica*. Madrid: Fundación Confemetal, 2000. p. 84 e segs.; MARTÍNEZ, Tomás Sola. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*. Madrid: La Ley-Actualidad, 2002; VALVERDE, Antonio Martín; GUTIERREZ, Fermin Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

(20) No mesmo sentido, FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 510.

trata-se, segundo cremos, de uma medida algo simplista já que se pretende atacar o problema da crise empresarial mediante a redução dos custos com mão de obra.

Na dinâmica das relações laborais, é importante que o empregador não recorra de ânimo leve à suspensão ou redução, não o encare como um qualquer instrumento de gestão. As medidas em questão só deverão proceder quando ainda seja possível a recuperação da empresa e essa seja a medida mais adequada para atingir tal fim, tendo sempre em consideração que as medidas que afectam pilares fundamentais da relação de trabalho só devem ser utilizadas em última instância. É claro que, se o ordenamento jurídico o previu, é para que sirva os interesses que estiveram na sua génese, é para que possa ser usado como reacção a uma situação de crise empresarial. Mas existirá sempre o perigo, ao qual o ordenamento jurídico-laboral deveria responder de forma mais veemente, de recurso abusivo ao *lay off*. Diante do direito constituído, o apelo só poderá recair sobre a autoridade com competência inspectiva quanto à verificação dos requisitos legais no âmbito do acompanhamento da medida que lhe foi acometido.

5. Referências bibliográficas

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho, à luz do novo Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor (arts. 47 y 51). In: *Civitas — Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2, 2000.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermin; GARCIA MURCIA, Joaquin. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Hélder. *Código do Trabalho anotado e comentado*. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Parte II — Situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito do trabalho*. Parte II — Situações laborais individuais. Coimbra: Almedina, 2006.

SOLA MARTÍNEZ, TOMÁS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*. Madrid: La Ley-Actualidad.

SOMOZA ALBARDONEDO, FERNANDO; SOMOZA RAMIS, MARÍA VICTORIA. *Suspensiones del contrato de trabajo: problemática legal y práctica*. Madrid: Fundación Confemetal, 2000.

XAVIER, Bernardo Lobo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004.

A inversão da tutela jurídica

Ari Pedro Lorenzetti^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo analisa algumas situações em que o processo, em especial o trabalhista, converte-se em instrumento de proteção a quem não tem direito, em vez de cumprir a sua finalidade própria de tutelar os direitos lesados, e tenta demonstrar que é possível interpretar as normas de direito material e processual no sentido de conferir-lhes maior efetividade, sem prejuízo ao direito de defesa.

Palavras-chave:

- ▶ Processo do trabalho — execução provisória — honorários de advogado — direito de defesa — mora rescisória — multas trabalhistas.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Liberação da multa por atraso no acerto rescisório
- ▶ 3. Marco inicial da incidência de juros
- ▶ 4. Subversão dos efeitos da mora
- ▶ 5. Isenção do pagamento de honorários advocatícios
- ▶ 6. Ineficácia prática da sentença pendente de recurso
- ▶ 7. Execução mais conveniente ao executado
- ▶ 8. Conclusão
- ▶ 9. Referências bibliográficas

“O tempo do processo é ônus de apenas uma parte. O direito do autor em ter do Estado a prestação jurisdicional é de natureza profana. Sagrado é apenas o direito de defesa.”⁽¹⁾

1. Introdução

Apesar do constante aperfeiçoamento das normas jurídicas, tanto de direito material quanto processual, não é incomum ainda nos

depararmos com regras ou interpretações que, em vez de se colocarem ao lado de quem é merecedor da tutela jurídica, conferem proteção aos que simplesmente não cumprem as suas obrigações e, além disso, escondem-se atrás de uma controvérsia nem sempre real. E o fundamento invocado para tanto, via de regra, é a existência de dúvida acerca da parte que tem razão, o que, não raro, acaba por colocar o infrator à sombra de um processo, se não infundável, pelo menos muito demorado.

(*) Juiz do Trabalho. TRT 18ª Região.

(1) SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 40.

Todavia, antes mesmo de a celeridade do processo ter sido alçada ao status de princípio constitucional (CF, art. 5º, LXXVIII), o Código de Processo Civil criou mecanismos para que o julgador pudesse antecipar a prestação a que a parte tem direito ou adotar medidas visando a garantir a efetividade da tutela jurídica (CPC, arts. 273 e 461, § 3º). Tal solução, no entanto, mostrou-se insuficiente para que a proteção estatal fosse deferida desde já a quem realmente a merece e dela necessita urgentemente. É por isso que o legislador tornou a reformar o Código de Processo Civil, desta vez para imprimir à execução, uma nova filosofia, voltada precipuamente para a defesa da parte que a sentença reconheceu ser credora. Com isso, passou o processo civil a priorizar a posição do exequente, em vez de se preocupar em não criar incômodos ao executado.

No processo do trabalho, no entanto, assistimos a uma resistência a adotar essa nova orientação, a par de conferir a determinados institutos de direito material uma interpretação que acaba por negar eficácia às normas de proteção ao credor trabalhista.

O objetivo do presente artigo é analisar algumas dessas situações, demonstrando como o descuido ou compromisso com uma interpretação divorciada dos fins legais podem conduzir a uma inversão das regras de proteção, priorizando a posição do infrator, em detrimento de quem teve o seu direito violado. E tal inversão tanto ocorre na interpretação das normas de direito material quanto na aplicação das regras de direito processual, sem contar que por vezes contamina a própria lei.

2. Liberação da multa por atraso no acerto rescisório

Todo o complexo de proteção reservada aos empregados pela legislação trabalhista de nada lhes adianta se não puderem contar com a pronta atuação de tais normas. Por se revestirem de natureza alimentar, os créditos trabalhistas exigem satisfação no devido tempo e, para tanto, foram estabelecidas penalidades a fim de

estimular o adimplemento oportuno. E a sanção mais efetiva, que também se reveste de um caráter reparador, pelos prejuízos decorrentes da demora, é a multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias.

Estabelece a CLT que o pagamento das verbas rescisórias deve ser efetuado no dia seguinte ao término do pacto laboral, exceto nas hipóteses em que a denúncia do contrato não for precedida de aviso prévio ou o cumprimento deste for dispensado, caso em que o empregador tem o prazo de dez dias a contar da comunicação da rescisão (art. 477, § 6º). E o descumprimento de tais prazos é sancionado com uma multa no valor equivalente ao salário do trabalhador, além de incidir o empregador em penalidade administrativa (CLT, art. 477, § 8º).

Não é preciso muito esforço para compreender as razões de tal previsão, uma vez que a dissolução do pacto laboral normalmente vem acompanhada de um desgaste natural da relação entre as partes, conduzindo, não raro, a um descontentamento recíproco, o que aumenta as chances de o empregador reter o pagamento das verbas rescisórias, como vindita ao trabalhador que não se comportou como esperado ou que quis deixar o emprego. Afora isso, após a rescisão, os apelos do trabalhador não produzem o mesmo efeito, sem contar que, por estar fora do ambiente de trabalho, por vezes, o ex-empregado é simplesmente “esquecido”. Não é demais lembrar, ainda, que a boa-fé exigida dos contraentes não se limita aos atos de formação ou execução, mas também alcança a dissolução do contrato e o consequente acerto rescisório.

De outra parte, em relação ao trabalhador, uma vez desligado do emprego, em regra, aumenta sua urgência pelo recebimento das verbas rescisórias, pois é com elas que, normalmente, irá manter-se até encontrar nova colocação no mercado. Assim, é plenamente justificada a proteção especial reservada pelo legislador ao empregado por ocasião do término do contrato de trabalho. Afora isso, considerando que a

finalidade da multa é também de reparar os danos decorrentes da mora do empregador, tal como ocorre com a cláusula penal, não há que se indagar os motivos do não pagamento, desde que a mora não seja imputável ao próprio empregado (CLT, art. 477, § 8º, parte final). Pela mesma razão, isto é, por estar sujeita às mesmas regras da cláusula penal, não é preciso que o trabalhador prove os prejuízos sofridos, uma vez que estes são presumidos *iuris et de iure* (presunção absoluta).

Convém reiterar que a lei só releva a mora rescisória quando provocada pelo próprio trabalhador, o que é perfeitamente compreensível, pois não pode alegar direito à indenização quem deu causa ao prejuízo. Diante disso, não há que se indagar da existência de culpa por parte do empregador, sendo sua responsabilidade de natureza contratual objetiva, só sendo elidida a multa na hipótese mencionada.

Todavia, o que fez a jurisprudência, no caso? Em primeiro lugar, firmou o C. Tribunal Superior do Trabalho o entendimento de que tal sanção não é aplicável à massa falida (TST, Súmula n. 388), como se fosse o empregado o responsável pela falência da empresa. Ora, o fato de a falta de pagamento haver decorrido de falência do empregador não é suficiente para elidir os danos resultantes da falta de acerto rescisório no prazo legal.

Não contente com isso, no entanto, o Tribunal Superior do Trabalho foi mais longe, também excluindo a multa pelo só fato de haver controvérsia a respeito das verbas rescisórias devidas (TST/SDI-I, OJ n. 351). Embora tal orientação tenha sido cancelada, bem demonstra o quanto a preocupação com o infrator faz esquecer a vítima do descumprimento das obrigações trabalhistas⁽²⁾. É certo que a superior corte trabalhista exigia que tal controvérsia fosse “fundada”. Todavia, como dizer que é fundada

a controvérsia quando as razões invocadas pelo empregador inadimplente, ao final, são rejeitadas pela sentença?

Ora, se a controvérsia se assenta em argumentos que o juiz não acolhe, não se pode conferir vantagem alguma ao devedor inadimplente. Embora não se possa negar ao demandado o direito de brandir as suas razões, se elas não prevalecerem, não pode pretender que, pelo só fato de invocar argumentos aparentemente consistentes, fique livre das consequências da falta de adimplemento na época própria. Conquanto o empregador tenha todo o direito de defender-se, se for sucumbente, deve ser tratado como qualquer outro devedor que não cumpriu as suas obrigações oportunamente.

A não ser assim, estaria sendo premiado pelo só fato de invocar uma justificativa que, aos olhos do julgador, poderia valer, mas que, no caso concreto, não socorre à parte. Em outros termos, o devedor estaria sendo perdoado da sanção moratória simplesmente por ter sido criativo, por ter demonstrado habilidade argumentativa ou apenas por ter inventado uma desculpa teoricamente sustentável, porém insubsistente ou inaplicável à situação *sub judice*.

Em suma, pois, o fato de invocar uma razão que, em tese ou aparentemente, justificaria o atraso ou a falta de pagamento não é o bastante para elidir as consequências da mora, mesmo porque o legislador só estabeleceu uma hipótese em que a mora deve ser relevada, que é o caso de ter sido o empregado o causador da impontualidade do acerto rescisório. Se quem deu ensejo ao atraso ou falta de pagamento foi a conduta do empregador, caso as razões deste não sejam acolhidas, a consequência natural é que a mora patronal foi injustificada e, por conseguinte, deve sujeitar-se a aquele à sanção legal.

Insista-se que isso não implica, de modo algum, cerceamento ao direito de defesa do empregador. O que defendemos é que quem pretende exercer seu direito de defesa, caso não obtenha êxito em elidir a pretensão da outra

(2) Não é demais registrar que, a despeito disso, o cancelamento não obteve a unanimidade dos votos do Tribunal Pleno, o que deixa evidenciado que tal preocupação não desapareceu por completo do ânimo dos ilustres ministros.

parte, não pode exigir que esta pague a conta. Afinal, por qual bom motivo deveria o trabalhador arcar com as consequências do mau êxito das teses patronais?

O empregador tem inteira liberdade para escolher entre pagar as verbas rescisórias no prazo legal ou sustentar até a derradeira instância que elas não são devidas. Todavia, se optar por essa última via e for vencido, não pode ainda querer livrar-se da sanção decorrente do inadimplemento oportuno só porque sua tese era atraente ou simplesmente porque tinha um argumento para se opor à pretensão obreira.

A par disso, ao excluir a multa do art. 477, § 8º, da CLT, com base na existência de controvérsia, o TST confundiu-a com outra sanção, esta sim resultante da ausência de controvérsia séria acerca do crédito rescisório que, ainda assim, não é pago no dia do comparecimento das partes a Juízo (CLT, art. 467). Neste caso, a sanção decorre do reconhecimento, ainda que implícito, do débito rescisório, sem a sua satisfação. Trata-se, no caso, de uma sanção de natureza processual, uma vez que caracteriza uma resistência gratuita ao adimplemento dos créditos trabalhistas.

Neste caso, sim, cabe a análise da razoabilidade da controvérsia, uma vez que não se poderia admitir que a mera negação do direito, sem um fundamento sério, fosse hábil a afastar a incidência da multa. A sanção prevista no art. 477, § 8º, da CLT, no entanto, não tem em conta os motivos pelos quais o empregador deixou de realizar o acerto final (a menos que a culpa tenha sido do empregado), mas tão somente o fato objetivo de que as verbas rescisórias não foram pagas no devido tempo, com evidentes prejuízos ao trabalhador, cuja demonstração, conforme já referido, é dispensável, por ser presumida.

A multa do art. 477, § 8º, da CLT cumpre, assim, a mesma função que a multa convencional nos contratos em geral, caracterizando-se como indenização previamente estipulada, justamente pela dificuldade que o trabalhador

teria para provar os danos decorrentes do atraso no acerto. Trata-se de penalidade com cunho reparatório, devendo, assim, ser interpretada no sentido de cumprir a sua finalidade, que é de indenizar o trabalhador prejudicado. Diversa é a situação da multa inscrita no art. 467 da CLT, que tem como fundamento a punição à simples recusa ao adimplemento, embora o empregador não negue ser devedor de verbas rescisórias.

Diante disso, urge que se reveja imediatamente o entendimento dos que seguiam a Orientação Jurisprudencial n. 351, a fim de que se privilegie a efetividade dos créditos trabalhistas, em vez de simplesmente tutelar o devedor que não tem razão, mas, ainda assim, insiste em não cumprir as suas obrigações. Se quer discuti-las em juízo, não pode transferir os ônus da demora à parte contrária.

Convém salientar que o pagamento incompleto das verbas rescisórias não é o bastante para elidir a multa. Com efeito, o pagamento apenas das parcelas rescisórias incontroversas não deixa de ser uma forma de inadimplemento, embora parcial. Todavia, a multa não contempla situações intermediárias, embora possa o julgador, valendo-se da previsão do art. 413 do Código Civil, reduzir a penalidade para que se conforme à gravidade do inadimplemento, quando este se referir à parte insignificante das verbas rescisórias devidas.

O pagamento das verbas rescisórias sem a assistência sindical, quando esta é exigida, é também uma forma de inadimplemento. Com efeito, se o art. 477, § 1º, da CLT estabelece que o recibo de quitação do trabalhador com mais de um ano de serviço só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho, tal exigência deve ser observada, sob pena de considerar-se que o pagamento não foi efetuado corretamente. Assim, para que o pagamento tenha eficácia, quando for o caso, tal formalidade torna-se indispensável, mesmo porque a inobservância da referida exigência,

impede o saque do FGTS e a habilitação ao seguro-desemprego, quando cabíveis. Além disso, não são incomuns os casos em que o empregador simplesmente deposita o valor das verbas rescisórias na conta corrente do trabalhador sem ao menos informá-lo de que efetuou o crédito. Diante disso, o trabalhador fica esperando ser chamado para fazer o acerto, enquanto padece toda sorte de privações. Ora, o pagamento pressupõe a aceitação por parte do destinatário, não se podendo considerar extinta a obrigação enquanto o credor não receber efetivamente a prestação. Juridicamente, portanto, não se pode falar em pagamento sem que haja, quando menos, ciência do credor. E não se pode exigir que o ex-empregado compareça diariamente ao banco para verificar se houve algum crédito em sua conta, mesmo porque as instituições bancárias costumam cobrar pelo fornecimento de extratos. Além disso, se não foi informado de que as verbas rescisórias seriam creditadas em sua conta, o trabalhador não teria motivos para ficar consultando seu saldo bancário, principalmente quando a conta era utilizada apenas para o recebimento de salários. Convém destacar, ainda, que, para fugir à mora, não basta que o devedor efetue o pagamento no prazo, mas é preciso que também seja observada a forma prevista em lei ou convenção (CC, art. 394). Logo, ainda que pague no prazo, se não cumprir a formalidade prevista no art. 477, § 1º, da CLT, o empregador não evitará a mora rescisória.

Por outro lado, embora o texto legal se refira apenas a pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão, nada mais justo que se aplique a multa aos casos em que houve pagamento das verbas descritas no TRCT no prazo, mas sem o fornecimento da documentação indispensável ao saque do FGTS ou à habilitação do seguro-desemprego. Com efeito, não raro, tais direitos representam a parcela mais significativa dos valores rescisórios a que faz jus o trabalhador despedido, principalmente em contratos de maior duração. E o mesmo

deve valer para a omissão no recolhimento da indenização rescisória (40% do FGTS).

Afinal, não se pode conferir ao disposto no art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT um sentido restritivo, com exclusão das demais obrigações rescisórias decorrentes da legislação superveniente à Lei n. 7.855, de 24.10.1989, que introduziu tais dispositivos na CLT. É conveniente lembrar, no particular, que o levantamento do FGTS, à época em que o legislador positivou a cominação da multa, não estava condicionado ao depósito da indenização rescisória, a qual deveria ser paga, juntamente com o FGTS incidente sobre as verbas rescisórias, no próprio TRCT. Em outras palavras, a multa de 40% do FGTS era considerada então uma verba rescisória como qualquer outra, vale dizer, era uma parcela que deveria constar do termo de rescisão. Por sua vez, o seguro-desemprego é criação posterior, dado que só veio a ser regulamentado originariamente pela Lei n. 7.998/1990, e só mais tarde é que se passou a exigir o levantamento do FGTS como condição para requerê-lo. Por conseguinte, criando a lei novas obrigações rescisórias, o descumprimento destas também deve ser levado em conta na aplicação da penalidade em questão, sob pena de inverter-se o princípio da proteção trabalhista. Além disso, as mesmas razões que justificam a aplicação da multa em caso de atraso no acerto das verbas rescisórias descritas no TRCT também valem em relação ao descumprimento das demais obrigações rescisórias, que, conforme já referido, em muitos casos, representam um prejuízo ainda maior ao trabalhador.

Assim, não se pode perder de vista que, sob tal aspecto, o texto da CLT precisa ser adequado aos demais dispositivos legais, especialmente os que regulam o saque do FGTS e a habilitação ao seguro-desemprego, supervenientes à cominação ora analisada. Afinal, não faz sentido adotar, no caso, uma interpretação restritiva e desatualizada, em desfavor de quem teve seu direito lesado, para tutelar a posição da parte que descumpriu suas obrigações legais. Assim,

até mesmo em razão do princípio da proteção ao trabalhador, é preciso adotar uma leitura que priorize a efetividade, em detrimento de quem infringe a legislação laboral. Conquanto se trate de impor uma sanção, não se pode perder de vista o espírito que animou o legislador ao estabelecê-la, adequando o texto da norma ao contexto jurídico atual.

Convém registrar, por fim, que a lei não exclui a possibilidade de o trabalhador prejudicado postular uma indenização complementar decorrente do inadimplemento rescisório, por exemplo, quando o atraso na entrega da documentação acarretar a perda do direito ao seguro-desemprego ou quando a inércia do empregador em sanar eventuais erros de informação acarretar embaraços ao saque do FGTS, entre outros casos.

3. Marco inicial da incidência de juros

Em relação aos juros de mora, mais uma vez, temos, embora em decorrência de lei expressa, um tratamento francamente favorável ao devedor inadimplente. Conquanto tal situação não seja exclusiva do processo trabalhista⁽³⁾, nem por isso deve merecer menor censura.

Com efeito, tratando-se de juros moratórios, como o próprio nome indica, devem incidir desde a data em que o devedor incidiu em mora. E incorre em mora o devedor que não efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer (CC, art. 394). Ainda segundo o Código Civil, o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor (art. 397).

Assim, conquanto o art. 219 do Código de Processo Civil confira à citação o efeito de colocar o devedor em mora, como é de elementar lógica, tal previsão refere-se apenas aos casos em que o demandado ainda não se encontrava

em tal situação. Se já estava em mora, não há razão para eximi-lo de seus efeitos em relação ao período anterior à citação ou ao ajuizamento da ação. A ação judicial visando ao cumprimento da obrigação é apenas uma das formas de constituir o devedor em mora, não a única (CC, art. 397, parágrafo único).

Nem se diga que, no caso, foi o credor quem demorou para perseguir em juízo o seu direito, uma vez que a omissão do credor não é suficiente para fazer desaparecer a mora do devedor, já caracterizada. Também não se pode supor que haja abuso do credor pelo só fato de haver retardado a busca da reparação a seu direito. Cabe ao devedor, que está em mora, para purgá-la, oferecer ao credor a prestação devida, acompanhada da reparação pelos prejuízos decorrentes do atraso no pagamento (CC, art. 401, I). Caso contrário, sua mora persiste, recaindo apenas sobre o devedor inadimplente as consequências do atraso no cumprimento da obrigação. Quanto ao credor, desde que observe os prazos prescricionais, não pode sofrer prejuízo algum pelo só fato de não ter agido imediatamente, quando a mora é da outra parte.

O que se tem visto na prática, no entanto, é a mais completa inversão de tais princípios, embora consagrados de longa data e depurados por séculos de normatização. Assim, em vez de reconhecer à decisão judicial eficácia apenas declaratória quanto à existência do crédito, não raro atribui-se à sentença condenatória o efeito constitutivo do crédito insatisfeito. Com isso, confere-se à simples controvérsia o poder de afastar a mora ou mesmo adiar o surgimento da dívida. Exemplo paradigmático de tal posicionamento pode ser visto na tese dos que defendem que o crédito previdenciário executado pela Justiça do Trabalho só sofreria a incidência de juros e multas a partir da data em que, já na fase de execução, o demandado é citado para fazer os recolhimentos, caso deixe de efetuar-los.

Ora, tal entendimento, além de ser contra a lei, que estabelece como fato gerador da contribuição previdenciária a prestação laboral

(3) Até mesmo o Código Civil traz a regra de que os juros de mora são contados apenas a partir da citação inicial (art. 405). A mesma regra, relativamente aos créditos trabalhistas, consta dos arts. 883 da CLT e 39, § 1º da Lei n. 8.177/1991.

(Lei n. 8.212/1991, art. 43, § 2º) e prazo para recolhimento até o dia 20 do mês subsequente (Lei n. 8.212/1991, art. 30, I, *b*), confere à mera discussão do crédito trabalhista, por mais infundada que seja, o poder de elidir a mora ou, pelo menos, adiar a sua ocorrência. Com isso, além de não cumprir a legislação trabalhista, o demandado tem todo o leque de recursos para postergar o trânsito em julgado e, ao final, ainda, poderá aguardar a citação para a execução, sem que tenha que pagar nada mais por isso. Sem contar que alguns, depois de protelar a solução do processo por mais de cinco ou anos, não se pejam em invocar a decadência do crédito previdenciário incidente sobre os créditos trabalhistas reconhecidos. E o pior é que há quem acolha semelhante alegação. E assim se esvai a efetividade da sentença trabalhista e, o que é ainda mais grave, o processo é transformado em instrumento de burla, em vez de servir à realização do direito. Com isso, quem é premiado é o mau pagador, enquanto quem cumpre suas obrigações no prazo fica sempre em desvantagem.

4. Subversão dos efeitos da mora

Constitui um postulado básico da teoria geral das obrigações que o devedor em mora responde pelas consequências do inadimplemento oportuno. Diante disso, se a coisa a ser entregue se perder, ainda que não haja culpa do devedor, responderá este pelo valor equivalente, cabendo-lhe, ainda, ressarcir o credor insatisfeito por eventuais prejuízos outros decorrentes do retardo ou da falta de entrega da prestação devida (CC, arts. 395 e 399).

Nas relações trabalhistas, no entanto, inverte-se, sem cerimônia, os encargos da mora do empregador, o que se verifica de forma flagrante nos casos de dispensa imotivada de empregado portador de alguma forma de estabilidade. As garantias de emprego impõem ao empregador uma conduta negativa, qual seja, de não dispensar injustificadamente os trabalhadores beneficiados. Em outras palavras, tais formas de proteção se traduzem em obrigações

de não fazer, razão pela qual, uma vez descumpridas, constituem o devedor em mora automaticamente (CC, art. 390). Por outro lado, a despedida injustificada do empregado portador de estabilidade prevista em lei também se caracteriza como ato ilícito, o que, da mesma forma, implica a constituição em mora a partir da prática do ato vedado (CC, art. 398).

Diante disso, uma vez dispensado indevidamente o empregado portador de estabilidade, o empregador incide em mora desde logo. E essa é a razão pela qual o empregador responde pelos salários relativos ao período que se estende da data da dispensa até o retorno ao serviço. Não houvesse mora do empregador, não haveria fundamento jurídico para impor-lhe o pagamento de salários relativos a um período em que não houve trabalho. E os encargos pelos quais responde o empregador são proporcionais à duração de sua mora.

Todavia, o que vemos em muitos julgados é uma completa inversão de tais princípios, sem apresentar justificativa alguma, como se a mora simplesmente fosse do credor (empregado dispensado), que não postulou a reintegração ao emprego na mesma data da dispensa imotivada. Não são raras as decisões que só determinam o pagamento dos salários a contar da data do ajuizamento da ação, isentando o empregador da mora relativa ao período anterior.

Ora, quem foi lesado em seu direito só tem um limite temporal para exercer a sua pretensão, que é o prazo prescricional. Agindo antes que a prescrição se consuma, não pode ter lançados sobre si os encargos da mora da parte contrária. Afinal de contas, é quem está em mora que deve purgá-la, e não a parte contrária. Diante disso, cabe ao empregador que dispensou indevidamente o empregado estável chamar o trabalhador para reassumir as suas funções, pois só assim se livrará da mora. Caso contrário, a mora continua pendendo sobre o empregador, sendo deste a responsabilidade pelas suas consequências.

É certo que, em algumas situações, se poderia identificar a ocorrência de abuso de direito.

Tal situação, no entanto, deve ser analisada caso a caso, não se podendo simplesmente concluir pela existência de abuso com base no tempo decorrido entre a dispensa e o ajuizamento da ação visando o retorno ao emprego. Um aspecto que passa muitas vezes despercebido, ao se considerar que houve abuso do trabalhador é que, na hipótese, não haveria a menor condição de retorno ao emprego, em face do modo como se procedeu à dispensa. Em tais casos, como é evidente, ainda que o trabalhador ajuizasse a ação no mesmo dia da dispensa, não haveria como determinar que reassumisse as suas funções na empresa. Diante disso, não é o tempo decorrido entre o desligamento indevido e a propositura da ação que irá caracterizar o abuso de direito. Afora isso, é preciso considerar os casos em que o empregador, apesar de demandado, em momento algum, nem mesmo eventualmente, se dispôs a receber o trabalhador de volta. Ora, é evidente que tal empregador não pretendia ter o trabalhador a seu serviço. Logo, por qual motivo se haveria de cogitar de abuso por parte do empregado?

Vale ressaltar, ademais, que o devedor em mora só se livra dela se oferecer a prestação acrescida da importância dos prejuízos resultantes do atraso no cumprimento da obrigação (CC, art. 401, I). Assim, observando-se as regras legais a respeito, a rigor, poderia o empregado inclusive recusar a oferta de retorno ao trabalho se esta não viesse acompanhada do pagamento dos dias que ficou sem trabalhar. A tolerância com o descumprimento das obrigações trabalhistas, no entanto, faz com que o trabalhador tenha que se submeter ao trabalho, desde logo, sob pena de os tribunais virem a reconhecer a ocorrência de abuso de sua parte. Assim, o Direito do Trabalho, que se diz protetor dos empregados, acaba sendo aplicado com menor rigor do que o Direito Civil, em relação ao empregador inadimplente.

5. Isenção do pagamento de honorários advocatícios

Outro aspecto que está em descompasso com os fins do Direito é a dispensa do pagamento

dos honorários de advogado ao vencedor, pela parte sucumbente. Ora, a partir do instante em que a própria Constituição Federal reconhece que “o advogado é indispensável à administração da Justiça” (art. 133), negar à parte que contrata tal profissional para assisti-la em juízo o direito de receber da parte contrária o que gastou para tal fim importa uma proteção ao que, mesmo sem ter razão, resiste à pretensão do credor ou, mesmo sem ter direito, insiste em demandar.

A partir do momento em que, para melhor defender seus interesses, a parte se vê praticamente obrigada a lançar mão da contratação do profissional de sua confiança — a fim de exercer efetivamente o fundamental direito de acesso à justiça, que inclui o direito de defesa em seu sentido amplo — deve ser ressarcida, por aquele que deu causa a essa contratação, pelas despesas que tiver feito, inclusive, é claro, os honorários pagos ao seu advogado⁽⁴⁾.

No processo trabalhista, a negação dos honorários da sucumbência importa, além disso, um estímulo ao descumprimento das obrigações laborais. Afinal de contas, mesmo não tendo pago as verbas a que o trabalhador tem direito, o empregador não terá custo adicional algum, ao ser demandado pelo obreiro. O devedor inadimplente sente-se, assim, numa posição muito confortável, uma vez que o máximo que pode ocorrer é ter que pagar o que efetivamente devia, ou menos ainda, considerando eventual prescrição ou parcelas que deixaram de ser postuladas ou dependem de prova que o trabalhador não consegue produzir. Para completar, conforme já referido acima, não haverá incidência de juros de mora senão a contar da data do ajuizamento da ação, e em percentuais bem abaixo dos praticados no mercado. Isso sem contar que, valendo-se da necessidade do trabalhador, poderá celebrar um acordo em condições altamente vantajosas.

(4) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, RO n. 01227-2006-013-21-00-8, Ac. TP 13.9.2007, Rel. Des. Ronaldo Medeiros de Souza. DJE/RN 21.9.2007.

Nesse particular, poderia até ser adotado o sistema instituído pela Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que só admite o *jus postulandi* das partes nas causas cujo valor não exceda o limite de 20 salários mínimos e, a par disso, reconhece à parte o direito à assistência custeada pelo Estado pelo só fato de a outra parte ser patrocinada por advogado ou ser pessoa jurídica ou firma individual (art. 9º). Com tal regulação, a lei garante a efetiva defesa dos direitos, pelo menos em relação às demandas de valores mais elevados, que normalmente se revestem de maior complexidade. Contudo, a citada lei não prevê a condenação em honorários de advogado senão em caso de litigância de má-fé ou à parte cujo recurso não for acolhido (art. 55), o que não nos parece lógico, uma vez que o processo deve proporcionar à parte a mesma prestação que obteria em caso de cumprimento espontâneo da obrigação, não podendo acarretar custos adicionais ao credor prejudicado.

No campo trabalhista, costuma-se invocar o argumento do *jus postulandi* das partes para negar o direito aos honorários. Todavia, mesmo quando, após percorrer todas as instâncias trabalhistas, o processo chega ao Supremo Tribunal Federal, em que desde sempre se exigiu o patrocínio de advogado, negam-se ao vencedor os honorários (STF, Súmula n. 633). Assim, não seria de se estranhar se o mesmo entendimento for adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a partir de agora, em face da decisão que reconheceu ser o advogado indispensável também nos recursos perante essa Corte (E-AIRR e RR n. 85581/03-900.02.00-5). Verdade seja dita, no entanto, que para tal situação em muito colaborou a atuação da própria OAB, que convenceu o legislador a atribuir diretamente ao advogado o direito aos honorários da sucumbência (Lei n. 8.906/1994, art. 22). Ora, se os honorários da sucumbência pertencem ao advogado, e não à parte vencedora, se não forem deferidos, teoricamente, o prejuízo seria do patrono da causa, e não da parte que teve que recorrer a juízo para obter o que por direito

lhe cabia. Na prática, porém, sabendo que não irá receber honorários da sucumbência, o advogado cobra da parte honorários mais elevados.

Assim, de todo modo, não há como reputar aceitável a solução de simplesmente liberar os litigantes sucumbentes dos honorários de advogado, que, aliás, deveriam ser progressivos, conforme a quantidade de recursos. A situação atual, especialmente no processo trabalhista, caracteriza-se como mais um fator de estímulo ao inadimplemento e aos sucessivos recursos protelatórios, ainda mais considerando a tolerância com que são tratados os recorrentes contumazes, a despeito de as razões alegadas já terem sido discutidas à exaustão e sistematicamente rejeitadas.

O Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, conseguiu tornar tal situação ainda mais incongruente, na medida em que reconhece o direito aos honorários nos casos em que o sindicato atua como assistente do trabalhador, mas não os defere quando aquele age na condição de substituto processual. Ora, se prestar assistência ao trabalhador é um dever do sindicato da categoria (Lei n. 5.584/1970), também o é a defesa dos interesses individuais e coletivos da categoria. Afinal, é para isso que existem os sindicatos e esta é a razão pela qual a legislação lhe reconhece a faculdade de cobrar mensalidades e até, perante o direito pátrio, o direito a uma contribuição compulsória, que é cobrada inclusive dos que não são filiados à entidade. Assim, embora a CLT se refira à defesa dos interesses dos membros da categoria como prerrogativa (art. 513), não se pode perder de vista que se trata de um texto legal produzido quando o sindicato exercia o papel de auxiliar do Estado. Logo, “prerrogativa”, no caso, deve ser entendida como “poder-dever” ou “incumbência”, tal como decorre do art. 8º, III, da Constituição Federal.

Todavia, illogicamente, quando o sindicato atua como assistente nas ações individuais ou plúrimas, faz jus aos honorários, na forma das Súmulas ns. 219 e 329 do TST. Apesar de ter

cancelado a Súmula n. 310, a superior corte trabalhista continua presa ao que constava no item VIII do verbete citado, negando honorários de advogado ao sindicato quando este age na condição de substituto processual. Conveniente lembrar, aliás, que tal orientação resultou da revisão do Enunciado n. 220, cujo entendimento era justamente o oposto do adotado na Súmula n. 310, o que demonstra que mudar de orientação nem sempre implica fazer a melhor escolha.

Ora, se o sindicato tem o dever tanto de prestar assistência judiciária aos integrantes da categoria quanto de defender seus direitos, não faz sentido compensá-lo com honorários de advogado apenas no primeiro caso. Afora a questão de lógica, a solução predominante na jurisprudência da superior corte trabalhista tem o inconveniente de desestimular a utilização do instituto da substituição processual, uma vez que, sob tal modalidade de atuação, o sindicato não contará com o reembolso das despesas com honorários, ao contrário do que ocorre nos casos em que atua como assistente da parte, nos conflitos individuais. Com isso, deixa-se de lado um valioso instrumento de prestação jurisdicional, que é a ação coletiva, dando preferência às ações individuais, em detrimento da efetividade da prestação jurisdicional e com considerável prejuízo para a celeridade e economia processuais. Com é natural, o sindicato preferirá a via que lhe é menos onerosa, ainda que isso implique a multiplicação de processos.

Não bastasse isso, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho reconhece o direito aos honorários sucumbenciais nas lides que não decorrem da relação de emprego (IN n. 27/2005, art. 5º). Nos demais casos, isto é, nas lides oriundas dos vínculos empregatícios, o fundamento utilizado para negar os honorários é o *jus postulandi* das partes, tal como previsto nos arts. 791 e 839, alínea *a*, da CLT. Ora, se assim é, e não vemos outra justificativa para as Súmulas ns. 219 e 329 do C. TST, não vemos razão para negar ao sindicato os honorários

de advogado quando atue como substituto processual.

Urge, portanto, que tal posição seja revista, seja para estimular a utilização das ações coletivas, seja para manter a coerência entre as diversas decisões.

6. Ineficácia prática da sentença pendente de recurso

Embora o *caput* do art. 899 da CLT estabeleça que, no processo do trabalho, os recursos não têm efeito suspensivo, salvo as exceções legais, logo em seguida, a pretexto de complementar a ideia anterior, só autoriza a execução provisória até a penhora. Ora, essa última disposição acaba por anular a primeira, uma vez que a penhora é apenas o primeiro passo da execução forçada, sendo os procedimentos que mais demandam tempo os que se seguem à constrição judicial, especialmente nas discussões acerca dos cálculos (CLT, art. 884, § 3º), alienação de bens e impugnação aos atos expropriatórios.

Enquanto a lei processual civil estabelece que a execução provisória será realizada nos mesmos moldes que a definitiva, não sendo paralisada nem mesmo em caso de eventual impugnação do executado, a lei processual trabalhista adota um sistema superado, baseado no individualismo jurídico, em que, na dúvida, penaliza-se o credor, tudo em nome do direito de defesa do executado, que pode interpor sucessivos recursos sem que normalmente sofra consequência alguma pela postergação do feito, exceto o pagamento de juros em percentuais significativamente inferiores aos praticados no mercado.

Em vez disso, conforme referido, o Código de Processo Civil prevê que a execução provisória far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, com alienação de bens e liberação de valores ao exequente, embora mediante caução, a qual, no entanto, é dispensada em relação aos créditos alimentares ou quando o recurso pendente é apenas agravo de instrumento visando a destrancar recurso perante

os tribunais superiores (art. 475-O). Além disso, a reforma ou anulação da sentença não importa o desfazimento da arrematação concluída na pendência do recurso, o mesmo valendo para o caso de serem julgados procedentes os embargos do executado (CPC, art. 694). Essa orientação, ao contrário do que possa parecer, reveste-se de suma importância para a efetividade da execução, uma vez que atrai interessados na arrematação de bens, por oferecer-lhes a garantia de que o ato só será desfeito em caso de inobservância do procedimento expropriatório ou no interesse do próprio arrematante, nas hipóteses previstos em lei (CPC, art. 694, § 1º).

Como se pode ver, ao contrário da previsão da CLT, o Código de Processo Civil, na execução, reconhece efetiva superioridade à posição do credor, por ser ele detentor de um título que atesta seu direito a uma prestação. E isso em nada restringe o direito de defesa do executado, mas apenas transfere a ele os riscos da demora na solução judicial definitiva. Enquanto na fase de conhecimento, como regra, a lei processual confere às partes um tratamento isonômico, na execução, o que move o legislador é o objetivo de conferir efetividade ao título, para fazer com que a parte que se apresenta como titular de um direito, já reconhecido em juízo ou em documento extrajudicial ao qual a lei confere igual eficácia, consiga alcançar de fato a prestação a que tem direito.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, no entanto, em se tratando de execução provisória, nega-se ao credor inclusive o direito de fazer valer a ordem preferencial de penhora estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, que também é aplicável ao processo do trabalho, por expressa previsão legal (CLT, art. 882). Ou seja, para o TST, quando a execução é provisória, o credor não pode penhorar dinheiro, se existirem outros bens penhoráveis, tudo para não molestar a parte que já foi reconhecida como devedora por sentença. A par disso, tendo em conta a

previsão do art. 899 da CLT, a execução provisória trabalhista não resolve quase nada, para não dizer absolutamente nada. Trata-se de previsão mais figurativa do que norma que efetivamente traz alguma vantagem ao exequente, uma vez que se limita a atos de natureza quase burocrática.

7. Execução mais conveniente ao executado

Não é apenas na execução provisória que a CLT está longe de oferecer a solução mais apropriada. Mesmo quando a sentença já transitou em julgado, não mais havendo dúvidas acerca da existência do direito, ainda assim, muitas vezes os tribunais enveredam por trilhas que se afastam consideravelmente da efetividade do crédito reconhecido.

E, como ponto de partida, tem-se a resistência à adoção das regras trazidas pela reforma da execução civil, dentre as quais destacamos a imposição de sanção pecuniária ao devedor que não paga a dívida no prazo que lhe é fixado, sob os mais variados argumentos, sem levar em conta ao menos o princípio constitucional que prescreve a celeridade e a consequente efetividade do processo como direito fundamental (CF, art. 5º, LXXVIII).

O principal obstáculo que se apresenta, no caso, é a redação da própria CLT, a partir da qual criou-se uma barreira à evolução das regras relativas à execução trabalhista. Não é demais lembrar que até mesmo a sentença líquida tem sido questionada sob o risível argumento de que a parte tem direito a um procedimento específico para discutir os cálculos da liquidação, tal como previsto nos arts. 879 ou 884 da CLT. Vale dizer, invocam-se as normas que tratam da liquidação como óbice a que a sentença fixe desde logo o valor devido, o que denota que o objetivo é apenas protelar a solução do feito.

A par disso, discute-se a subsidiariedade do Código de Processo Civil tão somente sob o enfoque positivista, sem levar em conta as razões

históricas em que se assentam as normas insertas na CLT. Com efeito, não se indaga dos motivos pelos quais a CLT instituiu as regras que atualmente contempla ou adotou, como norma subsidiária, os preceitos que regem os executivos fiscais (art. 889). Em relação ao primeiro aspecto, não é preciso muito esforço para constatar que se tratava de mera reprodução do pensamento individualista que impregnava a legislação processual até bem recentemente. Quanto à segunda questão, a análise mais atenta revela que a opção do consolidador também se baseou em razões históricas, especialmente no fato de, até fevereiro de 1940, o direito processual não ser nacionalmente unificado, o que só ocorreu a partir de 1.º.3.1940, quando entrou em vigor o Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939 (CPC/1939), que passou a regular o processo civil e comercial em todo o território brasileiro. Assim, antes do CPC/1939, é natural que a execução trabalhista se tenha socorrido de uma norma que tivesse alcance nacional. Embora editada posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho apenas recolheu as normas que já constavam de diplomas legais anteriores. A opção da CLT pela lei dos executivos fiscais, como norma subsidiária, portanto, não tem outra razão que não a fragmentação da lei processual no momento em que foram editados os diplomas legais consolidados. Por ser a CLT, como seu próprio nome o indica, apenas uma consolidação das normas anteriores, manteve a subsidiariedade da lei dos executivos fiscais, tal como previa o art. 71 do Decreto-lei n. 1.237, de 2.5.1939, incorporando tal dispositivo quase que *ipsis litteris* em seu texto. Assim, embora ao tempo em que a CLT foi editada já houvesse um processo civil nacionalmente unificado, continuou-se aplicando, subsidiariamente, o Decreto-lei n. 960, de 17.12.1938. E a opção do Decreto-lei n. 1.237 pela lei dos executivos fiscais era perfeitamente compreensível à época, uma vez que, em primeiro lugar, a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário. Logo, suas decisões eram atos administrativos,

tal como o era (e ainda é) a constituição dos créditos fiscais. Afora isso, como ainda não havia um Código de Processo Civil de alcance nacional, se completadas as lacunas do da legislação processual trabalhista com as os Códigos Estaduais, poderiam ser aplicados procedimentos variados, conforme a localização do órgão da Justiça do Trabalho perante o qual fosse processada a execução.

A partir da unificação das normas processuais, no entanto, não mais há razão para que a execução trabalhista se aplique subsidiariamente as normas dos executivos fiscais, mesmo porque em tais execuções, ao contrário do que ocorre nas execuções trabalhistas, a parte mais forte é sempre o exequente, e os títulos executados são sempre extrajudiciais. Superada a situação histórica que motivou a opção pela lei dos executivos fiscais, como norma subsidiária, não mais subsistem razões para o apego cego ao texto da lei, como se este tivesse poderes sobrenaturais.

De outra parte, é preciso ter em conta que o objetivo do legislador, ao instituir regras próprias para a execução trabalhista, era propiciar a satisfação dos créditos laborais com a maior brevidade e simplicidade procedimental possível. Diante disso, a especialidade da execução perante a Justiça do Trabalho cinge-se às disposições que conferem maior efetividade ao crédito trabalhista, escoimando do procedimento as formalidades que poderiam ser suprimidas sem causar efetivo prejuízo ao executado. A não ser assim, se estaria aplicando o texto legal contrariamente aos seus fins. É inadmissível, portanto, que se interprete as normas da CLT no sentido de que excluem as regras do direito processual comum que confirmam maior agilidade à execução, principalmente diante do princípio constitucional que garante a celeridade processual como direito fundamental do cidadão (CF, art. 5º, LXXVIII).

Por fim, é preciso ter em conta que as restrições à utilização das regras do processo civil

tinha uma justificativa que já não mais se aplica atualmente. Com efeito, o propósito dos idealizadores do processo do trabalho era evitar que ele fosse “contaminado” pelo formalismo que vigia no processo comum, prejudicando, assim, a celeridade inerente ao procedimento trabalhista. Diante desse contexto, era preciso evitar o perigo da invasão do processo civil, uma vez que, conforme registrou *Russomano*, “as remissões ao direito processual comum se podem tornar perigosas”⁽⁵⁾. Diversa, porém, é a realidade atual, em que o direito processual civil foi dotado de instrumentos muito mais eficientes do que o processo trabalho, cuja evolução parou no tempo.

Por conseguinte, é preciso rever o modelo tradicional de aplicação subsidiária do processo comum, adotando como diretriz não mais a omissão textual, mas a lacuna axiológica. Assim, ainda que a CLT contenha regras próprias, se o Código de Processo Civil passou a contar com norma mais avançada, que confere maior efetividade à execução, esta é que deve ser aplicada, e não a regra esclerosada do texto consolidado. Conforme bem adverte *Wolney de Macedo Cordeiro*, é preciso que o hermenêuta tome consciência de que o processo do trabalho, em especial no que tange à execução, deixou de ser vanguardista, perdendo tal posição para o processo civil. E, diante dessa inversão de posições, não faz sentido apegar-se à ideia de aplicação subsidiária conforme prevista literalmente na CLT⁽⁶⁾.

Ao instituir regras especiais para a execução trabalhista, o legislador operou dentro de um contexto em que, por exemplo, a citação para a execução era considerada essencial, e essa foi a razão pela qual tal ato foi mantido no processo do trabalho. Todavia, quando até o processo comum abandona tal postulado, considerando que o princípio reitor do processo deve ser o da

efetividade e chamando o executado a assumir os ônus da demora processual, é inconcebível que a mesma orientação não seja encampada pelo processo do trabalho, em que se discutem predominantemente créditos de natureza alimentar.

A defesa das conveniências do devedor, já reconhecido como tal em sentença transitada em julgado, conforme já referido, começa pela exigência de citação para a execução. Ora, a citação é ato que tem por finalidade cientificar a parte da existência do processo, integrando-a à relação jurídica processual. Considerando, porém, que o reclamado já foi notificado quando da propositura da ação e já teve a oportunidade de se defender, nada mais justifica que tenha de ser citado novamente, agora para pagar a dívida reconhecida. Afinal, a essa altura, o devedor já integra a relação processual e tem ciência da condenação. Quanto muito, haveria a necessidade de informá-lo acerca do valor da dívida, embora ele próprio pudesse elaborar os cálculos, modalidade de liquidação normalmente adotada nas execuções trabalhistas. Tratando-se, porém, de sentença líquida, o devedor já é intimado da sentença e do valor da condenação. Assim, não há necessidade de ser novamente citado para pagar a dívida.

A par disso, considerando que o débito foi reconhecido em sentença, não há razão para delongas. A propósito, convém relembrar a previsão do art. 467 da CLT, segundo o qual a falta de pagamento das verbas rescisórias incontroversas na data da audiência implica, para o empregador, uma multa de 50% sobre o valor devido. Ora, ainda que houvesse controvérsia originariamente, uma vez reconhecido o direito em sentença, principalmente após o trânsito em julgado, o crédito torna-se certo. Assim, também aqui desaparecem, juridicamente, as razões para a resistência do devedor. Diante disso, a consequência natural é que o devedor pague a dívida, não havendo justificativa para que fique esperando que o Estado o substitua e promova os atos necessários para atingir tal

(5) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. 2. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 850.

(6) CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Manual de execução trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 8-10.

objetivo, sem sofrer sanção alguma. Essa a filosofia que inspirou a reforma da execução no processo civil.

Além da demora processual, o sistema previsto na CLT implica a prática de inúmeros atos judiciais perfeitamente dispensáveis. Com isso, não apenas retarda-se a solução judicial, mas onera-se o Judiciário com a execução de atos que, a rigor, seriam desnecessários. E isso, como é óbvio, prejudica a efetividade da Justiça, uma vez que, enquanto se ocupa com a prática de atos que não precisaria realizar, deixa de executar outros, que são imprescindíveis ao cumprimento de suas funções. Desse modo, toda a sociedade paga os custos da conveniência e comodidade do devedor inadimplente.

No caso trabalhista, a própria CLT estabelece que “quando a sentença concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento” (art. 832, § 1º). Se é assim, na mesma linha do art. 467, não vemos justificativa para que não possa o juiz cominar uma multa pela falta de pagamento no prazo fixado. E, por conseguinte, não há óbice algum a que o parâmetro adotado seja o previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil, vale dizer, que seja cominada multa de 10%, caso a sentença não seja cumprida no prazo nela fixado. Afinal, se o juiz fosse adotar um parâmetro da própria CLT, este seria o art. 467 da CLT, caso em que o percentual da multa seria ainda mais elevado⁽⁷⁾.

O fato de a CLT conter normas próprias acerca da execução forçada não constitui óbice à aplicação da cominação do art. 475-J do CPC, mesmo porque tal sanção precede a execução forçada. A multa prevista na referida norma não ocorre dentro da fase executiva, mas antes que esta se inicie. Assim, a disciplina da CLT a respeito da execução em nada se contrapõe à

previsão do art. 475-J do CPC. E prova disso é que, conforme já referido, a própria CLT contém norma prevendo que o juiz fixará na sentença o prazo para o seu cumprimento. Ora, se tal prazo tivesse que ser, necessariamente, o fixado no art. 880 da CLT, a previsão do art. 832, § 1º, se revelaria inócua, o que iria de encontro ao princípio hermenêutico segundo o qual a lei não contém palavras inúteis.

Há os que argumentam que, no processo do trabalho, a “citação” para pagar a dívida pode ocorrer antes mesmo que se ofereça ao executado a oportunidade de discutir a conta (CLT, art. 884), o que inviabilizaria a cominação de multa, uma vez que o devedor pode discordar do valor apurado em liquidação. Entretanto, conforme já referido, a cominação da multa é pelo descumprimento espontâneo, que antecede a execução forçada. Por outro lado, mesmo que os cálculos ainda sejam passíveis de discussão, isso não obsta a cominação da multa, uma vez que o demandado poderá pagar a importância que considera correta e insurgir-se contra as parcelas que entende indevidas. Caso sua irresignação seja acolhida, como é óbvio, não terá que pagar a multa sobre o valor remanescente, por ser a multa acessório, que decorre do principal. Assim, sendo este indevido, aquela também não poderá ser exigida. Entretanto, se as alegações do devedor não prevalecerem, nada mais natural que incorra na multa sobre o valor não pago, uma vez que sua resistência era injustificada. A incidência da multa apenas sobre a parte não paga, aliás, é prevista expressamente pelo CPC (art. 475-J, § 4º). Diante disso, a simples possibilidade de haver divergências quanto ao montante da dívida não constitui óbice à cominação da multa pelo não pagamento no prazo estabelecido.

Não efetuando o reclamado o pagamento da dívida, segue-se a penhora, que deve incidir preferencialmente em dinheiro, para o que se utiliza normalmente o sistema Bacen-Jud. Todavia, ainda aqui a Justiça se curva aos interesses dos devedores inadimplentes e oferece-lhes comodidades. Apesar de estarem cientes de

(7) “Em caso de rescisão do contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.” (CLT, art. 467)

que devem pagar a dívida em determinado prazo e deixarem de fazê-lo, os reclamados ainda se queixam porque a penhora incidiu sobre diversas contas. E, em vez de mostrar-lhes que a responsabilidade por isso é deles próprios, por não haverem pago a dívida, é o Judiciário que se preocupa em atender aos interesses dos executados, facultando-lhes indicar uma conta na qual deva ocorrer a penhora. Ora, se o executado foi cientificado de que deveria efetuar o pagamento da dívida em determinado prazo, o mínimo que se poderia esperar dele é que atendesse ao que determinou a sentença, ainda mais se tem dinheiro em várias contas, suficiente para pagar diversas vezes o valor da dívida.

Mesmo após realizada a penhora, mais uma vez o processo do trabalho esquece que o autor (geralmente o trabalhador) já esperou durante toda a tramitação do processo até o trânsito em julgado da sentença, e, em caso de embargos, suspende a execução até que as questões suscitadas pelo executado sejam finalmente decididas. Assim, mais uma vez, procura-se cercar o executado que, apesar de condenado, não pagou sua dívida de toda proteção, para que não sofra risco algum. Vale salientar que, atualmente, não mais há norma legal concedendo efeito suspensivo aos embargos do executado, tratando-se, assim, de uma postura que remonta ao sistema do CPC anteriormente à reforma da execução, mantida na prática pelo temor de causar algum transtorno ao executado, por mais remoto que seja. Em outras palavras, mais uma vez invoca-se o possível risco de prejuízos ao executado para paralisar a execução, em detrimento do credor que já tem título reconhecido por sentença transitada em julgado.

A blindagem do executado não para por aí. Passando-se à expropriação dos bens, não são poucos os que resistem em adotar a ordem de preferência estabelecida pelo art. 647 do Código de Processo Civil, a saber: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação

em hasta pública e usufruto do bem penhorado. E tal recusa escuda-se na alegação de que a CLT contém regras próprias para a expropriação (art. 888).

Seguindo adiante, não tendo o autor requerido a expropriação por outra forma, caso decida participar da hasta pública, um sem-número de acórdãos nega-lhe a possibilidade de fazê-lo por valor inferior ao da avaliação. Se fosse um terceiro poderia, mas se é o próprio reclamante, que já foi lesado porque não recebeu os seus créditos na época oportuna, que está sendo penalizado por não ter o executado pago a dívida, nem mesmo depois de ser reconhecida em sentença transitada em julgado, e prejudicado porque ninguém mais se interessou pelos bens penhorados, agora é sobrecarregado com o ônus de pagar pelos bens que ninguém quis o valor pelo qual foram avaliados. Quanto ao fundamento para tal entendimento, invoca-se uma suposta imoralidade na aquisição por valor inferior à avaliação, o que, entretanto, só vale para o exequente. É óbvio que a suposta imoralidade visa apenas a resguardar os interesses do executado que não moveu uma palha para que o direito reconhecido fosse satisfeito. E de quebra resolve o problema do Judiciário, que declara a quitação da dívida, sem necessidade de realizar novos atos executivos.

Caso a arrematação seja deferida a um terceiro, havendo embargos, de igual modo, procura-se preservar, antes de tudo, os interesses do executado. Nesse contexto, o exequente só irá receber o seu crédito após exauridas as discussões acerca da validade da expropriação, de modo que, se houver algum revés, o executado não sofra prejuízo algum.

Eis, aí, em grandes linhas, o perfil da execução que vem sendo adotada nos juízos trabalhistas, permeada pela preocupação, acima de tudo, com a proteção ao executado, a fim de não causar-lhe desconfortos ou de provocar-lhe o mínimo de incômodos possíveis. Com isso, inverte-se a prioridade da tutela, preferindo-se a proteção do devedor inadimplente, em detrimento do credor insatisfeito.

8. Conclusão

O ideal seria que a prestação jurisdicional proporcionasse à parte vencedora tudo aquilo que obteria caso seus direitos tivessem sido espontaneamente respeitados. Embora, como regra, não seja possível oferecer uma reparação imediata aos direitos violados, não faz sentido transformar a controvérsia fática ou jurídica e a consequente demora na solução judicial em instrumento para obtenção de vantagens em favor dos que atentam contra os direitos alheios.

Conforme bem ponderou *Chiovenda*, “a necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão”. Afinal, “a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão”⁽⁸⁾. Impõe-se, assim, que os ônus do processo sejam atribuídos à parte que, embora sem ter razão, ainda assim se dispõe a litigar ou resiste em reconhecer o direito de reparação invocado pelo lesado.

Não negamos o direito ao exercício da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme garante o art. 5º, inciso LV,

da Constituição Federal. O que defendemos, no entanto, é que os sujeitos que insistem em demandar, mesmo sem ter razão, arquem com as consequências de suas escolhas, ainda que não haja malícia de sua parte. Afinal, a convicção de estar agindo em conformidade com o direito não modifica a situação dos que sofrem os efeitos da conduta da parte sucumbente.

Por fim, uma vez definido o direito, devem ser adotadas todas as medidas legais para a mais rápida satisfação da parte vencedora, não se podendo transferir exclusivamente ao credor os riscos ou ônus da demora processual, nem podem as despesas do processo suprimir-lhe parte do direito judicialmente reconhecido.

9. Referências bibliográficas

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. Trad. da 2. ed. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Manual de execução trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. 2. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

(8) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. Trad. da 2. ed. por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 199-200.

Por um conceito jurídico de empresa coerente com a dignidade da pessoa

Rosemary de Oliveira Pires^(*)

Resumo:

- Empreende-se um amplo estudo dogmático com vistas à identificação da importância da empresa no cenário de diversos ramos do direito, buscando-lhe um conceito estrutural e uma reflexão sobre a influência de seus elementos no que concerne ao cumprimento da garantia da dignidade humana. Passa-se ao desenvolvimento expositivo das diversas teorias sobre a empresa, tendo como polos de análise a sua identificação como coisa ou como pessoa, seguindo-se à respectiva apuração no âmbito do Direito do Trabalho. Finalmente, a análise toma um rumo crítico e propositivo visando afirmar um conceito de empresa como pessoa envolvente do valor da dignidade humana. O método adotado é o da vertente dogmático-teórica, investigando a legislação e a doutrina sobre o tema.

Palavras-chave:

- Empresa — empregador — dignidade da pessoa.

Índice dos Temas:

- Introdução
- Parte 1. A dogmática da empresa
 - 1.1. A empresa no direito internacional público
 - 1.2. A empresa no direito internacional privado
 - 1.3. A empresa no direito administrativo
 - 1.4. A empresa no direito econômico
 - 1.5. A empresa no direito tributário
 - 1.6. A empresa no direito da seguridade social
 - 1.7. A empresa no direito agrário
 - 1.8. A empresa no direito de empresa
- Parte 2. Teorias da empresa-coisa
 - 2.1. Teoria da empresa-estabelecimento
 - 2.2 Teoria da empresa-atividade

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

- ▶ 2.3. Teoria da empresa-organização
- ▶ 2.4 Teoria dos círculos concêntricos: estabelecimento-empresa-empresário
- ▶ Parte 3. Teoria da empresa-pessoa
- ▶ Parte 4. A empresa-empregadora: coisa ou pessoa?
- ▶ Parte 5. A empresa-empregadora e a dignidade da pessoa
- ▶ Parte 6. Conclusões
- ▶ 7. Referências bibliográficas

“Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.”⁽¹⁾

Introdução

O estudo ora apresentado está estruturado em seis partes.

O que se pretende na primeira parte é proceder a um estudo dogmático, buscando clarear uma visão da importância senão também do conceito estrutural da empresa, tal como aplicado no âmbito das ciências especiais do direito, no sentido de provocar uma reflexão sobre a influência de seus elementos, no que concerne ao cumprimento de sua função primordial — destarte função primordial de todo o direito —, que é a garantia do valor da dignidade humana, assim consagrado e exigido pela Constituição Federal (art. 1º, III).

Após apresentados os conceitos, aptos a identificar a importância que é dada à empresa nos ramos estudados, passa-se ao desenvolvimento da segunda e terceira partes, que tratam de identificar as diversas teorias da empresa, polarizadas na sua concepção como coisa ou como pessoa.

A quarta parte busca aprofundar a pesquisa doutrinária do conceito da empresa como coisa ou pessoa no ramo específico do Direito do Trabalho ou, em termos mais precisos, na estrutura da relação empregatícia, alguns a

tomando como objeto, outros a definindo como sujeito de direito e outros, ainda, tendo-a como pessoa de direito.

Na quinta parte, há um avanço dessa análise, imprimindo à apuração um sentido crítico e propositivo capaz de envolver no conceito de pessoa o valor da dignidade humana.

É na sexta e última parte que são extraídas as conclusões de todo o estudo empreendido.

Parte 1. A dogmática da empresa

1.1. A empresa no direito internacional público

O foco desta abordagem limita-se às empresas transnacionais, novas protagonistas não governamentais no âmbito das relações internacionais, e cuja relevância foi apontada por Laler, em razão de terem assumido papel preponderante “(...) na transferência internacional de recursos”, responsáveis também pela criação de “um esquema de planejamento privado em escala transnacional, que passou a ser regulado por um direito de alcance internacional, em boa medida independente dos Estados e das organizações internacionais, a que alguns autores têm dado o nome de *lex mercatoria*”.⁽²⁾

Constata o jurista que essa *lex mercatoria* ou, como ainda chama, esse direito internacional privado das empresas transnacionais, englobante de contratos de compra e venda

(1) COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 3.

(2) LAFER, Celso. *Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional*, p. 99.

internacionais de fornecimento de equipamentos e de investimentos, “cujo escopo o direito Público Interno e Internacional tem se revelado incapaz de controlar na sua inteireza” — tanto quanto o direito Internacional público de cooperação, ambos vistos como novas modalidades jurídicas, fruto da interdependência e internacionalização da economia — não tem “contribuído para diminuir a brecha entre os desenvolvidos e os subdesenvolvidos”⁽³⁾.

Releva observar que o direito interno, no que respeita ao controle da presença e das atividades das empresas transnacionais, é tão ligeiro quanto o direito internacional público.

No Brasil, com efeito, nem se cogita ainda em editar um regulamento próprio que constitua uma *lex mercatoria* interna, própria e adequada a tais empresas, pois “logicamente insustentável ter como iguais perante a lei a sociedade multinacional e a quitanda da esquina...”⁽⁴⁾

Da Constituição Federal, consta apenas uma referência direta às empresas multinacionais: a lei disciplinará, diz, com base no interesse nacional, os investimentos em capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. Nesse sentido, foi editada a quase cinquentenária Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962, que praticamente limitou-se a disciplinar burocraticamente o controle dos capitais estrangeiros no País, instituindo o registro de seu ingresso, dos reinvestimentos, do repatriamento e da remessa de lucros.

Enfim, nada além poderia ser esperado, pois ao capital estrangeiro que se investir no País, segundo o art. 2º dessa lei, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas em tal lei.

De acordo, aliás, com a posição tradicional do Direito brasileiro em relação ao capital

estrangeiro e, em particular, às multinacionais que, segundo Wald,

(...) foi sempre extremamente acolhedora, não estabelecendo, no tocante ao seu ingresso, nenhuma espécie de restrição ou limitação”⁽⁵⁾.

Preocupante situação, haja vista que tais empresas, sobretudo num mundo globalizado, pelo fato da grandeza e influência de suas operações, podem constituir-se a maior fonte de perturbação tanto positiva quanto negativa no ambiente humano, natural e social. A propósito, insta reportar as consequências de suas atividades no meio ambiente natural, no trato do aquecimento global, e no meio ambiente social, no trato da recente crise econômica de ordem também global.

Sobre a responsabilidade da empresa no que respeita ao aquecimento global, aponta-se, por exemplo, que na degradação dos oceanos, é inequívoca a responsabilidade maior das empresas dedicadas ao transporte, à pesca, à exploração do solo e subsolo marinho, à instalação de equipamentos fixos, como faróis, cabos, oleodutos submarinos, e de produção de energia, as quais, juntamente com as operações estratégico-militares, constituem, “as seis espécies diversas de uso do mar”⁽⁶⁾. E no que respeita às emissões de carbono (CO₂) na atmosfera, os exemplos ainda mais se avolumam em relação às indústrias de diversos ramos de atividade.

Sobre a responsabilidade da empresa no que respeita à crise econômica global deflagrada pela quebra de instituições de empréstimo imobiliário dos EUA, nenhuma dúvida passou a pairar sobre a necessidade de uma regulamentação maior no que tange às operações financeiras das empresas, em especial as realizadas entre as instituições bancárias e securitárias, que, promovendo operações em circuito,

(3) *Ibidem*, p. 100.

(4) COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 8.

(5) WALD, Arnoldo. *Estudos e pareceres de direito comercial*, p. 325-326.

(6) RANGEL, Vicente Marotta, *Preservação dos mares: a contribuição do direito internacional*, p. 243.

conhecidas como “derivativos”, acabaram por distribuir os riscos de forma desordenada e perigosa, comprometendo toda a cadeia institucional, como visto.

Esses dois enfoques supra-apontados — aquecimento global e crise econômica mundial — são exemplos emblemáticos a revelar a necessidade cada vez mais premente de se corrigir a ausência de uma regulamentação jurídica supranacional capaz de envolver uniformemente empresas de todo o mundo que, pelas atividades por elas desenvolvidas, são capazes de comprometer, em alta medida, o equilíbrio de todos os países em diversas esferas de interesses públicos.

Muito se há, pois, que avançar no direito internacional público, mostrando-se insuficiente apenas um direito interno e restrito, certo que o fenômeno da globalização afetou não apenas o mundo empresarial, mas transformou todos em agentes ativos e passivos das transformações positivas e negativas de uma grande e atual aldeia.

1.2. A empresa no direito internacional privado

No que tange ao direito internacional privado, impende enfocar a importância dada às empresas estrangeiras pelo direito brasileiro, medindo-a, primeiramente, pelas normas de seu reconhecimento e, em sequência, pelas normas relativas à aplicação do direito nacional ou extraterritorial à sua organização e atividades no território brasileiro.

As normas do reconhecimento das empresas como sujeitos de direito brasileiro, sejam elas brasileiras ou estrangeiras, são idênticas e benígnas. São brasileiras, diz o art. 171 da Constituição Federal, as empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. *Contrario sensu*, as empresas constituídas sob direito outro que não o nacional ou que não tenham aqui sua sede e administração são estrangeiras.

O direito que rege a organização das empresas nacionais ou estrangeiras, segundo o

art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, é o do Estado em que se constituírem.

Assim sendo, tanto quanto para as chamadas pessoas físicas, o direito do Estado do nascimento das “organizações” é que rege a sua formação ou “constituição”. Observe-se que o texto desse art. 11, embora mencione “organizações destinadas a fins de interesse coletivo”, estende-se às organizações destinadas, antes, a fins de interesse privado, como são as empresas de caráter econômico.

Para ambas, empresas brasileiras e estrangeiras, a Constituição Federal assegura igualmente “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (parágrafo único do art. 170). As restrições ao exercício no Brasil, da liberdade de iniciativa das empresas estrangeiras, foram, pois, confiadas à lei, conforme o citado parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal. O direito brasileiro ampara, dessa forma, pelo princípio da legalidade, a presença e as atividades das empresas estrangeiras no País.

As restrições são poucas e, salvo no que tange às empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, praticamente formais.

Estão dispostas na Lei de Introdução ao Código Civil e na Constituição Federal. Assim: a condição para que tenham aqui agências, filiais ou estabelecimentos, é a aprovação de seus atos constitutivos pelo Governo brasileiro (§ 1º do art. 11, da Lei de Introdução ao Código Civil). Ainda: as empresas que os Governos estrangeiros tenham constituído, dirijam ou tenham investido de funções públicas não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação (§ 2º do mesmo art. 11).

A aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por empresa estrangeira, assim como os casos em que tais operações dependerão de autorização do Congresso Nacional serão, diz o art. 190 da Constituição Federal,

regulados em lei (Lei n. 5.709/1971, regulamentada pelo Decreto n. 74.965/1974). Observe-se que a restrição não é ao capital estrangeiro, mas à empresa estrangeira, ou seja, somente à empresa constituída sob o direito estrangeiro e que não tenha aqui a sua sede e administração, conforme definições já expostas.

O art. 222 da Constituição Federal restringe igualmente a liberdade de iniciativa das empresas estrangeiras e empresas brasileiras sob controle de capitais estrangeiros, no que tange às empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; limita-lhes a participação no capital e veda-lhes a sua gestão. A Lei n. 10.610/2002 disciplina tais restrições.

1.3. A empresa no direito administrativo

A Constituição Federal reduziu à mínima porção a função empresarial do Estado. Optou por deferir-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como agente apenas normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, da Constituição Federal).

Com efeito, conforme se lê no art. 173 da Constituição Federal, a exploração direta da atividade econômica é cometimento próprio das empresas privadas. Excepcionalmente poderá empreendê-la o Estado. Ou seja, somente (a) nos casos previstos na própria Constituição e (b) nos casos definidos em lei, “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

O art. 177 da Constituição Federal prevê os casos em que compete exclusivamente ao Estado a exploração direta da atividade econômica: pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e

gás natural de qualquer origem; pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos.

Não obstante o monopólio constitucional, todos esses empreendimentos, com exceção dos relacionados à manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X, da Constituição Federal), bem como a minérios e minerais nucleares e seus derivados, poderão ser transferidos contratualmente, mediante autorização, concessão ou permissão, às empresas privadas (§ 1º, art. 177, da Constituição Federal).

A exploração indireta da atividade econômica pelo Estado, permitida apenas nos casos definidos em lei, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme já indicado, é feita pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, as quais não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (§ 2º, art. 173, da Constituição Federal).

Mesmo assim, sob tal aspecto, entende Silva que a exploração da atividade econômica pelo Estado, exclusivamente pela empresa (empresa pública ou sociedade de economia mista), indica uma “limitação institucional”⁽⁷⁾ a prestigiar claramente esse instrumento de participação estatal na economia.

A Constituição Federal permitiu que mesmo os serviços públicos propriamente ditos sejam prestados pelas empresas privadas, sob regime de concessão ou permissão, mediante licitação (art. 175). Diz a Constituição que a lei disciplinadora dessa transferência disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; a

(7) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 518.

política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Finalmente, a Constituição Federal também reserva às empresas privadas a exploração, mediante concessão, das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, os quais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento.

Percebe-se nitidamente a exponencial relevância da presença da empresa no âmbito das atividades administrativas do Estado.

É, com efeito, a empresa privada ou pública — aqui também compreendidas as sociedades de economia mista — que empreende todas as atividades econômicas chamadas a si pelo Estado; é ela que executa a exploração sob o regime de monopólio deferido à União, e é ela, finalmente, que presta os serviços públicos se assim, ao líbido do Poder Público, devam ser prestados.

1.4. A empresa no direito econômico

No esforço de classificação deste ainda recente ramo do direito, Souza distribui os respectivos conceitos em teorias de visão ampla e teorias de visão parcial.

As primeiras encontrariam no direito econômico “a expressão de uma universalidade jurídica centralizadora por predominância do econômico”⁽⁸⁾. As segundas, “tomam elementos considerados fundamentais, catalisadores de toda a estrutura deste ramo do Direito, e em torno deles constroem todo o edifício”⁽⁹⁾.

Dentre estas últimas, Souza dá relevo às teorias baseadas no sujeito do direito econômico, ressaltando a empresa, tanto que “respeitável corrente encabeçada especialmente pelo suíço Hüg, seguido de perto por Kaskel, Lehman e Kiraly, adota a posição de considerar o direito econômico como direito da empresa”⁽¹⁰⁾.

Relata ainda Souza, a propósito do conceito de empresa no campo da literatura jurídica, o dissenso entre aqueles que o têm no sentido de empreendimento, objeto, pois, de direito, e os que o têm como sujeito do empreendimento, ou seja,

(...) pessoa jurídica que independentemente das responsabilidades pessoais de proprietário, assume obrigações e adquire direitos, tal como vários documentos legislativos brasileiros a definem⁽¹¹⁾.

Embora não conceba o direito econômico como direito da empresa, Souza considera a empresa, ao lado do Estado, como pessoa ou sujeito das relações de direito econômico, dizendo-se apoiado “em razões científicas e baseadas no conceito de direito econômico”⁽¹²⁾ por ele adotado.

Consagra então à empresa, como sujeito das relações de direito econômico, nada menos do que oitenta e sete páginas de seu “direito econômico”, destacando-se, dentre os trinta e três subtítulos em que divide a matéria, a teoria da empresa nos diversos ramos jurídicos, o direito da empresa, tipos de empresa e sua estrutura de comando, nacionalidade, empresas nacionais, nacionalizadas, estatais, estrangeiras, ideologia e empresa, política econômica e empresa, relações empresariais, integração de empresa, alargando o espaço consagrado às multinacionais, sobre as quais aborda a matéria de sua conceituação, natureza jurídica, transformação, controle jurídico e regime jurídico brasileiro⁽¹³⁾.

Tomada pelo prisma do direito econômico, ressalta Souza que, “a empresa é considerada como um instrumento decisivo no exercício da política econômica”. Se estatal, é por ela que atua o poder público na realização de seus objetivos econômicos; se particular, é “o principal acionador da vida econômica”.

(8) SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*, p. 84.

(9) *Ibidem*, p. 95.

(10) *Idem*.

(11) *Idem*.

(12) *Ibidem*, p. 262.

(13) *Ibidem*, p. 294-381.

Enfim, tomando-a como sujeito da relação jurídica, atribui-lhe Souza “função primacial na política econômica”⁽¹⁴⁾, coerente, pois, com a sua definição do direito econômico como

(...) ramo do direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as — pelo princípio da “economicidade” — com a ideologia adotada na ordem jurídica⁽¹⁵⁾.

1.5. A empresa no direito tributário

A Constituição Federal, ao dispor sobre as limitações do poder de tributar conferido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é extremamente avara no que se refere à imunidade ou à exclusão de empresa do campo de incidência da tributação.

Tendo em vista que não se pode considerar como empresa as entidades do próprio Estado, os templos de culto religioso, os partidos políticos e respectivas fundações, os sindicatos dos trabalhadores, e as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, livres de tributação estariam apenas aqueles que pudessem incidir sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão” (art. 150, VI, d).

E mais: o Código Tributário Nacional, no que respeita à capacidade passiva, diz que independe dela da capacidade civil das pessoas naturais, ou de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios, ou, finalmente, de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

Ou seja, todas as empresas, individuais ou coletivas, personificadas ou não, civis ou

comerciais, públicas ou privadas, urbanas ou rurais... estão sujeitas ao poder de tributar conferido à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Daí o sempre repetido discurso concernente à importância do direito tributário na vida e no desenvolvimento das empresas, estando já disseminadas as técnicas do planejamento tributário, como meio de conter licitamente e pelo princípio da economicidade a sanha arrecadatória e, por que não dizer, predatória do Estado brasileiro.

E, paralelamente, o quase nenhum discurso sobre a importância da empresa na formação e transformações do direito tributário. Compreensível esse “quase nenhum” porque seria mesmo desperdício inutilmente energias para constatar o que é óbvio e notório: o direito tributário dispõe sobre a instituição, cobrança, fiscalização e aplicação dos tributos que incidem, em geral, sobre a propriedade, produção ou circulação de riquezas econômicas, as quais, por sua vez, estão compreendidas, envolvidas ou geradas nas atividades empresariais.

Suficientes, para constatá-lo, os números estampados no orçamento da União, a título de receita prevista dos tributos arrecadados das empresas em comparação com os arrecadados das pessoas físicas, embora não haja, em seu corpo, qualquer diferença entre as pessoas físicas e empresários individuais.

1.6. A empresa no direito da seguridade social

Como sabido, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da Constituição Federal).

Embora a Constituição Federal, em seu art. 195, preveja também a contribuição a cargo dos empregados e dos importadores de bens ou serviços do exterior ou a eles equiparados,

(14) *Ibidem*, p. 304.

(15) *Ibidem*, p. 3.

além da contribuição incidente sobre a receita de concursos de prognósticos, para custear o sistema da seguridade social, a maior soma dos recursos destinados a essa finalidade recai, sem dúvida, sobre os ombros das empresas.

E assim seria, ainda que se não considerasse como empresa, na forma da Lei n. 8.212, de 24.7.1991, instituidora do plano de custeio da seguridade social, nos termos do seu art. 15, a sociedade sem fins lucrativos, os órgãos e entidades da administração pública, o empregador doméstico e os equiparados (o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras).

O princípio da solidariedade contributiva no financiamento da seguridade social, compartilhado pelo Estado e pela sociedade, embora da parte desta recaia antes sobre as empresas do que sobre outras fontes, justifica-se, no parecer de Cunha, pois

(...) aqueles que usam a força vital do homem para a geração de riquezas, devolvem parte desse produto aos mesmos trabalhadores ou aos seus dependentes na sua inatividade ou falecimento.⁽¹⁶⁾

A empresa contribui, cumulativamente, sobre a folha de salários, rendimentos do trabalho pagos a qualquer título a pessoas físicas prestadoras de serviços, empregados ou não, receita ou faturamento e sobre o lucro (art. 195 da Constituição Federal). Essas contribuições poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (art. 195, § 9º, da Constituição Federal).

E tão relevante é a sua participação que a Constituição Federal, temendo a falência do

sistema securitário pelo fato do inadimplemento das empresas, chega ao ponto de descer à minúcia da sanção para o caso de estarem em débito para com ela. Diz, com efeito, que a empresa em débito para com o sistema de seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (§ 3º, do art. 195, da Constituição Federal).

1.7. A empresa no direito agrário

Embora a população urbana do país haja superado a rural, o Brasil continua sendo ainda um País eminentemente agrícola, considerando-se a participação da produção dessa natureza no PIB nacional e na balança comercial.

Daí a importância singular das empresas rurais que são, sem dúvida, as principais responsáveis pelas atividades econômicas rurais, que são a extração, a agricultura, a pecuária e a agroindústria.

Embora tenha haurido do direito comercial principalmente “(...) o conceito de empresa em geral e de pessoa jurídica”⁽¹⁷⁾, o direito agrário, fundado nuclearmente nas disposições contidas no chamado “Estatuto da Terra” (Lei n. 4.504, de 30.11.1964), assenta particularidades que o singularizam inclusive em relação ao novel direito de empresa estatuído no corpo do Código Civil.

Tais particularidades, certamente ligadas à secular tradição da exploração das áreas rurais neste País, orientaram o legislador na regulamentação da empresa rural, que o Estatuto da Terra define como sendo, *in verbis*:

Art. 4º (...)

VI – o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de rendimento econômico da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel, segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo.

(16) CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. *Princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988*, p. 36-37.

(17) OPITZ, Sílvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*, p. 22.

A exploração econômica e racional de imóvel rural, de natureza extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, constitui, pois, “(...) o conteúdo da atividade da empresa rural”⁽¹⁸⁾, que poderá ser empreendida tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Serão, pois, para os efeitos do direito agrário, tanto um quanto o outro, igualmente considerados empresas rurais.

Para o direito comum, entretanto, a pessoa jurídica, embora seja considerada empresa rural, só será considerada sociedade empresária se constituída ou transformada de acordo com um dos tipos de sociedade empresária indicados no Código Civil, que tenha requerido a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

Outra particularidade da empresa rural é a sua natureza civil. Assim, a exploração de imóvel rural por uma sociedade, exige que seus atos constitutivos sejam registrados no registro próprio das sociedades civis, a não ser se organizada nos moldes das sociedades por ações ou sociedade empresária, quando seus atos constitutivos devem ser inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis.

Releva notar ainda a possibilidade de a empresa rural constituir-se como empresa pública, ainda que o Estado só possa empreender a exploração de imóvel rural “para fins de pesquisas, experimentação, demonstração e fomento”, conforme dispõe o art. 10, § 1º, do Estatuto da Terra — Lei n. 4.504, de 30.11.1964).

Porque condicionada a existência da empresa rural ao rendimento econômico da região em que se situe e à exploração de área mínima agricultável do imóvel, um número considerável de ruralistas foi excluído do conceito e da proteção que o Estatuto da Terra propicia às empresas rurais.

Em que pese a relevância desse contingente no País, observam Optiz e Optiz que, não

(18) *Ibidem*, p. 47.

constituindo “uma economia fechada”, não deixa de ser, como no passado foi, “uma empresa rural no sentido econômico”⁽¹⁹⁾.

1.8. A empresa no direito de empresa

O novo Código Civil brasileiro incorporou parcialmente, sob o nome de direito de empresa, até então não consagrado na legislação, inovando em grande parte a pletora das normas concernentes ao empresário, seja ele individual seja social. Assim, não criou um direito de empresa propriamente dito, mas como que um capítulo do direito da sociedade, em que a empresa é considerada como “algo” do empresário, seja ele individual ou social.

Com efeito, segundo esclarecimento de Reale, o título do Livro II do novo Código, “Do Direito de Empresa”, não passa de uma sinédoque, já que o termo “empresa” nele figura para significar apenas “uma parte pelo todo que é o direito da sociedade”. Reale justifica essa opção “(...) por se cuidar mais, no citado Livro, da sociedade empresária...”⁽²⁰⁾. Sociedade empresária que, no caso das companhias, “constitui evidente abuso de retórica”, repara Comparato⁽²¹⁾.

O Livro II do novo Código está dividido em quatro títulos, cuidando o primeiro do empresário; o segundo da sociedade; o terceiro, do estabelecimento e, o último, de institutos complementares, como o registro da empresa, o nome empresarial, os prepostos, o gerente, o contabilista e a escrituração.

Deixando-se ofuscar pela figura “socialmente prestigiada do empresário” capitalista ou investidor, critica Afonso Barbosa o codificador, que, atrelado aos encantos passadistas do comércio e do comerciante, aparentou

(...) cuidar do empresário e da sociedade empresária enquanto, na verdade, tratava de

(19) *Ibidem*, p. 52.

(20) REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, p. 18.

(21) COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 18.

envolver-se com o comerciante e o contrato de sociedade. O conteúdo de praticamente todas as divisões e subdivisões desse Livro II da Parte Especial do novo Código demonstra, até mesmo à simples leitura, que o modesto objetivo efetivamente logrado, tenha ou não sido verdadeiramente almejado, foi o de fixar o estatuto jurídico-contratual de todas as diversas sociedades. Objetivo este que poderia ter sido coerentemente conquistado se inserida a soma de quase todas as suas numerosas disposições na parte do Código que lhes caberia albergar, ou seja, no Título VI, do Livro I, da Parte Especial, entre os contratos, já que sociedade, tanto para o vetusto quanto para o novo Código, continua a ser um simples contrato, conforme conceito firmado em diversos artigos de sua regulamentação, a partir da disposição geral do art. 981. Verdadeiramente, não um ‘direito de empresa’, como invoca a epígrafe do Livro II da Parte Especial do novo Código, mas um ‘direito societário’ e, mesmo assim, das sociedades contratuais ou concebidas no campo da contratualidade civilista, ainda carcomido pela decrépita ideologia do liberalismo individualista e voluntarista⁽²²⁾.

Parte 2. Teorias da empresa-coisa

2.1. Teoria da empresa-estabelecimento

O conceito de estabelecimento no direito brasileiro corresponderia, segundo Carvalho de Mendonça, ao conceito de *negotium*, no direito romano; *fonds de commerce*, no Direito francês; *azienda commerciale*, no Direito italiano; *Geschaef* ou *Hendelsgeschaef*, no Direito alemão e austríaco, e *goodwill* ou *goodwill of a trade* no direito inglês e norte-americano⁽²³⁾.

(22) AFONSO BARBOSA, Arnaldo. *A pessoa em direito: uma abordagem crítico-constitutiva* referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin, p. 448-449.

(23) CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 16-7.

Após referir-se à dificuldade de se determinar a exata natureza jurídica do estabelecimento, anotando inclusive a “absoluta falta de orientação científica e prática” na área jurisprudencial, define:

(...) estabelecimento comercial é simples universalidade de fato... conjunto de cousas, criado, constituído e dirigido pela vontade do homem... não tem, pois, existência autônoma; é uma coisa.⁽²⁴⁾

A identificação do conceito de empresa com o de estabelecimento, e a definição deste como conjunto ou universalidade de coisas ou de direitos, presta-se com perfeição às concepções ligadas ao direito de propriedade.

Versando sobre o direito italiano, assenta Ferreira a repulsa à concepção personalista da empresa pelo respectivo Código Civil e, ao que parece, dele próprio, afirmando: a subjetividade é do empresário; não da empresa. É o empresário que

(...) exercita a atividade profissional, como explorador da universalidade de bens que constitui a empresa. Ou o estabelecimento. Não ocupa a empresa lugar nenhum no espaço italiano. Nem em parte alguma. Tem ela existência puramente ideal⁽²⁵⁾.

“Nem em parte alguma”... Com efeito, diz o referenciado comercialista que, se é por meio do estabelecimento que o empresário exercita a sua atividade, ou a empresa se confunde com ele, como sujeito de direito,

(...) ou não tem sentido em direito. Não é do mar. Nem da terra. Parece que é do ar e, por isso mesmo, volátil, indeciso, ora claro, ora escuro, como nuvem. Daí assinalar-se a sinceridade com que Ferrara Júnior chega à conclusão de que o conceito de empresa não tem na realidade importância para o Direito...⁽²⁶⁾.

(24) *Ibidem*, p. 17.

(25) FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 83.

(26) *Ibidem*, p. 90-91.

Insiste o crítico, continuando a referir-se ao direito italiano: esdruxularia se entremostra que a

(...) *azienda* tenha dois sujeitos de direitos ao mesmo tempo: a *impresa* e o *imprenditore*. Este sim; a um tempo é o proprietário da *impresa* e da *azienda*, que são objetos de direitos e nessa categoria se inscrevem⁽²⁷⁾.

Atento ao que chama “transfiguração econômica e social da empresa”, Ferreira admite que, na prática e inclusive por obra do legislador, o conceito de empresa se possa haver como estabelecimento, referindo-se a diversos dispositivos legais, dentre os quais alguns contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, nomeadamente o seu art. 2º que conceitua a empresa como empregadora... sem maiores esclarecimentos sobre a indicada simbiose estabelecimento-empresa⁽²⁸⁾.

2.2. Teoria da empresa-atividade

A empresa, como atividade profissional organizada pelo empresário, é o sentido funcional da empresa conforme exposição de motivos do Código Civil Italiano em vigor.

Após a dicionarização por Moraes Silva da empresa como negociação, trabalho, exploração de comércio ou indústria, vulgarizou-se o seu sentido⁽²⁹⁾, ligando-o à “importância do serviço ou indústria que faz o seu objeto, a repetição dos atos e a organização dos serviços em que se explora a atividade de outrem”, na observação de Inglês de Souza⁽³⁰⁾.

Após reportar-se à teoria da simbiose da empresa ou do empresário, ou da “empresa como expressão sinônima do próprio empresário, pessoa natural ou pessoa jurídica”, Ferreira anota, a propósito, a aversão da doutrina italiana a tal coincidência, citando Bracco, para o qual é “maior o número de

quantos consideram a empresa como ‘atividade’, isto é, como ‘atividade do empresário’”.

Abonando tal entendimento cita Ferri e Ferrara, para os quais a disciplina jurídica da empresa é “a disciplina da atividade do empresário”⁽³¹⁾; Sforza, para o qual a empresa “não é coisa, mas atividade organizadora, ou organização de atividades várias que produzem bens ou serviços”; Oppo, para o qual empresa é “forma de atividade” e, mais propriamente é “modo da organização e desenvolvimento da atividade econômica”⁽³²⁾.

Enfim, segundo ainda Bracco,

(...) no pensamento de Carnelutti, ‘a empresa é um ato’ e, precisamente, não é mais do que ‘o estabelecimento (*azienda*) em ação ou em movimento, do mesmo modo que o estabelecimento é a empresa em quietude; e Maroi chegou ao asserto de que a empresa não é mais do que ‘a forma de exercício do estabelecimento’⁽³³⁾.

2.3. Teoria da empresa-organização

A empresa, como organização do trabalho que dá lugar à atividade profissional do empresário é o sentido instrumental da empresa conforme exposição de motivos do Código Civil Italiano em vigor⁽³⁴⁾.

Para Carvalho de Mendonça, a empresa, tanto em direito quanto em economia,

(...) é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade⁽³⁵⁾.

(27) *Ibidem*, p. 89.

(28) *Ibidem*, p. 97.

(29) *Ibidem*, p. 64.

(30) *Idem*.

(31) *Ibidem*, p. 73-74.

(32) *Idem*.

(33) *Ibidem*, p. 75.

(34) *Ibidem*, p. 83.

(35) CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, p. 492.

Tal definição teria a adesão de Vivante, Bolaffio, Aandré Liesse e Léon Say & Chailley, além de Rocco, para o qual “o elemento específico constitutivo da empresa, no sentido do Código italiano” é “o fato da organização do trabalho de outro”. Distingue, assim, a empresa da Pessoa do empresário, que tanto pode ser Pessoa física quanto jurídica, observando ainda que o elemento econômico da empresa é “a organização dos fatores de produção”⁽³⁶⁾.

2.4. Teoria dos círculos concêntricos: estabelecimento-empresa-empresário

Ferreira, em sua elucidativa “teoria dos círculos concêntricos”, parece bem sintetizar as posições da doutrina nacional sobre a natureza jurídica da empresa, relacionando-a ao estabelecimento e ao empresário. Estabelecimento, empresa e empresário seriam “três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico”.

Do fenômeno comercial, seria expressão o estabelecimento, constituído pelos “bens, corpóreos e incorpóreos... como universalidade de fato”. Do fenômeno econômico-social, seria expressão a empresa, que se superpõe ao estabelecimento, “como organização do trabalho e disciplina da atividade, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica”⁽³⁷⁾. Finalmente, do fenômeno jurídico, seria expressão o empresário, pessoa natural ou jurídica, a cujas vontades e diretrizes se subordinam o estabelecimento e a empresa, e que é o “sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos”⁽³⁸⁾.

(36) *Ibidem*, p. 493-494.

(37) FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, p. 86.

(38) *Idem*.

Parte 3. Teoria da empresa-pessoa

Segundo Ferreira, até a publicação, em 1865, em Heidelberg, do primeiro volume do *Das deutsche Handelsrecht* da autoria de Wilhelm Endemann, nem se sonhava em dar à empresa o sentido de um organismo da vida econômica, com caráter próprio e fadário independente do arbítrio do proprietário, o qual forma e não é por ele formado, reconhecendo, afinal:

(...) a personalidade jurídica da empresa, a erguer-se à sombra da personalidade de seu fundador ou proprietário, mas desenvolvendo-se com pujança bastante para envolvê-la e, ainda, sufocá-la e sobrepujá-la, tomando-lhe o lugar⁽³⁹⁾.

Após referir a vigorosa contradita esboçada por Paul Laband à tese da personalidade jurídica da empresa inaugurada por Endemann, Ferreira acha-lhe um lugar ao evocar a existência de empresas em que diretores e acionistas se sucedem, como se não tivessem empresários, casos para os quais a “teoria de *Wilhelm Endemann* sobrenada e cintila como interrogação à espera de resposta”⁽⁴⁰⁾.

Além da teoria do patrimônio autônomo, defendida por Brinz para “substituir a da personalidade naqueles casos em que a doutrina hesitasse aceitar essa última”, e a teoria da universalidade de direito, apoiada por Calamandrei e Marguieri, dentre outros, Carvalho de Mendonça além de Endemann, na Alemanha, cita Valéry, na França, para o qual “o estabelecimento comercial é pessoa jurídica”⁽⁴¹⁾, concepção que julga insustentável no Direito brasileiro, “em face dos arts. 16 e 18 do Código Civil”⁽⁴²⁾.

Modernamente, a realidade econômica das grandes empresas e conglomerados de empresas evidencia a nítida separação entre a liberdade

(39) *Ibidem*, p. 77.

(40) *Ibidem*, p. 79.

(41) *Ibidem*, p. 20-21.

(42) *Ibidem*, p. 17.

de iniciativa e, compreendida nesta, a liberdade de empreender e, compreendida nesta, a realidade da própria empresa e o direito de propriedade.

O fenômeno do controle das empresas, suas políticas e práticas, matéria estudada com proficiência por Comparato⁽⁴³⁾, não estão mais nas mãos do empresário-proprietário, mas de empresários profissionais, exibam ou não o título de proprietários de seus capitais ou de parte significativa deles.

O reconhecimento claro e consequente, diz Comparato,

(...) de que o controle empresarial não é propriedade implica uma verdadeira revolução copernicana no estatuto da empresa, que passa de objeto a sujeito de direito. Com essa substituição do centro de gravidade, é o empresário que deve servir à empresa, e não o contrário⁽⁴⁴⁾.

Recorrendo à classificação das empresas proposta por Comparato, ou seja, as constituídas com vistas a atender interesses estatais ou a interesses particulares ou a cumprir uma função social, Cavalcante atribui a estas últimas o caráter institucional, diverso do societário, já que elas é que

(...) desenvolvem atividades consideradas socialmente relevantes (...) devendo o direito reconhecer-lhes personalidade jurídica para atender às exigências da realidade social⁽⁴⁵⁾.

A Constituição Federal, lembra Souza, referenciado nas disposições dos arts. 170, §§ 1º a 3º; 174, §§ 1º e 2º; 178 e parágrafo único, e art. 167, da Constituição Federal de 1967, trata a empresa como sujeito de direito, assim como o Direito Administrativo, ao definir a empresa pública como entidade dotada de personalidade

jurídica de Direito Privado (Decretos-leis ns. 200, de 25.2.1967 e 900, de 20.9.1969)⁽⁴⁶⁾.

Souza, no estudo dos sujeitos das relações de direito econômico, destaca as empresas tanto públicas quanto privadas, malgrado as "... infindáveis discussões teóricas sobre a personificação de cada uma delas"⁽⁴⁷⁾, relevando a sua "... função primacial na política econômica"⁽⁴⁸⁾. Da mesma forma como a tratam os economistas, utilizando-se da linguagem jurídica, como "sujeito da atividade"⁽⁴⁹⁾, e também outros, no campo da Ciência da Administração, "... como entidade com personalidade própria", muitos juristas, considerando a empresa no sentido de unidade de produção, afirmam-na "... como sujeito da atividade econômica, pois que, em lugar de passividade, ela significa justamente a presença da iniciativa no processo produtivo"⁽⁵⁰⁾.

Avulta a concepção institucionalista da empresa, também de caráter personalista, segundo a qual, desvenda Asquini, o empresário e seus colaboradores formam um núcleo social organizado, em função de um objetivo comum, "(...) no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos colaboradores singulares no melhor resultado econômico da produção".⁽⁵¹⁾

E avançando ainda mais nesse sentido da dissociação conceitual, Requião lembra o estudo monográfico de Despax, segundo o qual o direito considera a empresa como entidade autônoma e distinta do empresário, podendo ser inclusive opostos os interesses de um e de outro. Monografia que é, ao parecer de Requião, "(...) o ponto mais alto que a doutrina francesa atingiu, no sentido da personificação da empresa"⁽⁵²⁾.

(43) COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*.

(44) COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*, p. 21.

(45) CAVALCANTE, Suzy Elizabeth Forte. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*, p. 49.

(46) SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*, p. 311.

(47) *Ibidem*, p. 262.

(48) *Ibidem*, p. 304.

(49) *Ibidem*, p. 298.

(50) REQUIÃO, Rubens. *A desconsideração da personalidade jurídica no agrupamento de empresas*, p. 299.

(51) *Apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 53.

(52) *Ibidem*, p. 50-51.

A concepção corporativista ou institucionalista da empresa integra-a, pois, em seus elementos pessoais, que antes se concentravam exclusivamente na enobrecida e encanecida figura do empresário-proprietário.

Parte 4. A empresa empregadora: coisa ou pessoa

O interesse que desperta o tema da personalidade jurídica da empresa no âmbito do direito do trabalho é tão descurado quanto é de superior importância, como visto, para tantos outros ramos do direito, como já demonstrado.

Reproduz-se nesse âmbito a ideologia capitalista em que assoma, em primeiro plano, o capital e, em plano subalterno, o trabalho... ou a própria pessoa enquanto trabalha.

Marcada pela superficialidade, inicia-se a controvérsia pelos dizeres sugestivos do fundamental art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual, *in verbis*:

(...) considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Segue-se a equiparação com o empregador logicamente fundamentada mas também criticada, que faz o § 1º desse artigo, dos profissionais liberais, das instituições de beneficência, das associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos que admitem empregados.

Acentua-se mais ainda a controvérsia no sentido da chamada *despersonalização do contrato de trabalho*, ao se defrontar com os arts. 10 e 448 da mesma Consolidação, fundamentos legais do princípio da continuidade do contrato de trabalho em hipóteses de mudanças na propriedade ou na estrutura da empresa. Nesse sentido, um dos sujeitos da relação de emprego seria a empresa enquanto atividade economicamente produtiva; não o empresário ou a sociedade empresária que exerce essa atividade.

Chega-se então à afirmação de que o direito do trabalho não teria acolhido “(...) o fenômeno

da personalização da empresa, mas sim da despersonalização do empregador”⁽⁵³⁾.

Despersonaliza-se o empregador desconsiderando-o como pessoa e considerando-o como sujeito, embora não se dê qualquer esclarecimento sobre a diferença, em tais contextos, entre os conceitos de pessoa em direito e sujeito jurídico.

Cesarino Júnior, confortado “(...) por juristas da categoria de Endemann e Mommsen, como se vê em Francesco Ferrara Júnior (...)”, define a empresa como “(...) organização do trabalho próprio, do trabalho alheio ou de ambos para prestação a terceiros de bens ou serviços”, conceito que qualifica de “jurídico-social” e que, para surpresa de civilistas, “(...) faz dela, até certo ponto, uma pessoa jurídica, como tal distinta da pessoa física ou jurídica, sua proprietária”⁽⁵⁴⁾.

Já dissera que:

(...) a empresa, em si mesma, é sempre uma pessoa jurídica, para os efeitos do Direito do Trabalho, distinta da pessoa física ou jurídica, a quem o direito comum atribui a sua propriedade.⁽⁵⁵⁾

Ademais, o disposto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e o disposto no § 2º do art. 2º da mesma Consolidação, pelo qual se considera como único empregador o consórcio de empresas, corroboram o “... princípio geral de direito, já consagrado no direito comparado”⁽⁵⁶⁾, de que “... modernamente, o verdadeiro empregador é a empresa, o estabelecimento, no qual o empregado é admitido e não a pessoa do empregador...”⁽⁵⁷⁾.

Difícil de compreender, entretanto, como se pode ser pessoa jurídica “até certo ponto”, o que equivaleria à expressão geral e justificadamente rejeitada pela doutrina, da “quase

(53) BOJART, Luiz Eduardo Guimarães. Sucessão trabalhista. In: *Revista LTr*, p. 46-49.

(54) CESARINO JÚNIOR, A F. *Direito social brasileiro*, p. 76.

(55) *Ibidem*, p. 74.

(56) *Ibidem*, p. 259.

(57) *Ibidem*, p. 256.

personalidade” e quejandos. Difícil também identificar, em um dos polos da relação de emprego, a pessoa do empregador: ou a pessoa jurídica proprietária da empresa ou a “pessoa jurídica-até-certo-ponto” da empresa.

Coerente com Galgano, que afirma a tendência generalizada à personificação da empresa, Magano diz que tal tendência é reforçada no direito moderno na medida em que se vai superando a prevenção contrária ao reconhecimento, como sujeitos jurídicos, de entes e organizações não dotadas de personalidade jurídica. Inúmeras, diz, são as organizações não dotadas de personalidade jurídica, em relação às quais não se pode pôr em dúvida a condição de sujeitos de direito,

(...) merecendo menção especial as sociedades irregulares; as sociedades em conta de participação; a família, os sindicatos; o condomínio; e isso para não se falar na própria empresa, no grupo de empresas e nas comissões de empresas⁽⁵⁸⁾.

Se no direito comercial sobrelevam os perfis objetivo e funcional da empresa, no Direito do Trabalho, pelo sentido social dessa disciplina, é natural que se caracterize a empresa “... antes como instituição ou sujeito de direito do que como objeto ou atividade”⁽⁵⁹⁾.

Diferentemente, Moraes Filho pondera que o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho é norma ambígua e confusa, uma vez que não se pode atribuir à empresa qualidades subjetivas, já que não passa de objeto de direito, propriedade de “... uma pessoa natural ou jurídica, nada mais...”⁽⁶⁰⁾.

A lei teria aí adotado, irrefletida e inconscientemente, a teoria personalista da empresa⁽⁶¹⁾, embora legítimo empregador só pudesse ser

a pessoa natural ou jurídica, pois só a ela “(...) é que a ordem jurídica reconhece a capacidade de ser sujeito de direito”⁽⁶²⁾. Não obstante, reconhece ser inegável “... a tendência da doutrina universal do direito do trabalho” no sentido da personalização da empresa, isto é, da sua subjetivação⁽⁶³⁾, acabando os tratadistas deste novo ramo da ciência jurídica “(...) por emprestar à empresa uma quase personalidade”⁽⁶⁴⁾.

Messineo, ilustra Moraes Filho, classifica a empresa recorrendo a um *tertium genus*, algo entre a categoria dos sujeitos e a dos objetos. É, leciona, a chamada doutrina da “quase personalidade” das empresas comerciais, também admitida pela jurisprudência alemã inicialmente construída em torno do código prussiano de 1861, e renovada de modo extraordinário quando da subsequente legislação de 1919-20 sobre os conselhos de empresa na Alemanha weimariana.

Mais tarde, Freisler iria reconhecer a personalidade da empresa, como comunidade de trabalho, firmando-se Kaskel na personalidade jurídica apenas parcial⁽⁶⁵⁾.

A resistência à personificação da empresa no Direito do Trabalho, ramo jurídico no qual se confiava vê-la afirmada e defendida, ainda é de impressionante solidez.

Após criticar a linguagem do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que “... identifica o empregador com a empresa e não com a pessoa natural ou jurídica do empresário”, Russomano espousa o conceito de Gomes, vazado em forma “... simples, sucinta e objetiva”, segundo o qual “... empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza serviços de outrem em virtude de um contrato de trabalho”⁽⁶⁶⁾.

Abranda-se a crítica quando o autor, após referir-se à unidade do grupo de empresas e

(58) MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*, p. 37-38.

(59) *Ibidem*, p. 44.

(60) MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*, p. 231.

(61) MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*, p. 251.

(62) *Ibidem*, p. 373.

(63) *Ibidem*, p. 258.

(64) *Ibidem*, p. 259.

(65) *Ibidem*, p. 260.

(66) RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*, p. 117-118.

ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, diz compreender-se até certo ponto a razão pela qual a lei nacional dispôs que o empregador é a empresa e porque a própria empresa aparece e é indicada como sujeito da relação de trabalho. É que

(...) o empregado, ao contratar seus préstimos, não os contrata pondo sua atenção na pessoa física do dono ou dos donos do estabelecimento, mas sim, na empresa em que ele irá prestar serviços⁽⁶⁷⁾.

Todavia, não se pode fundar consistentemente uma teoria em uma presumida disposição psicológica, pontual, do necessitado do emprego.

São “inaceitáveis”, diz enfaticamente Maranhão, os dizeres do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, porque a empresa não é pessoa jurídica e não se concebe que uma entidade possa tornar-se sujeito de uma relação jurídica sem ter personalidade jurídica⁽⁶⁸⁾.

Aderindo à crítica, Delgado afirma que empregador não é a empresa, a qual não é “obviamente” sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira; empregador, assinala, “(...) será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou do estabelecimento”⁽⁶⁹⁾.

Entes juridicamente despersonalizados, continua Delgado, podem surgir “(...) como empregadores, desde que se valendo do trabalho empregatício. É o que se passa com os condomínios, espólio, massa falida”⁽⁷⁰⁾.

Recorre, no ponto, à distinção entre pessoa em direito e sujeito de direito: a empresa não poderia ser empregadora porque nem é pessoa nem é sujeito de direito; sujeitos de direito, instituídos pela lei, entre os quais não contempla a empresa, poderiam, sim, figurar nas relações de emprego.

Não é a empresa mas os sujeitos jurídicos ou as pessoas jurídicas que polarizam verdadeiramente as relações de emprego, assevera VILHENA. As pessoas físicas, afirma,

(...) comparecem como empregados ou como empregadores; estas (as Pessoas jurídicas), somente como empregadores. Um *minimum*, como *punctus*, será exigido às últimas, como se verá adiante⁽⁷¹⁾.

Empregador, pois, não é a empresa; é um sujeito jurídico ou uma pessoa, cujo conceito não carece de ser desfigurado pelo fato da literalidade da disposição legal referente à empresa como empregadora e, ainda, pelos termos em que vazado o princípio da continuidade dos contratos de trabalho a despeito da mudança na estrutura e na propriedade da empresa. O *minimum* exigido ao empregador decorre da integração na pessoa de “(...) um elemento a mais, o patrimônio operante e produtivo, que completa o quadro da responsabilidade jurídica”⁽⁷²⁾. A integração desse *minimum*, como *punctus*, ou essa conjugação, não desencadeia o efeito personalizante na empresa, “(...) como se costuma sustentar, porém, na própria pessoa, como um *plus*”⁽⁷³⁾.

O titular da empresa ou quem o sucede na empresa ou aquele que com ele manteve um vínculo de interesse na empresa, sofrem

(...) um agravamento da responsabilidade e esse agravamento consiste em comprometer, naquela ou naquelas pessoas, direitos de empregados pelo fato da continuidade do trabalho prestado à empresa⁽⁷⁴⁾.

O problema, assim como parece a Vilhena, não se coloca com precisão, portanto, em relação à personificação da empresa mas, diferentemente, em relação à “(...) comunicação da responsabilidade entre sujeitos empresários...

(67) *Ibidem*, p. 119-120.

(68) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*, p. 65.

(69) DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*, p. 327.

(70) *Ibidem*, p. 328-329.

(71) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*, p. 107-108.

(72) *Ibidem*, p. 170.

(73) *Ibidem*, p. 179.

(74) *Idem*.

que se pode entender como uma intensificação e uma extensão da responsabilidade”⁽⁷⁵⁾.

Tal ampliada responsabilidade incide sobre a empresa, ou suposto objetivo da empresa, “(...) que é o patrimônio em atividade, para cujo incremento contribuem os empregados, quaisquer que sejam ou tenham sido os seus titulares”⁽⁷⁶⁾.

Em textos também recentes de Viana, algo aproximado das posições de Vilhena, o sentido de “empresa”, tal como se acha no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, é de pessoa física ou jurídica que “detém” a empresa⁽⁷⁷⁾.

Tendo-o assim é que se deveria ler, propõe Viana, o art. 448 da mesma Consolidação, que fixa o princípio da continuidade dos contratos de trabalho nas hipóteses de mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa; não no sentido de ser a empresa o empregador, mas no sentido de que é a empresa que aponta (ou fixa) o empregador.

Em outras palavras, sustenta que o empregador não é simplesmente o empresário que admitiu o empregado, ou a empresa onde ele trabalha, mas é o empresário porque e enquanto detém a empresa onde o empregado trabalha.

Assim,

(...) o contrato de trabalho não diz propriamente quem é o empregador (se A ou B), mas indica como encontrá-lo: será a pessoa (A ou B) que estiver detendo a empresa em suas mãos⁽⁷⁸⁾.

Segundo esse modo de ver, empregador não é a empresa; entretanto, também não basta dizer que é o empresário. É o empresário, sim,

(75) *Idem*.

(76) *Ibidem*, p. 178.

(77) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*; possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador, p. 371.

(78) *Ibidem*, p. 372.

mas enquanto qualificado pelo fato de deter ou ter a posse da empresa. Esta, por sua vez, não se considera sujeito de direito; é objeto de direito, sim, mas objeto qualificado pela função de identificar ou marcar o empregador enquanto tal⁽⁷⁹⁾.

Parte 5. A empresa-empregadora e a dignidade da pessoa

Lamy Filho e Pedreira, contrários à atribuição da personalidade jurídica à empresa, apontam-lhe as características diferenciadoras das demais unidades de produção anteriores à Revolução Industrial, e que são geralmente assimiláveis e aceitas pelos estudiosos da matéria: a) os bens produzidos pela empresa destinam-se ao mercado; b) os “recursos humanos”⁽⁸⁰⁾ da empresa formam um grupo social que compreende dois subsistemas com papéis essencialmente distintos — o do empresário e o dos empregados; e c) os riscos da empresa tocam ao empresário⁽⁸¹⁾.

Relevam, em primeiro lugar, o fato de a empresa constituir um grupo social que se organiza para a produção de bens destinados ao mercado. Depois, o fato de esse grupo social, que é a empresa, não se organizar “(...) internamente por sistema jurídico de participação”⁽⁸²⁾, sistema este próprio dos grupos de tipo societário⁽⁸³⁾.

Ou seja, a empresa é um grupo social formado por dois subgrupos claramente diversos, inferindo-se daí o caráter precário e conflituoso

(79) *Ibidem*, p. 371.

(80) As aspas da locução chamam a atenção para o apoio que se dá àqueles que repudiam a expressão por entendê-la incorporando a ideia degradante de as pessoas serem consideradas como “recursos” ou coisas, ativos ou meios empregados na realização de objetivos alheios, da empresa *in casu*. Nesse sentido, cf. AFONSO BARBOSA, Arnaldo. *A pessoa em direito*: uma abordagem crítico-constitutiva referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin.

(81) LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José L. Bulhões. *A Lei das S.A.*, p. 56.

(82) *Idem*.

(83) *Ibidem*, p. 57.

dessa coesão e interdependência e, pois, da própria integridade da entidade.

Entretanto, saliente-se que é ao ordenamento jurídico que se deve debitar essa diversidade e suas consequências socioeconômicas adversas, pois os papéis “essencialmente distintos” que diferenciam os dois subgrupos, são fixados por ele.

Assim, basicamente, diz o ordenamento jurídico que ao subgrupo social do empresário é que compete organizar a produção em seu próprio nome, conta e risco, prover a empresa de recursos, contratar empregados, distribuir e fiscalizar o cumprimento de tarefas; e, ao subgrupo social dos empregados, em troca do salário, compete prestar os serviços para a execução dos quais foi contratado, submetendo-se às ordens e direção do subgrupo empresarial.

Pode-se dizer, então, que o ordenamento jurídico, ao reservar papéis essencialmente distintos ao empresário e aos empregados da empresa, comprometeu a integridade, em intensidade e duração, desse grupo social. Fragmentou-o em duas partes essencialmente desiguais e opostas, dos que mandam e dos que obedecem, originando-se daí a compreensível resistência de considerá-lo, pelo seu todo, como Pessoa em direito ou mesmo como sujeito jurídico. E o fez com largueza e profundidade.

Sucumbindo a discriminatórias inclinações ideológico-capitalistas, possibilitou a personificação da organização interna dos empresários pelo sistema de participação, em condições de igualdade proporcional, pois, de todos os seus integrantes; a esse mister consagrou todo um ramo jurídico, o direito societário.

Ao subgrupo dos empregados, como tal, consagrou o Direito do Trabalho, não como propulsor da sua integração na empresa, mas como fator de garantia de negociações favoráveis aos interesses dos trabalhadores relativamente às condições e resultados de seu trabalho.

Indo mais adiante, erigiu o subgrupo social empresarial como o verdadeiro sujeito jurídico

de toda a empresa, com a exclusão, pois, da subjetividade do subgrupo dos empregados.

E, finalmente, depois de pôr a salvo a personalidade do subgrupo social empresarial, reduziu o grupo social da empresa a objeto de direito, ou seja, objeto de direito do subgrupo empresarial, despessoalizando ou objetivando assim inclusive o subgrupo dos empregados.

Como dizem Lamy Filho e Pedreira, o grupo social que é a empresa, formado de empresário e empregados, “(...) não é organizado internamente por sistema jurídico de participação nem é polo de relações jurídicas”⁽⁸⁴⁾.

Ou seja, de um lado, os empregados não participam do grupo social empresarial como sócios da mesma forma como dele participam os empresários. São considerados apenas prestadores de trabalho em troca de salário, alijados, pois, de um conceito maior e abrangente de empresa.

Por outro lado, sujeito de direito não é a empresa, esse grupo social desintegrado dos trabalhadores, mas o empresário ou a sociedade empresária, “(...) pois econômica e juridicamente toda a atividade da empresa é exercida em seu nome e por sua conta”⁽⁸⁵⁾.

Esse posicionamento merece críticas.

A um Direito de Empresa à altura dos novos tempos de valorização da dignidade das pessoas e, portanto, e especificamente da dignidade dos trabalhadores na empresa, é inadmissível a preconceituosa desordem jurídica que o estrutura em apenas dois subgrupos, dos empregados e dos empresários, negando ao primeiro deles o que ao segundo concede, qual seja, a personalidade, e, ainda, submetendo o primeiro deles às determinações do segundo, em uma relação autoritária que em nada avança na dignidade pessoal de quaisquer dos envolvidos, desprezando a garantia desse valor consagrado e exigido pela Constituição Federal (art. 1º, III).

(84) *Ibidem*, p. 56.

(85) *Ibidem*, p. 57.

Constituem também elementos pessoais da empresa, igualmente nucleares e indispensáveis à sua visão e compreensão integral, além dos investidores e dos trabalhadores, os subgrupos dos fornecedores e dos consumidores.

Naqueles, sócios e trabalhadores, se veria o núcleo pessoal e interior da empresa e, nestes, os seus canais de comunicação e de projeção extramuros. Todos eles componentes indubitavelmente pessoais da realidade empresarial, suas dimensões pessoais irredutíveis e, ao mesmo tempo, inseparáveis.

Não obstante, tanto o atual direito de empresa, objeto de todo o Livro II da Parte Especial do novo Código Civil, ainda espelha uma visão parcial e já encanecida do tema, quanto o direito do trabalho continuam gravitando em torno de dois eixos sabidamente ideológicos: um deles, a empresa, como coisa objeto do sagrado direito de propriedade do empresário-senhor; o outro, o contrato de trabalho, como expressão de um “acordo de vontades livres e iguais” do empresário-superior e do empregado-subordinado...⁽⁸⁶⁾.

Daí por que se propugna um novo ordenamento jurídico da empresa, orientado decisivamente para a garantia da dignidade e soberania de todas as pessoas humanas e coletivas envolvidas na produção de bens e serviços destinados à vida para todos, a incorporar o direito dos trabalhadores (um novo direito do trabalho expurgado do autoritarismo servilista), o direito dos investidores (um novo direito societário expurgado do autoritarismo mandonista), o direito dos fornecedores (um novo direito comercial expurgado do individualismo patrimonialista) e o direito dos clientes (um direito dos consumidores expurgado da litigiosidade antagonista).

Parte 6. Conclusões

As pessoas em direito integradas na vida das empresas e essenciais à sua existência são

(86) A respeito de uma crítica à natureza contratual da relação empregatícia, cf. monografia desta autora. PIRES, Rosemary de Oliveira. *A natureza jurídica do fato originário da relação de emprego*.

os empresários-investidores, os empresários-trabalhadores, os empresários-fornecedores e os empresários-clientes, usuários ou consumidores de seus serviços e produtos, sendo falsa por ideológica ou ao menos míope a concepção do empresário focada exclusivamente na pessoa dos investidores.

Os antagonismos entre esses empresários, assim vistos globalmente, relevam a historicamente mais recorrente e errônea oposição entre empresários-investidores e empresários-trabalhadores (capital e trabalho), pois não concernem ao sentido essencial da empresa que é — ou deve ser — sempre pessoal: tutelar pessoas, disponibilizar bens e serviços necessários à sua vida.

Equivocadamente, limitam-se tais antagonismos praticamente à questão da repartição do poder de gestão e dos resultados econômicos das suas atividades, em uma luta de forças em que todos, uns mais outros menos, saem sempre perdendo.

O regime jurídico empresarial em vigor, essencialmente referido ao patrimonialismo das relações, inclusive pelo seu caráter contratual, reforça o viés impessoal e instrumentalizador da empresa, dificultando e atrasando o desenvolvimento da valorização da dignidade pessoal, ou, em outros termos, o desenvolvimento dos atributos da personalidade daqueles todos empresários que efetivamente a integram.

A reticente atribuição da personalidade jurídica a formações sociais tão consistentes como as empresas em geral, revela bem a visão ainda cega ao que há de mais claro e brilhante no universo conhecido: as pessoas.

A cultura jurídica dominante tarda em assumir resolutamente como eixo e razão de ser de todos os sistemas jurídicos.

Não só pretere o desenvolvimento da sua dignidade, trocando-a por outros valores materiais, como também dispõe as pessoas como utilidades na consecução dos fins de dominação e enriquecimento econômico.

Essa instrumentalização das pessoas é, infelizmente, patenteada com acinte no Direito do Trabalho, em que a relação de emprego se caracteriza pela subordinação do trabalhador, verdadeiro coempresário, o que corresponde à alienação de sua dignidade humana, pela redução de sua consciência e liberdade, por tal meio contendo o desenvolvimento de sua personalidade e, pois, o desenvolvimento da personalidade de todas as demais pessoas integrantes da empresa.

A integração das pessoas é condição da sua plenificação enquanto tais, realizando-se somente sob condições de igualdade e liberdade, de consciência e responsabilidade, de soberania pessoal, para o alcance de sua efetiva dignidade, enfim.

Negar este fato é conter o desenvolvimento da personalidade da própria empresa, mantendo-a em um patamar inferior ao que poderá, se crê, um dia alcançar.

7. Referências bibliográfica

- AFONSO BARBOSA, Arnaldo. *A pessoa em direito: uma abordagem crítico-constructiva* referenciada no evolucionismo de Pierre Teilhard de Chardin. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. Direito das empresas; nova posição do direito comercial. In: *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, out. 1956.
- ASCARELLI, Tullio. O empresário. Trad. Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 109, jan./mar. 1998.
- BOJART, Luiz Eduardo Guimarães. Sucessão trabalhista. In: *Revista LTr*, São Paulo, 1995.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. atual. por Achilles Bevilacqua e Roberto C. de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. l. V, parte 1.
- CAVALCANTE, Suzy Elizabeth Forte. *A descon sideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. 4. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. rev. atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CUNHA, Luiz Cláudio Flores da. Princípios de direito previdenciário na Constituição da República de 1988. In: *Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. rev., atual., reelab. São Paulo: LTr, 1999.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 6.
- LAFER, Celso. Ordem, poder e consenso: caminhos da constitucionalização do direito internacional. In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio Janeiro: Renovar, 1992.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa*. São Paulo: LTr, 1993.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1991.
- OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PIRES, Rosemary de Oliveira. *A natureza jurídica do fato originário da relação de emprego*. Monografia final apresentada no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho na PUC-Minas. Belo Horizonte, 2006.
- RANGEL, Vicente Marotta. Preservação dos mares: a contribuição do direito internacional. In: *Tendências atuais do direito público*.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil (pronunciamento na sessão de 29.11.2001, na Academia Paulista de Letras – APL). In: *Novo Código Civil Brasileiro: Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REQUIÃO, Rubens. *A desconsideração da personalidade jurídica no agrupamento de empresas*. Aspectos modernos de direito comercial (Parecer III). São Paulo: Saraiva, 1988.
- . *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 1.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego; estrutura legal e supostos*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.
- VIDIGAL, G. C. *A ordem econômica na Constituição do Brasil e a interação empresa-Estado*. Caderno de Direito Econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.
- WALD, Arnoldo. *Estudos e pareceres de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. vol. II.

Tutela da relação de emprego contra dispensas injustificadas

Dinaura Godinho Pimentel Gomes^(*)

Resumo:

- ▶ Em face da necessária observância da unidade da Constituição Federal, como um complexo normativo harmônico, busca-se, por meio do presente artigo, sustentar que toda relação de emprego se encontra protegida contra qualquer tipo de dispensa sem justa causa, diante da norma estatuída em seu art. 7º, inciso I, o que afasta o direito *potestativo* do empregador de despedir seus empregados sem motivo relevante e devidamente justificado. Tudo em sintonia com os arts. 1º, incisos III e IV; 6º; 170, da CF, Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dentre os quais a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho — OIT, além das normas insertas nos arts. 122, 187, 421 e 422, do Código Civil vigente, em sintonia com o art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Palavras-chave:

- ▶ Segurança do emprego — igual dignidade — princípios da probidade e boa-fé e probidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O direito ao trabalho à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e em sintonia com a Constituição Federal brasileira
- ▶ 3. A garantia do emprego conquistado
- ▶ 4. A Convenção n. 158, da OIT, e a incorporação de suas normas no ordenamento jurídico brasileiro
- ▶ 5. Da compatibilidade entre a Convenção n. 158, da OIT, e o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal
- ▶ 6. Conclusões
- ▶ 7. Referências Bibliográficas

(*) Doutora em Direito do Trabalho e Sindical pela Universidade *Degli Studi di Roma — La Sapienza* — com revalidação sucessiva pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutora em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Pós-graduada em Economia do Trabalho (Curso de Especialização) pela Escola de

Extensão e Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Juíza do Trabalho (9ª Região — aposentada). Professora Universitária. Autora da obra *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005.

1. Introdução

A vigente Constituição Federal de 1988, a mais democrática que o Brasil já teve, em seu art. 1º, inciso III, não só sobreleva a eminência da dignidade da pessoa humana, como a transforma em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, valor supremo da ordem jurídica e unificador de todos os princípios e regras que consagra. Para sua proteção, como valor universal, elenca os direitos civis e políticos, no art. 5º, e proclama os direitos sociais no art. 6º, dentre os quais se destaca o trabalho, pois se vive em uma sociedade laboral de trabalho, sendo inegável que a maioria da população ativa depende do trabalho para prover sua subsistência com dignidade.

A redução da taxa do desemprego estrutural depende basicamente do desenvolvimento do país, lastreado na educação e na justa distribuição da riqueza, na diminuição da taxa de juros e numa autêntica reforma fiscal, em consonância com a qualificação da mão de obra, conscientização e aperfeiçoamento das lideranças sindicais. Isso tudo ainda depende de tantos outros fatores relacionados com as imposições dos mercados financeiros internacionalizados, os quais geram riquezas, mas, ao mesmo tempo, criam sérios desequilíbrios e desigualdades sociais. É bem oportuno citar, aqui, os dados do IBGE, relativos ao ano de 2007, no Brasil, quando havia cerca de 99 milhões de pessoas economicamente ativas. Desse total aproximado, 8 milhões estavam desempregadas (8,2%). No entanto, apenas 37 milhões de pessoas dispunham de relação de emprego formalmente reconhecida.

Nesse contexto, os trabalhadores desempregados, que se encontram avidamente em busca de sua inserção no mercado, sem solução imediata para tal problema social, não têm reconhecida sua dignidade, pois, em regra, é pelo trabalho decente, condignamente remunerado, que cada um obtém os meios necessários para garantir o próprio direito à vida de modo compatível com a condição de pessoa humana, à imagem e semelhança do Criador.

Ademais, não basta reconhecer e facilitar o acesso ao trabalho como direito fundamental. É preciso também garantir o emprego conquistado contra despedidas arbitrárias e sem justa causa, de modo a reduzir consideravelmente o elevado índice de rotatividade de trabalhadores.

Assim, cumpre ao Estado Democrático de Direito impor limites às relações econômicas capitalistas, remover todos esses obstáculos mediante um processo de ajustamento, buscando o desenvolvimento do País por uma ótica mais humanista. É nesse sentido que a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Recomendação n. 166 e da posterior Convenção n. 158, evoca a observância de todos os princípios e regras voltados ao respeito da dignidade humana, dentre os quais aqueles que resguardam o direito de todo trabalhador permanecer no emprego conquistado, salvo diante de um válido motivo bem justificado e comprovado pelo empregador.

2. O direito ao trabalho à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e em sintonia com a Constituição Federal brasileira

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, introduziu a revisão da noção tradicional da soberania absoluta do Estado-nação, ao reconhecer “*dignidade inerente a todos os membros da família humana*”, sem qualquer distinção. Esta Declaração — marco maior da reconstrução dos direitos humanos — “compreende um conjunto de direitos e faculdades sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual, nas palavras de Flávia Piovesan⁽¹⁾. E, ao fixar um parâmetro internacional de proteção dos direitos humanos, consagra a

(1) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 145.

dignidade humana como o epicentro do grande elenco de direitos civis, políticos, econômicos culturais e sociais todos inter-relacionados e interdependentes, numa abordagem holística, de forma a consolidar a afirmação de uma ética universal.

Realça esse postulado a dignidade como elemento referencial para a aplicação e interpretação *das normas jurídicas*, a exigir de todos uma concepção diferenciada do que seja segurança, igualdade, justiça e liberdade. Assim, dá relevância aos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à proteção da dignidade e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, dentre os quais o direito ao trabalho *decente*, como reza o art. 23:

Toda pessoa tem *direito ao trabalho*, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à *proteção contra o desemprego*...

Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família uma *existência compatível com a dignidade humana*...

Emerge daí o reconhecimento, na esfera da organização das Nações Unidas, de que, sem trabalho a assegurar uma remuneração decente, em regra, não há possibilidade de a pessoa humana viver com dignidade, em busca de sua realização e de bem exercer seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Nessa senda e justamente para dar *juridicização* às normas dessa Declaração, o art. 6º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.220-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 23 de janeiro de 1992, assim dispõe:

Art. 6º

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa ter a possibilidade de *ganhar a vida mediante um trabalho* livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado-parte no presente Pacto tomará, a fim de assegurar o *pleno exercício desse direito*, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais. (destaques da autora)

No âmbito regional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996 — em seu art. 6º, reza o seguinte:

(...) Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os *meios para levar uma vida digna e decorosa* por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita...

Os Estados-partes comprometem-se a adotar medidas que *garantam plena efetividade do direito ao trabalho*, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego... (destaques da autora)

Resulta de tais normas de Direitos Humanos o reconhecimento do direito ao trabalho, no âmbito global e no âmbito regional, como direito fundamental vinculado ao direito à vida, assim assegurado no plano das relações internacionais integradas pelo Brasil, como Estado Parte.

Em total sintonia, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 4º, assim declara:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos.

A mesma Lei Maior, em seu art. 5º, § 2º, estabelece que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que a República do*

Brasil seja parte...”. Em seu art. 6º, proclama o direito ao trabalho como um dos direitos fundamentais sociais. E, no Título VII, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, estabelece os princípios que devem informar a atividade econômica, preservando a livre-iniciativa e a livre concorrência, esta com caráter instrumental. Assim, a Constituição Federal, enfaticamente, salvaguarda a existência de um capitalismo social, ao estabelecer a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, vinculando pretendida obtenção da eficácia econômica (primacialmente, a obtenção de lucros) à exigência ética de promover a justiça social, ao assegurar a todos existência digna.

Vale dizer, no seio de uma sociedade regida pelo Estado Democrático de Direito, a busca do lucro deixa de ser a finalidade primordial de toda atividade econômica. A empresa, no exercício de sua função social, mantém sua importância como núcleo da produção com fins lucrativos, sim, todavia, direcionada ao alcance de uma existência digna para todos, fonte inspiradora da justiça social.

Exsurge do teor de tais normas constitucionais, bem espelhadas naquelas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a necessidade da permanente atuação positiva do Estado Democrático de Direito, no âmbito da ordem econômica, nos termos do art. 174, da Constituição Federal, no exercício pleno de sua soberania, bem como no intuito prospectivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, tudo de modo a promover o bem de todos*, tal como assim determina o art. 3º, da mesma Lei Maior, ao elencar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Eis, aqui, bem delineada a função primordial do Estado Democrático de Direito, sua razão de ser, que consiste em assegurar de forma precípua igual dignidade para todos. E é pela educação e pelo trabalho, condignamente

remunerado, aliados à efetividade de outros direitos sociais (CF, art. 6º), que se constrói uma sociedade democrática nesses moldes proclamados. É por isso que a ordem econômica deve ser voltada à justiça social. Para tanto, é imprescindível a atuação do Estado, no pleno exercício de sua função redistribuidora e integradora, como “o primeiro responsável por assegurar a grande conciliação do econômico com o social”⁽²⁾.

Em termos mais práticos e em face do que dispõe a Lei Maior, incumbe aos órgãos governamentais, com seriedade e transparência, desenvolver políticas públicas para propiciar efetivamente o crescimento do País nos seus diversos setores, com a cooperação de grupos representativos da sociedade civil, principalmente dos grupos empresariais de grande porte, nacionais e transnacionais. Como ponto de partida, no âmbito social, é preciso facilitar a permanente qualificação da mão de obra e a capacitação profissional dos trabalhadores, mormente diante das inovações tecnológicas, como meios inexoráveis de se combater o desemprego. Esse pode ser um dos meios de ser assegurado o mesmo ponto de partida para todos na busca do pleno emprego, como um dos princípios da ordem econômica (CF, art. 170, inciso VIII).

Inegavelmente, tais medidas dependem da concessão de substanciais investimentos em educação com qualidade, inovações tecnológicas e infraestrutura adequada, tudo de modo a dar ensejo, inclusive, à existência e forte desempenho de grandes empresas, no solo brasileiro, para o enfrentamento da competitividade internacional e abertura de novos mercados.

É desse modo que as ingerências do Estado na ordem econômica se justificam, pois visam provocar efetivas transformações estruturais direcionadas ao progresso social da Nação

(2) Nas palavras de Bernardo Kliksberg, citando Enrique Iglesias. *Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. Trad. Joaquim Osório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998. p. 57.

como finalidade própria do desenvolvimento que tanto se almeja. E, quando se reconcilia a ética com a economia, rende mais espaço para a efetividade dos direitos fundamentais de cada cidadão, expressamente proclamados, principalmente aqueles inerentes ao trabalho, como um dos meios indispensáveis de se assegurar o direito à vida com dignidade à grande maioria da população ativa.

3. A garantia do emprego conquistado

Como já se destacou, o trabalhador desempregado (involuntariamente) não tem possibilidades de bem exercer sua cidadania. É manifestamente excluído da participação social, desprezado pela família e amigos, o que abala sobremaneira sua autoestima. Muitas vezes, sequer tem fácil acesso à requalificação profissional tendente à nova colocação. Como resultado, falta-lhe o sentido da vida, o que agride sua própria dignidade. Para AMARTYA SEN⁽³⁾, “é importante não só levar em conta o fato de que, na escala de utilidades, a privação dos persistentemente destituídos pode parecer abafada e silenciada, mas também favorecer a criação de condições nas quais as pessoas tenham oportunidades reais de julgar o tipo de vida que gostariam de levar. Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e *emprego seguro* são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade”.

No entanto, no Brasil, a garantia de *emprego seguro* continua sendo relativizada, apesar de ser o trabalho um dos direitos fundamentais (CF, art. 6º) e um dos principais meios de se assegurar à grande maioria da população ativa o direito à vida com dignidade e o exercício da própria cidadania. A propósito, cumpre trazer à baila o disposto no citado art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

(3) SEN, Amarty. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 82 — destaque da autora.

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa*, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos...”
(destaque da autora).

Emerge do teor desta previsão constitucional a necessidade de lei complementar apenas para estabelecer a solução indenizatória e demais direitos. Fora daí, trata-se, por conseguinte, de norma constitucional de aplicação imediata, bem direcionada a proteger efetivamente toda relação de emprego contra a despedida injustificada.

O que causa perplexidade e total repúdio é este vazio normativo referente à lei complementar, mantido de forma proposital e perversa por mais de 22 anos, pelo Poder Legislativo. Pretende-se com isso reduzir tal proteção ao mero *direito à indenização* compensatória, além do aviso prévio e demais verbas rescisórias. No que se refere ao direito mais relevante, que é a garantia do emprego conquistado, permanece na total dependência da vontade e arbítrio do empregador. A este se confere o amplo poder de despedir empregados sem qualquer referência a um motivo relevante (*direito potestativo*)⁽⁴⁾.

Ora, à luz da Lei Maior, o atual Código Civil, em vigência desde 11 de janeiro de 2003, em seu art. 122, refuta por inteiro qualquer cláusula potestativa, pois consagra a função social do contrato e impõe a observância dos princípios da probidade e da boa-fé pelos contratantes (CC, arts. 421 e 422). Nessa senda, não se pode negar a magnitude da *função social do contrato de trabalho*. Por meio deste, o empregado, em regra, não apenas obtém os meios necessários

(4) Na prática, tem sido aplicado apenas o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo que essa proteção se limita ao aumento, por quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, revogada pela Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989, e pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.

para prover sua manutenção e de sua família, como também busca alcançar o próprio sentido da vida, o exercício de sua cidadania, sua realização como pessoa. Eis, aqui, o fundamento da norma inserta no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal, ao exigir *justificação séria* para a dispensa de qualquer empregado, sob pena de a mesma ser configurada como arbitrária ou sem justa causa.

Para Arnaldo Wald⁽⁵⁾, “está superada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, (...) instituiu-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos, mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas”.

Assim, partindo-se da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo da ordem constitucional democrática e fim último da ordem econômica, considerando ainda a função social da empresa e o fim a que se destina, à luz da Constituição Federal e do Código Civil vigentes, toda relação de emprego encontra-se protegida, sim, contra qualquer tipo de despedida arbitrária ou sem justa causa. Por consequência, não pode mais subsistir o direito *potestativo* do empregador, mormente diante do disposto no art. 122, do Código Civil⁽⁶⁾,

aplicável de forma subsidiária (CLT, art. 8º, parágrafo único).

Como bem adverte Luiz Otávio Linhares Renaut⁽⁷⁾, “é possível que já estejamos desde a vigência do novo Código Civil, com um moderno instrumento de interpretação contratual, que poderá trazer algo de novo em matéria de garantia de emprego. Pois bem, se está assente no novo Código Civil que a liberdade de contratar deve ser praticada em consonância com os fins sociais do contrato, impulsionada pela boa-fé e pela probidade, é chegada a hora de se colocar em prática a antiga fórmula *justrabalhista* que pretende se exija do empregador a apresentação de um motivo socialmente justificável para a rescisão do contrato de trabalho”.

Nesse cenário, bem se realça a nobre e difícil tarefa dos detentores do poder jurisdicional ao fazer uso da Nova Hermenêutica Constitucional, pois, como bem ensina SERGIO ALVES GOMES⁽⁸⁾, “no Estado Democrático de Direito, a denominada *indeterminação do Direito* não pode servir de desculpas para a omissão do intérprete, principalmente se for juiz. Cabe ao magistrado desenvolver não só uma capacidade interpretativa, mas também, argumentativa, capaz de ler e compreender, além do explícito, o que há de implícito nos textos normativos a serem interpretados. O universo do implícito pode ser até maior do que o que já vem explicitado”.

Urge, portanto, fazer valer o caráter institucional da empresa como comunidade capaz de realizar plenamente sua destinação econômica e social, porém de um modo mais humano e solidário, para produzir prosperidades sociais. Nesse cenário, não é cabível mais o exercício do direito potestativo do empregador para as

(5) WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 854.

(6) “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

(7) RENAUT, Luiz Otávio Linhares. O novo Código Civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho. In: LAGES, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Novo Código Civil e seus desdobramentos no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 126.

(8) GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Um contributo à construção do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 371.

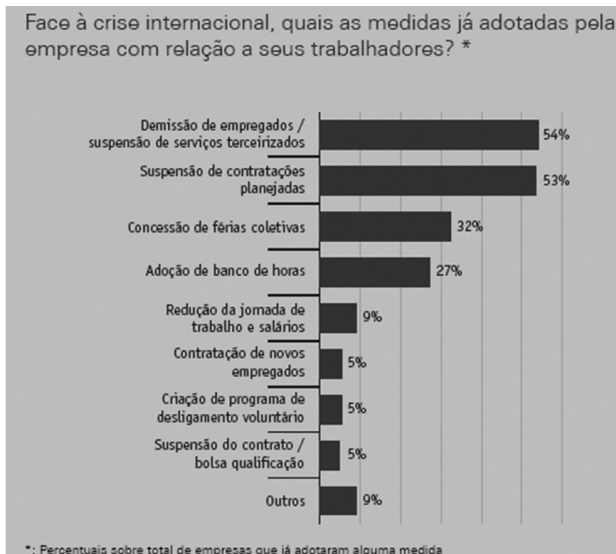
dispensas sem justa causa, portanto, arbitrárias (CF, art. 7º, inciso I). Bem aplicável, aqui, é o entendimento de Arion Sayão Romita⁽⁹⁾, porém, ao se referir apenas à despedida discriminatória, salientando que “não mais se trata de proclamar um inexistente direito de estabilidade. Não há mais estabilidade no direito do trabalho brasileiro. Trata-se, isto sim, de anular o ato do empregador, o que acarreta o retorno ao *status quo ante*. Anulada a despedida, restaura-se o emprego”.

Assim, deve ser afastada a prática da dispensa sem justa causa, como direito potestativo do empregador, “ofensivo da dignidade do trabalhador e do trabalho”, nas palavras de Calheiros Bomfim, que ainda acrescenta o seguinte:

(...) Ressalte-se que, sem garantia de emprego, passível de demissão ao alvedrio patronal, o trabalhador, no curso da relação de emprego, fica inibido de reclamar os direitos que lhe são assegurados na Constituição e na legislação infraconstitucional, os quais, por isso, perdem sua efetividade. Daí ter a Justiça do Trabalho, com o tempo, se transformado, paradoxalmente, em Justiça dos sem-trabalho. Mas não é só. É que, prestando serviço sob o temor da perda de emprego, o trabalhador sente-se inseguro, sob a permanente tensão nervosa e psicológica...⁽¹⁰⁾.

Essa lamentável contradição, no seio de uma sociedade democrática, apresenta-se bem retratada no seguinte quadro, pois dentre outras tantas medidas previstas para o enfrentamento da recente crise econômica mundial (que teve início em 2008), a demissão de empregados no solo brasileiro foi uma das opções escolhidas

pelas empresas em geral, como *primeira alternativa* sem qualquer outro ajuste.



Fonte: Consulta Empresarial — CNI, março de 2009. Fornecida pelo Prof. Doutor JOSÉ DARI KREIN, da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Coordenador do Curso de Especialização em Economia do Trabalho para Magistrados e Servidores Públicos do Tribunal Regional da 9ª Região.

4. A Convenção n. 158, da OIT, e a incorporação de suas normas ao ordenamento jurídico brasileiro

A Convenção n. 158, da OIT (Organização Internacional do Trabalho) foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 22 de junho de 1982, entrando em vigor em 23 de novembro de 1985. Trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, impondo limites ao seu poder, porém de modo a preservar os interesses da própria empresa em consonância com a economia local de cada país.

Antes dessa Convenção, a Recomendação n. 119, aprovada pela Assembleia Geral da OIT, em 1963, já estabelecia que “não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou serviço”.

(9) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 363.

(10) BOMFIM, Benedito Calheiros. Depois de mais de mil alterações, a CLT ainda carece de reforma. In: *Revista ANAMATRA*, ano XXI n. 58, p. 26, 2º sem. 2009.

Como bem realça SÜSSEKIND⁽¹¹⁾, ao tratar da aludida Recomendação, “esse diploma legal da OIT exerceu grande influência em diversos países, que inovaram ou reformularam as respectivas legislações, conciliando a efetivação do direito do trabalhador à segurança no emprego com a preservação de respeitáveis interesses da empresa e da própria economia nacional”.

Vale dizer, se, de um lado, o empregado tem garantida a segurança do emprego do qual advém, para ele e sua família, os meios de vida indispensáveis, do outro, fica mantida a autoridade do empregador “nas questões que influem no funcionamento eficaz da empresa”⁽¹²⁾.

No Brasil, essa Convenção mereceu aprovação por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992; o depósito da carta de ratificação foi efetuado na RIT (da OIT), em 5 de janeiro de 1995. Doze meses após o depósito da ratificação, a Convenção entrou em vigência no ordenamento interno. Embora, vigente a Convenção n. 158 da OIT, no Brasil, desde 6 de janeiro de 1996, foi considerada a necessidade de sua publicação no âmbito interno, o que se deu com o *Decreto n. 1.855, em 11 de abril de 1996*. Entretanto, posteriormente, foi ajuizada junto ao C. Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1.480, pela Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria, onde se alegou transgressão ao art. 7º, I, da Constituição Federal, e ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em face da impossibilidade de a referida Convenção Internacional, equivalendo à *lei ordinária*, atuar como sucedâneo de Lei Complementar, assim prevista na citada norma constitucional. Sustentou-se também, entre outros argumentos, que a Lei Maior brasileira consagra apenas a garantia de indenização compensatória, diante da ocorrência de dispensa arbitrária do trabalhador, o que afasta a possibilidade de

reintegração do empregado, como estabelece 10, da Convenção.

Antes mesmo da apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, das matérias em questão, resolveu o Sr. Presidente da República denunciar a mesma Convenção, nos termos do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, publicado em *23 de dezembro de 1996*, sem antes ouvir o Congresso Nacional.

Dito de forma diferente, simplesmente, submetido a pressões de determinados setores da sociedade civil⁽¹³⁾, o Sr. Presidente da República acatou o entendimento dominante de inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional. Desse modo, tornou pública a denúncia da Convenção, realizada *apenas pelo Governo*, em carta enviada à OIT, em 20 de novembro de 1996, explicitando que a Convenção n. 158 deixaria de ter vigência no território brasileiro, a partir de 20 de novembro de 1997. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir parcialmente o pedido de medida cautelar, em 4 de setembro de 1997, por maioria de votos, limitou-se a suspender os efeitos da Convenção n. 158 perante o ordenamento jurídico brasileiro, salientando, entre outros

(11) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131.

(12) *Idem*.

(13) Conforme bem ressalta Maurício Godinho Delgado, como Ministro Relator, no v. acórdão proferido nos autos de Recurso Ordinário TST-RODC n. 309/2009-000-15-00.4, “os argumentos utilizados para a denúncia são de que a Convenção n. 158 contemplava uma exagerada proteção ao empregado nas demissões individuais e coletivas para um país de economia frágil como a nossa, além de criar entrave para o desenvolvimento econômico e acarretar o aumento do chamado custo Brasil, com elevação ainda maior do custo de produção, diminuindo a competitividade de nossos produtos no mercado de um mundo globalizado. Entretanto, conquanto o governo refutasse a sua permanência no Brasil, antes de 1995, a Convenção n. 158 da OIT já havia sido ratificada na Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malawi, Zaire, Camarões, Gabão, Lêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Brasil, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia. Curiosamente, não há notícia de que nenhum daqueles países tenha denunciado a Convenção, como fez o Brasil. E mais, basta uma vista d’olhos para se detectar com facilidade que a maioria dos países signatários da convenção possui economia muito menos desenvolvida que o Brasil”. In: *Revista LTr*, 73-09/1109.

aspectos, que “os tratados internacionais celebrados pelo Brasil — ou aos quais o Brasil venha a aderir — não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar”.

Dessume-se desse entendimento que o Colendo Supremo Tribunal considerou o anterior *ato de ratificação* como mera lei ordinária e, portanto, insuficiente para ter eficácia, haja vista que a Constituição Federal, nos mesmos moldes, exige Lei Complementar, conforme determina seu art. 7º, inciso I.

Após a referida denúncia, o STF julgou extinta a ADI n. 1.480, considerando a perda de sua eficácia. No entanto, em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1625, ainda em trâmite, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), distribuída ao Min. Maurício Corrêa em 19 de junho de 1996⁽¹⁴⁾, questiona-se a validade da aludida denúncia da Convenção n. 158 pelo Presidente da República, pois não foi submetida à ratificação do Congresso Nacional. Tem como fundamento o disposto nos arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição. Desse modo, cabendo ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, para terem eficácia no âmbito do território nacional, também para a denúncia dos mesmos atos normativos impõe-se o *referendo* parlamentar.

Na verdade, a denúncia apenas por parte do Presidente da República está justificada pela própria tradição brasileira. Para tanto, vem mencionado o parecer de Clóvis Bevilacqua, em 5 de julho 1926, na condição de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, quando entendeu ser desnecessária a participação do Congresso Nacional em ato de denúncia do tratado constitutivo da Sociedade das Nações, sendo para ele um mero ato administrativo.

(14) Nos termos do acompanhamento processual junto ao STF, da ADI n. 1625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>> Acesso em: 15 dez. 2010.

No entanto, como aponta SÜSSEKIND, esse parecer se lastreou na então vigente Constituição de 1891, “que não cogitava de tratados normativos cuja ratificação hoje depende de prévia aprovação do Congresso Nacional”. Assim, conforme preleciona o ilustre jurista, a premissa maior do parecer “era de que o Poder Executivo estivesse autorizado, no próprio tratado, a promover a denúncia”⁽¹⁵⁾.

A Convenção n. 158 enquadra-se como um *Tratado de Direitos Humanos* porque visa a garantir o direito ao trabalho, no âmbito internacional, ao dar segurança ao emprego contra dispensas injustificadas. Encontra-se, portanto, em total sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e subsequentes Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mais precisamente o citado Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional à Convenção Americana — *Protocolo de San Salvador*, todos ratificados pelo Brasil.

No contexto do Estado Democrático brasileiro, que dá prevalência aos direitos humanos como proclama o art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, o trabalho vem elencado como um dos direitos fundamentais sociais (art. 6º).

A ratificação da Convenção n. 158 deu-se por meio da atuação conjunta do Congresso Nacional e do Presidente da República, em 1996, de forma a espelhar a adesão da nação brasileira, como Estado-membro da OIT. Resulta daí que os direitos e garantias previstos nesse tratado normativo integraram o ordenamento jurídico brasileiro a partir da aludida ratificação, nos termos já expostos.

Para reforçar esse entendimento, cumpre trazer novamente à baila o disposto no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal. “Neste sentido, a Constituição Federal (...) abre um amplo leque de *possibilidades* para o acolhimento pelo ordenamento jurídico de direitos e garantias não expressos no texto constitucional, mas

(15) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*, p. 140.

nem por isso excluídos da Constituição, desde que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁽¹⁶⁾ A propósito, são também oportunas as lições da ilustre professora de Direito Constitucional e Livre-docente da PUC-SP, Maria Garcia:

Nessa conformidade, pode-se entender os direitos humanos fundamentais, porque humanos, como da essencialidade do ser, indiferentemente do seu surgimento e do seu reconhecimento: aquele, porque sendo da essência do ser, essa essência independe da subjetividade do observador em fixá-los no tempo; e de reconhecê-los, porquanto a sua existência ou possibilidade independem, igualmente, da vontade do sujeito observador, seja outro homem, seja o Estado...

Posto esse quadro, pode-se conceber o efeito prismático dos direitos humanos, irradiando-se em feixes de valores diversificados, consagrados pela comunidade, os quais imantam os princípios e regras integradores do sistema constitucional, estendendo-se por todo o ordenamento jurídico...

Assim, os direitos fundamentais estatuídos na Constituição, tendo-se integrado no patrimônio de seus destinatários então e sempre, por força constitucional, tornam-se cláusulas pétreas, indevassáveis às reformas constitucionais e imunes às novas Constituições, por isso que fundamentais.

A questão é: revogam-se os direitos fundamentais?

Daí a importância, sempre atual, da exação da fundamentalidade dos direitos e garantias constitucionais consagrados e, ainda, daqueles decorrentes da normatividade constitucional, conforme estatui o § 2º do art. 5º da CF/1988.⁽¹⁷⁾

(16) Como bem anota Sergio Alves Gomes. *Hermenêutica constitucional*. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008. p. 371.

(17) GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º, art. 5º da CF/1988. Direitos humanos

Inegavelmente, a Convenção n. 158 da OIT, ao ser ratificada, passou a ter força de lei, integrando o ordenamento jurídico brasileiro os direitos por ela proclamados. Desse modo, não se pode aceitar o modo como se processou, posteriormente, a denúncia da mesma, em 1996, o que, para tanto, exigia uma outra lei posterior. Trata-se da configuração de um vício substancial insanável em razão da ausência do Congresso Nacional, cuja participação era — e é — imprescindível para a existência do próprio tratado e, igualmente, do ato de sua denúncia. Esse é o entendimento do Min. Joaquim Barbosa, exarado em seu *voto-vista*, proferido em 3 de junho de 2009:

A intervenção parlamentar é essencial para a existência do próprio ato, o tratado internacional, internamente. Se é da própria natureza do tratado, do ponto de vista do direito interno, que o parlamento atue na sua constituição, parece óbvio que o parlamento também precise atuar na desconstituição do tratado. Um tratado, do ponto de vista do direito interno, somente obriga (ou desobriga) com a intervenção parlamentar. Pensar de modo contrário significa desvirtuar a existência do tratado internacional em uma república democrática que atribui a órgãos e poderes competências específicas.

Considera, ainda, o Sr. Ministro que “a *intervenção do parlamento no processo de denúncia de tratados é imprescindível de acordo com a sistemática da Constituição Federal*”, tal como ocorreu com a Convenção n. 158, da OIT, mormente por esta versar sobre direitos humanos. Reconhece ser “*altamente plausível defender, ao menos, como já fizeram o Min. Gilmar Mendes e o Min. Sepúlveda Pertence em diferentes oportunidades, de que os tratados de direitos humanos possuem estatuto supralegal, porém infraconstitucional*”. Ao final, ao aduzir outras alegações, entende “*não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o*

e garantias fundamentais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 67, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 253-257, abr./jun. 2009.

consentimento do Congresso Nacional”. Assim, divergindo do Relator vai além “*para julgar inconstitucional, no todo, o Decreto n. 2.100/96*”⁽¹⁸⁾.

Afora esse aspecto da inconstitucionalidade da denúncia, objeto da mencionada ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, cumpre acrescentar também o princípio que veda o retrocesso social. Este princípio implícito informa as normas constitucionais e infraconstitucionais, à luz do que vem estabelecido nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na parte em que asseguram a realização progressiva dos direitos fundamentais reconhecidos (art. 2º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Desse modo, nenhum direito fundamental social pode ser suprimido sem a previsão de um outro mais abrangente, em face da garantia legal de crescente melhoria das condições de vida da pessoa.

5. Da compatibilidade entre a Convenção n. 158, da OIT, e o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal brasileira

A Convenção n. 158 da OIT não proíbe a dispensa do empregado. Estabelece, todavia, que a dispensa pode ocorrer desde que de forma justificada. Exige uma causa relacionada com a capacidade ou comportamento do obreiro ou relevantes motivos *econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos*, baseados no funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, nos termos do art. 4:

Art. 4. Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Além disso, seu art. 9, 2, alínea *a*, dispõe, expressamente, que “caberá ao empregador o

peso da prova da existência de uma causa justificada para o término, tal como foi definido no art. 4 da presente Convenção...”. E, em seu art. 10, ao tratar da impossibilidade de reintegração (readmissão, conforme o texto), em virtude de circunstâncias peculiares, prevê de forma substitutiva o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.

Já no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a norma do art. 492, da Consolidação das Leis do Trabalho, que, antes, assegurava a estabilidade geral, plena, não foi recepcionada pela Constituição de 1988 (para aqueles empregados não optantes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço). Conforme já se destacou, prescreve esta, em seu art. 7º, inciso I, proteção contra a despedida injustificada, isto é, a garantia de proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. E o art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, justamente prevê o pagamento de indenização nos moldes ali estabelecidos.

Desse modo, tal como estatui a norma do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, a Convenção n. 158 não assegura estabilidade ao trabalhador. Impõe, sim, limites ao direito de despedir o empregado, mediante a necessária observância dos princípios de probidade e boa-fé, razão por que o empregador deverá apontar expressamente as circunstâncias objetivas que ensejam a rescisão do contrato de trabalho, além de comprová-las, em juízo, sob pena de o ato da dispensa ser considerado inválido. Nesse último caso, caberá a reintegração do empregado ou, subsidiariamente, em seu favor, o pagamento de substancial indenização.

Como se vê, tanto as normas da Convenção n. 158, quanto o disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, têm por finalidade precípua garantir o emprego do trabalhador contra despedidas sem motivo social relevante, de modo a realçar o valor social do trabalho

(18) 3.6.2009 – Tribunal Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3, União Federal, Voto-Vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/acompanhamentoprocessual>>.

humano com um dos principais meios de se assegurar o direito à vida com dignidade. Objetivam “afastar a mera descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural, mediante a singela exigência de que o empregador demonstre a razão da despedida”, nas palavras de Leonardo Vieira Wandelli⁽¹⁹⁾.

Desse modo, a garantia de emprego prevista na Convenção n. 158 da OIT encontra-se em total sintonia com esses objetivos e finalidades traçados pelo ordenamento brasileiro, ao impor ao empregador comprovação da existência de um motivo social relevante, para rescindir o contrato de trabalho, isto é, uma conduta guiada pelos princípios da probidade e da boa-fé. Tal assertiva apresenta-se em sintonia com o entendimento majoritário dos Tribunais superiores de ter o Tratado Internacional de Direitos Humanos, ao ser ratificado pela nação brasileira, estatura *supralegal*, embora com força e natureza de lei infraconstitucional, aliada à prevista aplicação subsidiária do vigente Código Civil, no âmbito das relações de emprego. É o que resulta da conexa interpretação dessas citadas normas infraconstitucionais, a partir da Constituição como *unidade de sentido*⁽²⁰⁾.

O Tribunal Superior do Trabalho, em recente decisão proferida nos autos do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo, que tratou das dispensas coletivas de trabalhadores da *EMBRAER*, lastreando-se em normas constitucionais e Convenções da OIT, fixou como premissa para os casos futuros que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, em certa sintonia com o art. 13, da citada Convenção n. 158, da OIT, que trata da *necessária consulta aos representantes de*

trabalhadores (sindicatos), mesmo não fazendo alusão expressa ao mesmo tratado normativo:

Eis a correspondente ementa:

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 humano 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 IV, 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 dos trabalhadores*, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para os casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”, observados os fundamentos *supra...* (TST RODC 309/2009-000-15-00.4 – Ac. SEDC, 10.8.09, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado⁽²¹⁾ — com destaques da autora)

Nessa senda, cumpre destacar igualmente parte do voto do Ministro Relator, que ficou vencido em aspectos relevantes da decisão tomada, cujo entendimento poderá ser utilizado, como ponto de partida, para fundamentar decisões em processos ainda em trâmite, pelo Judiciário Trabalhista, no sentido de fazer valer

(19) WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva*. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 327.

(20) Vide GOMES, Dinaura Godinho Pimentel, que se lastreia em Konrad Hesse. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica*. São Paulo: LTr, 2005. p. 204.

(21) In: *Revista LTr*, 73-09/1105.

o princípio da dignidade humana, este como valor unificador de todos os princípios:

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 e toda uma importante região. Em consequência de todo o exposto, fica claro, conforme o entendimento deste Relator, que a nulidade das dispensas existiria até que fosse efetivada a negociação coletiva trabalhista...⁽²²⁾

6. Conclusões

De acordo com a necessária visão de unidade sistêmica da Constituição Federal brasileira, a norma do art. 7º, inciso I, deve ser interpretada em total sintonia com o disposto nos seguintes artigos da mesma Lei Maior, já mencionados: 1º, inciso IV, que reconhece o valor social do trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; 6º, que proclama o direito do trabalho como um dos direitos fundamentais sociais; 170, ao determinar que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho, e 193, ao dispor o primado do trabalho como base da ordem social. E, à luz desses preceitos constitucionais, urge também trazer à baila disposições legais previstas no Código Civil, em seus arts. 122, 187, 421 e 422, diante do que dispõe o art. 8º, parágrafo único da CLT. De forma cristalina, resulta da interpretação de todas essas normas vigentes que, mesmo sem a aludida lei complementar —

(22) *Ibidem*, p. 1.117, com destaques da autora.

prevista apenas para a fixação da indenização e outros direitos — não se pode mais deixar de declarar a invalidade de dispensas determinadas apenas pela simples manifestação da vontade do empregador, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica, relacionada ao seu empreendimento, ou em face de uma incompatível atitude ou comportamento pessoal do trabalhador.

Ademais, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como valor supremo, tal como vem também estabelecido na ordem internacional, a Constituição Federal busca conciliar os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa mediante a observância da função social da empresa (arts. 1º, inciso IV, e 170), tudo de modo a alcançar um ambiente de efetiva concretização da justiça social, preservando, contudo, a fonte de emprego, que é a empresa.

A Convenção n. 158, da OIT, enquadra-se como Tratado de Direitos Humanos (art. 4º, inciso II) cujas normas passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, após sua ratificação pela fiel observância do disposto nos arts. 49, I e 84, VIII, da Lei Maior. Diante da clareza dessas normas, não se pode negar a inconstitucionalidade da denúncia desse tratado normativo da OIT apenas por ato do Poder Executivo, por meio do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, sem o indispensável *referendo* do Poder Legislativo, como bem ressalta o Min. Joaquim Barbosa, do C. STF, em seu bem fundamentado voto, nos autos do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3. Nessa senda, urge concluir pela manutenção da eficácia da Convenção n. 158, da OIT, no âmbito do direito interno. E, mesmo fora do alcance das normas desse tratado normativo, não se pode deixar de aplicar todos os outros instrumentos legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Estado Democrático de Direito, para se coibir dispensas injustificadas que tanto retiram do trabalhador o direito fundamental ao trabalho em total afronta à sua dignidade.

Tais dispensas sem justa causa, motivadas apenas e exclusivamente pela vontade do empregador, retiram do obreiro as condições necessárias de bem programar sua vida e dos membros de sua família, as possibilidades de buscar seu crescimento pessoal e sua permanente qualificação profissional. Além disso, trazem sérios reflexos sociais, ao fomentar a alta rotatividade de obreiros, os elevados índices de trabalho precário e informal, possibilitando ainda a manutenção de resquícios vergonhosos de trabalho escravo.

Não se trata de afrontar o princípio da conservação da empresa, restabelecendo a estabilidade, mas impor a todo empregador a *observância dos princípios da probidade e da boa-fé*, para rescindir contrato individual de trabalho, em razão de sua manifesta função social (CC, arts. 421 e 422). Isso exige a ocorrência de ato ou fato objetivo relacionado com a conduta do obreiro, incompatível com a manutenção do emprego, ou um motivo social relevante, alusivo à situação do empreendimento econômico. Tudo isso bem caracterizado e comprovado, sob pena de ser invalidada a despedida, por ser ilícita e abusiva.

É preciso então ter coragem, sabedoria e vontade para fazer valer a Constituição Federal brasileira. Cabe ao Poder Judiciário, seu guardião, assegurar igual dignidade para todas as pessoas, o mesmo ponto de partida, principalmente no seio das relações de emprego. Tudo isso em sintonia com os princípios democráticos a reger a sociedade pluralista e capitalista, orientada, também pelo princípio da fraternidade, pois compatibiliza, em seu seio bem conectados, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso IV). É nesse sentido que o paradigma do Estado Democrático de Direito supera o modelo liberal de Estado, no qual prevalecia o *laissez-faire, laissez-passer* que acabava por privilegiar — sem o justo e proporcional equilíbrio nas relações econômicas e sociais — os detentores dos meios de produção.

Imperioso se torna dar relevância ao trabalho *decente* como um direito fundamental social, fator decisivo de produção de riquezas, que deve ser eficazmente garantido (CF, art. 7º, inciso I, c/c Convenção n. 158/OIT, arts. 4 e 10). É o que deve ser observado por todas as empresas, as quais, na busca de eficiência econômica, devem, por primeiro e no decurso de suas atividades, assegurar a todos existência digna mediante o cumprimento de exigências éticas de justiça social (CF, art. 170).

Por derradeiro, cumpre destacar as sábias e oportunas palavras de João Paulo II, extraídas da Encíclica *Centesimus Annus*⁽²³⁾, quando se refere aos bens de produção e à tarefa do Estado de bem tutelar o trabalho humano, aliado a certos bens coletivos, cuja salvaguarda não pode ser garantida apenas pelos mecanismos de mercado:

Uma sociedade onde este direito seja sistematicamente negado, onde as medidas de política econômica não consintam aos trabalhadores alcançarem níveis satisfatórios de ocupação, não pode conseguir nem a sua legitimação ética nem a paz social. Tal como a pessoa se realiza plenamente na livre doação de si própria, assim a propriedade se justifica moralmente na criação, em moldes e tempos devidos, de ocasiões de trabalho e crescimento humano para todos.

7. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Joaquim Ministro. Voto-vista de 3.6.2009. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3. União Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/acompanhamentoprocessual>> Acesso em: 15 dez. 2010.

BOMFIM, Benedito Calheiros. Depois de mais de mil alterações, a CLT ainda carece de reforma. In: *Revista ANAMATRA*, ano XXI, n. 58, 2º semestre de 2009.

(23) JOÃO PAULO II. Encíclica *Centesimus Annus*. In: COSTA, Armando Casimiro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Orgs.). *Encíclicas do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000*. São Paulo: LTr, 2003. p. 406.

- DELGADO, Mauricio Godinho Delgado, como Ministro Relator, no v. acórdão proferido nos autos de Recurso Ordinário TST-RODC n. 309/2009-000-15-00.4. In: *Revista LTr*, 73-09/1105.
- GARCIA, Maria. Fundamentalidade e direitos fundamentais: o § 2º, art. 5º da CF/1988. Direitos humanos e garantias fundamentais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 67 (abr./jun. 2009). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica*. São Paulo: LTr, 2005.
- GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.
- JOÃO PAULO II. Encíclica *Centesimus Annus*. In: COSTA, Armando Casimiro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Encíclicas do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000*. São Paulo: LTr, 2003.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Repensando o Estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos*. Trad. Joaquim Osório Pires da Silva. São Paulo: Cortez, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RENAUT, Luiz Otávio Linhares. O novo Código Civil, a proteção ao emprego e o velho contrato de trabalho. In: LAGES, Êmerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs.). *Novo Código Civil e seus desdobramentos no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625-3. União Federal. Voto-Vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/acompanhamentoprocessual>>.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar.
- WALD, Arnaldo. O Empresário, a Empresa e o Código Civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva*. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

Antecipação de tutela na doutrina processual do trabalho

Vitor Salino de Moura Eça^(*) e Aline Carneiro Magalhães^(**)

Resumo:

- ▶ O direito processual do trabalho que sempre se pautou pela celeridade, encontra no princípio processual constitucional da duração razoável do processo um tônus excepcional. Em face desse novo escopo constitucional da jurisdição, a tutela antecipada mostra-se como uma opção de entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil, pelo deve ser cada dia mais doutrinada, sobretudo no campo trabalhista, onde a urgência do crédito vindicado qualifica a situação processual. Com base nesta ideia, o presente trabalho visa demonstrar o modo como alguns dos jusprocessualistas têm analisado o instituto da tutela antecipada, uma vez que a sua compreensão está diretamente relacionada com a aplicação.

Palavras-Chave:

- ▶ antecipação de tutela — processo do trabalho — doutrina.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Aspectos estruturais da antecipação de tutela
 - ▶ 2.1. Conceito de tutela antecipada na doutrina processual laboral
 - ▶ 2.2. Natureza jurídica do instituto na doutrina processual do trabalho
- ▶ 3. Antecipação de tutela na CLT
- ▶ 4. Exegese do art. 273 do CPC
 - ▶ 4.1. Concessão à requerimento da parte ou *ex officio*
 - ▶ 4.2. Prova inequívoca
 - ▶ 4.2.1. Meios de Prova
 - ▶ 4.3. Verossimilhança
 - ▶ 4.4. Dano irreparável ou de difícil reparação
 - ▶ 4.5. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório
 - ▶ 4.6. Possibilidade de reversão do provimento antecipado

(*) Juiz do Trabalho na 3ª Região. Doutor em Direito Processual. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da PUC-Minas e Conselheiro da Escola Judicial.

(**) Advogada em Belo Horizonte e Pesquisadora junto ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da PUC-Minas.

- ▶ 4.7. Pedido incontroverso
- ▶ 4.8. Aplicação das regras da execução provisória para efetivação da tutela antecipada
- ▶ 5. A tutela antecipada na doutrina processual do trabalho italiana
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A avocação estatal da responsabilidade pela resolução dos conflitos existentes na sociedade traz para o ente público, a um só tempo, a necessidade de instrumentalização adequada, aí envolvida a estrutura administrativa, seja física seja de pessoal, mas também o seu envolvimento com a promoção de justiça, sobretudo social, a fim de que o jurisdicionado possa sentir-se tutelado de modo eficaz.

Para isto, além de criar as leis materiais, o Estado utiliza um método próprio para sua aplicação, denominado processo e, “enquanto o direito material cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, o processo visa a regulamentar uma função pública estatal”.⁽¹⁾

Assim como a ciência jurídica, o processo, após ser considerado um ramo autônomo do Direito, foi evoluindo até se chegar à concepção atual, em que ele passou a ser considerado um meio de atuação do direito material.

No decorrer da história, observou-se que o processo, fortemente marcado pela formalidade e, conseqüentemente, pela morosidade, não respondia aos anseios da sociedade, motivo pelo qual, nos últimos anos, houve uma tendência mundial por reformas legislativas com o objetivo de “acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados”.⁽²⁾

Isto porque proclamar o direito, mas não garantir sua efetividade, em tempo razoável,

torna-o inócuo. E, sob esta perspectiva conclui-se que o tempo no processo está diretamente ligado à efetividade do direito material, motivo pelo qual, torna-se de grande importância sua abreviação. Sobre a delonga processual, já asseverava Cappelletti:

Os efeitos dessa delonga, especialmente se consideramos os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, art. 6º, § 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável, é para muitas pessoas, uma justiça inacessível. (CAPPELLETTI, 1988. p. 21).

A delonga na solução da controvérsia além de levar à descrença no Estado, como pacificador de conflitos, pode acarretar a inutilidade da tutela, ou pela perda do objeto ou pelo desinteresse da parte no provimento final e, é por estes motivos, que Canelutti equipara o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso.⁽³⁾

Neste sentido a Emenda Constitucional n. 45, introduzindo o inciso LXXVIII no art. 5º da CR/88, consagrou a duração razoável do processo como direito fundamental, sendo este dispositivo similar ao art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Estes artigos corroboram com a tese de Cappelletti, segundo a qual, não

(1) THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, p. 7.

(2) Ob. cit., p. 19.

(3) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Buenos Aires: EJE, 1971.

basta assegurar o acesso à Justiça, devendo ser garantido o acesso rápido e eficaz à tutela pretendida.

E, dentre as reformas do CPC, uma das que mais se coaduna com o novo escopo constitucional da jurisdição, encontra-se a tutela antecipada, tutela jurisdicional diferenciada⁽⁴⁾ que, com base em cognição sumária e, em virtude do caráter emergencial que envolve a pretensão de direito material, antecipa à parte os efeitos da tutela pretendida.

Esta tutela jurisdicional diferenciada é importante porque certas situações de direito substancial exigem tutelas que realizem (e não apenas assegurem) o direito material de forma urgente⁽⁵⁾ e estas situações, geralmente, encontram-se presentes na seara laboral.

Por este motivo, a importância da celeridade e efetividade do processo é maior neste ramo do direito, em face das peculiaridades do conflito trabalhista, em especial, a natureza existencial de seu crédito. Nas palavras de Luiz Otávio Linhares Renault:

Querendo ou não, a natureza deste conflito é diferente, é ímpar, pois envolve a sobrevivência imediata, não vou dizer sequer digna, mas meramente a manutenção, a subsistência alimentar do trabalhador e sua família. A importância do crédito trabalhista pode ser medida em face das necessidades de qualquer um de nós que, por um motivo ou outro, ficasse um, dois ou três meses sem receber o salário, ou que o recebesse parcialmente. (RENAULT, 2006. p. 447).

A despeito de ser um instituto previsto amplamente no processo comum, a CLT o contempla de maneira acanhada, o fazendo apenas em duas hipóteses específicas, uma para sustar liminarmente a transferência de empregado e outra para reintegrar dirigente sindical, nos moldes dos incisos IX e X, de seu art. 659.

(4) MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 12.

(5) *Ibidem*, p.14.

Entretanto, tais previsões não abarcam todas as hipóteses em que se mostra cabível e necessária a utilização do instituto, podendo as normas processuais comuns serem aplicadas no processo laboral, a teor do art. 769 da CLT.

Ressalte-se que o CPC, nos arts. 273, 461 e 461-A, prevê quatro espécies de tutela antecipada, quer diga respeito à obrigação de pagar, quer diga respeito às obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Dada a importância do instituto cabe demonstrar como a doutrina processual do trabalho o analisa, em especial, no que tange ao art. 273 do CPC, para se fazer um paralelo entre a teoria e a prática da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional na seara laboral.

2. Aspectos estruturais da antecipação de tutela

2.1. Conceito de tutela antecipada na doutrina processual laboral

Até a Lei n. 8.952, de 1994, não havia em nosso ordenamento jurídico um tratamento orgânico sobre a antecipação de tutela, tendo sido esta lei responsável por prever as hipóteses para aplicação do instituto, notadamente no art. 273, do CPC.

Tal instituto rompeu com a tradição do dogma *nulla executio sine titulo*⁽⁶⁾, uma vez que possibilita a execução do provimento jurisdicional antes da prolação da sentença.

Como vimos, a CLT trata do instituto nas escassas oportunidades apontadas, razão pela qual perdurou por muito tempo a discussão acerca da aplicabilidade do art. 273, do CPC, no processo laboral, embora hoje haja consenso doutrinário e jurisprudencial convergindo para total afinidade entre o instituto e os princípios desta seara especializada.

A partir desse momento, passaram os autores de Direito Processual do Trabalho a tratar da antecipação de tutela, não havendo muita

(6) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. 2001. p. 151.

divergência quanto ao seu conceito, uma vez que todos ressaltam a necessidade do preenchimento dos requisitos legais e o fato de se adiantar os efeitos da tutela e não esta especificamente.

Segundo Mauro Schiavi, a tutela antecipada consiste “na concessão da pretensão postulada pelo autor, antes do julgamento definitivo do processo, mediante a presença dos requisitos legais”. E complementa o autor dizendo que “trata-se de medida satisfativa, pois será entregue ao autor o bem da vida pretendido antes da existência do título executivo judicial”.⁽⁷⁾

O magistério do professor Cléber Lúcio de Almeida é no sentido de que a antecipação de tutela “é a antecipação, total ou parcial, dos efeitos práticos da tutela jurisdicional, perseguida pelo demandante (trata-se, assim, de tutela de urgência de caráter satisfativo ou de tutela satisfativa imediata)”.⁽⁸⁾

Renato Saraiva aduz que:

Podemos conceituar a tutela antecipada como instrumento processual que permite ao autor, mediante postulação expressa, desde que no processo se encontrem presentes os requisitos de natureza objetiva que a autorizem, adiantar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional que lhe seria apenas conferida por ocasião da sentença final. (SARAIVA, 2008. p. 836)

Para o Ministro João Oreste Dalazen “a tutela antecipada de mérito, que, em linhas gerais, não é, senão uma técnica jurisdicional diferenciada, através da qual o Estado acode e tutela mais prontamente o presumido titular de um direito subjetivo material”.⁽⁹⁾

Nas palavras do magistrado e professor Jorge Luiz Souto Maior na antecipação de tutela “não se antecipa o provimento final, mas os efeitos

que este provimento pode gerar, a fim de se evitar a ocorrência de um dano irreparável, ou porque o direito se apresenta evidente diante do abuso do direito da defesa oferecida pelo réu”.⁽¹⁰⁾

Para Eduardo Henrique Von Adamovich aduz que:

Antecipação de tutela, a rigor, significaria antecipação da prestação jurisdicional almejada no pedido, ou melhor, antecipação de sentença (...). O que bem claramente falou o legislador, portanto, não foi em antecipação de tutela, mas em antecipação dos ‘efeitos da tutela’. Efeitos da tutela, como é sabido, são as modificações que a entrega da prestação jurisdicional pode operar no estado dos fatos ou dos direitos, fazendo assim o autor alcançar o bem jurídico exaustivamente buscado no longo curso procedimental. (ADAMOVICH, 2000. p. 199)

2.2. Natureza jurídica do instituto na doutrina processual do trabalho

Não há uniformidade quanto à natureza jurídica da tutela antecipada na doutrina juslaboral, que se divide entre a natureza satisfativa, cautelar, executiva e mandamental.

O professor Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que:

As tutelas antecipadas encerram provimento judicial híbrido com eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*. Dissemos híbrido porque a liminar é uma providência de cunho emergencial, expedida também (em convergência às medidas cautelares) com o fundamental propósito de salvaguardar a eficácia da futura decisão definitiva, mas possui um caráter executivo *lato sensu* e mandamental, na medida em que há a entrega, embora precária, do bem da vida vindicado no bojo dos próprios autos do processo a que se refere. (LEITE, 2008. p. 480).

Neste aspecto, Mauro Schiavi *apud* Nelson Nery Júnior para quem “tutela antecipada dos

(10) Ob. cit., p. 150.

(7) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2009. p. 989.

(8) ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2008. p. 866.

(9) DALAZEN, João Oreste. *Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro*. 1997. p. 28.

efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutela de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *latu sensu* (...).⁽¹¹⁾

Em torno do tema, Cléber Lúcio de Almeida assevera que:

A medida cautelar cria condições para a satisfação, *no futuro*, do direito deduzido em juízo. A antecipação de tutela antecipada, *para o presente*, a satisfação do direito cujo reconhecimento é demandado em juízo. O caráter satisfativo da antecipação de tutela impede conferir-lhe natureza cautelar. A antecipação de tutela constitui medida incidental, que satisfaz, provisória e precariamente, o direito deduzido em juízo, desde que atendidos os seus pressupostos. (ALMEIDA, 2008. p. 868)

De acordo com Estêvão Mallet “reunindo a providência que antecipa a tutela, nas hipóteses do inciso I, do art. 273, e do § 3º, do art. 461, todos os elementos próprios das medidas cautelares, forçoso incluí-la nessa classe de provimento”. Já na situação prevista no inciso II, do art. 273, do CPC sustenta o autor que “trata-se, na verdade, de medida punitiva, verdadeiro desdobramento dos deveres impostos aos litigantes pelo art. 14, do CPC”.⁽¹²⁾

3. Antecipação de tutela na CLT

Enquanto o art. 273 do CPC trata da antecipação dos efeitos da tutela relativas às obrigações de pagar, o art. 461 § 3º do CPC diz respeito à antecipação nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

Dispõe o art. 461 § 3º do CPC que, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada

ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

A CLT, no art. 659, apresenta duas hipóteses específicas de antecipação de tutela, previstas em seus incisos IX e X, que possibilitam ao magistrado antecipar os efeitos das obrigações de fazer e não fazer, na mesma linha do § 3º do art. 461 do CPC.

Convém destacar que, a despeito da previsão normativa supra referida, a doutrina juslaboral não se dedica suficientemente a antecipação de tutela nos casos que envolvem obrigação de fazer e não fazer.

Em abordagem específica, encontramos Carlos Henrique Bezerra Leite sustentando que:

A rigor, os requisitos para concessão da antecipação das tutelas específicas identificam-se com os das medidas cautelares em geral, quais sejam: a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e o receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*) (...) no processo do trabalho, além da hipótese prevista no art. 659, x, da CLT, a antecipação das tutelas específicas de obrigação de fazer pode se dar nos casos de: a) reintegração de empregado portador de estabilidade ou garantia de emprego, como os membros eleitos das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, a empregada gestante, o empregado acidentado; b) de expedição de guias do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou do seguro-desemprego; c) de cadastramento do empregado no Programa de Integração Social — PIS; d) de entrega de equipamentos de proteção individual a empregado, etc. (LEITE, 2008. p. 487)

Na mesma ordem de ideias, Mauro Schiavi esclarece que:

Atualmente, não mais se questiona, no Processo do Trabalho, a possibilidade de deferimento da tutela antecipada nas obrigações de fazer, pois a própria CLT, no art. 659, incisos IX e X, prevê a possibilidade do Juiz do Trabalho conceder liminares, até a decisão

(11) Ob. cit., p. 990.

(12) MALLETT, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. 1998. p. 49.

final, em reclamações trabalhistas que visem tornar sem efeito transferências abusivas e reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. Não há se falar em possibilidade de dano irreparável ao empregador, pois a determinação de reintegração do empregado lhe possibilita usufruir da mão de obra deste, apesar de ter que lhe pagar os salários devidos. (SCHIAVI, 2009. p. 998)

Em sede doutrinária, João Oreste Dalazen aduz que:

É no campo das obrigações de fazer e de não fazer, por excelência, de que é tão rico o Direito do Trabalho, que a tutela antecipativa de mérito pode e deve desempenhar um exuberante papel no processo trabalhista. (...) No Direito do Trabalho e, por extensão, no processo trabalhista, são comuníssimas as obrigações de fazer e não de fazer que podem render ensejo à tutela antecipativa. Eis alguns exemplos: a) a obrigação patronal de não fazer consistente em não despedir, quando se assegura estabilidade no emprego, transitória ou definitiva, em suas múltiplas formas (sindical, decenal, CIPA, contratual, gestante, etc); b) ou a de o empregador não estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei; c) ou a de empregador não rebaixar o empregado de função; d) ou a obrigação de fazer consistente em promover o empregado, havendo quadro organizado em carreira. (...) Daí se segue que, no processo do trabalhista, há uma imensa e variada gama de situações receptivas à tutela antecipativa de mérito para cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, desde que atendidos os pressupostos legais. (DALAZEN, 1997. p. 32)

4. Exegese do art. 273 do CPC

4.1. Concessão a requerimento da parte ou ex officio

A doutrina não é uníssona no que tange à legitimidade para requerimento da antecipação de tutela.

Isto porque o art. 273, *caput*, CPC, diz que a tutela poderá ser antecipada a “requerimento da parte” e, enquanto alguns autores fazem uma interpretação literal da expressão, outros optam pela interpretação extensiva ou finalística.

Segundo o magistério de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Não obstante a literalidade do *caput* do art. 273 do CPC, parece-nos que no processo do trabalho é factível a antecipação da tutela de ofício pelo próprio juiz, independentemente de requerimento da parte. Ora, se estamos diante de um ato judicial com característica de provimento mandamental e executivo *latu sensu* e se o juiz do trabalho está autorizado a promover a execução *ex officio* (CLT, art. 878), então não seria legalmente proibido ao juiz determinar, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, desde que presentes os demais requisitos autorizadores, sobre os quais falaremos abaixo. (LEITE, 2008. p. 482)

De acordo com o entendimento de Mauro Schiavi:

A tutela antecipada necessita de pedido expresso do autor, não podendo o Juiz concedê-la de ofício. Pensamos que mesmo no Processo do Trabalho, há necessidade de requerimento. Não obstante, nos casos em que o autor estiver sem advogado, pensamos, com suporte em autores de nomeada como Jorge Luiz Souto Maior, Francisco Antônio de Oliveira, Estêvão Mallet, Armando Couce de Menezes e Pedro Paulo Teixeira Manus, que o Juiz do trabalho possa conceder a medida de ofício, com suporte nos arts. 765 e 791 da CLT, considerando-se ainda a função social do Processo do Trabalho, e a hipossuficiência do trabalhador. (SCHIAVI, 2009. p. 991)

Para o doutrinador Cléber Lúcio de Almeida: A tutela antecipada só pode ser deferida a pedido da parte, seja em face da expressa previsão neste sentido, constante do art. 273,

caput, da CLT, seja porque, segundo é extraído do art. 2º do CPC, nenhum juiz concederá tutela jurisdicional, mesmo antecipada e em caráter revogável, senão quando a parte requerer. O juiz não pode substituir a parte na decisão sobre a oportunidade e a conveniência de pleitear a antecipação da tutela pretendida. (ALMEIDA, 2008. p. 869)

Entende Eduardo Saad que “a tutela antecipada só se concede a pedido do autor (ou Reclamante, no processo do trabalho); não é ato processual que o juiz pratica de ofício ou em que lhe cabe iniciativa”. (SAAD, 1997. p. 309)

Segundo a obra de Jorge Luiz Souto Maior: A iniciativa deve ser da parte, impedindo-se que o juiz aja, neste sentido, de ofício, a não ser quando o reclamante estiver utilizando-se do *jus postulandi* e o fundamento da medida for o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório porque pode-se vislumbrar nesses casos uma repressão efetiva, devido à falta de preparo técnico do reclamante para pleitear a providência tutelar em questão.” (SOUTO MAIOR, 1998. p. 187) Eduardo Henrique von Adamovich aduz que: A letra do multicitado art. 273, do CPC, parece não deixar dúvidas de que a antecipação de tutela devesse ser requerida pela parte interessada. Todavia, em sede juslaboralista, não se pode olvidar a desigualdade das partes na relação processual e a marcada inquisitorialidade que a CLT empresta ao juiz do trabalho para socorrer os desassistidos, tanto nos amplos poderes para a direção do processo (art. 765), como na possibilidade de ele próprio juiz promover a execução de seus julgados (art. 878). (...) não descartamos, assim, a possibilidade de deferimento *ex officio* da antecipação dos efeitos da tutela (...) a vinculação da possibilidade de deferimento da antecipação dos efeitos da tutela à iniciativa da parte, de fato, inverteria a lógica que preside ao Processo do Trabalho. (ADAMOVICH, 2000. p. 208)

4.2. Prova inequívoca

Quer parecer que a doutrina processual trabalhista ainda não chegou a um consenso sobre o que se deve entender por prova inequívoca. Para alguns, a prova inequívoca refere-se aos fatos da causa, enquanto para outros diz respeito à idoneidade e clareza da prova produzida. Há ainda quem entenda que se refere à prova suficiente à formação de juízo de probabilidade, e, por fim, que inequívoco deve ser o convencimento sobre a prova e não ela propriamente dita.

Trazemos à colação, o posicionamento de parte da doutrina mais aceita.

De acordo com o magistério de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Embora omisso o dispositivo, não há dúvida de que a prova inequívoca refere-se aos fatos da causa (...). Para o autor conseguir o deferimento do pedido de antecipação de tutela os fatos já devem estar demonstrados na petição inicial, possibilitando, assim, ao juiz a formação do seu convencimento certo, incontestável e indubitoso sobre a inequivocadamente da prova dos fatos alegados. (LEITE, 2008. p. 483)

Segundo Jorge Luiz Souto Maior “a prova inequívoca aqui se refere não à impossibilidade de o fato vir a ser desconstituído por prova da outra parte, mas à idoneidade da prova produzida, no sentido de ser clara, inequívoca”.⁽¹³⁾

Estêvão Mallet entende que “não é viável interpretar de modo literal a expressão ‘prova inequívoca’, do art. 273, do CPC. É preciso temperar a inadequada adjetivação legal, pois do contrário tornar-se-ia inaplicável o dispositivo”. E complementa o referido autor que “por prova inequívoca deve entender-se, consequentemente, apenas a prova suficiente à formação de juízo de probabilidade, bastante à concessão da tutela antecipada”.⁽¹⁴⁾

(13) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho*: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. 1998. p. 187.

(14) Ob cit., p. 54.

Eduardo Henrique von Adamovich entende que prova inequívoca para o Processo do Trabalho:

É expressão pouco feliz do legislador. Não podendo ela ser entendida aqui como prova irrefutável ou incontestável, porque incontestável não será jamais a prova, na medida em que é, por definição, meio de demonstração de fato ou direito que busca influir no espírito de quem julga, produzindo neste a razoável certeza de tal demonstração. Inequívoco, portanto, deve ser o convencimento sobre a prova e não ela propriamente dita. (ADAMOVICH, 2000. p. 205)

4.2.1. Meios de prova

A doutrina também não é uniforme quanto aos meios de prova hábeis a caracterizar a prova inequívoca para concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

Enquanto para alguns autores só é cabível a prova documental, outros entendem ser cabível qualquer meio de prova admitido em direito.

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite “a prova há de ser a documental, uma vez que esta deve acompanhar a petição inicial”.⁽¹⁵⁾

Segundo Mauro Schiavi “a prova não precisa ser documental, pode ser testemunhal, documental, etc., desde que apta a convencer o juiz sobre a versão narrada pelo autor”.⁽¹⁶⁾

Para Jorge Luiz Souto Maior “não precisa ser, necessariamente, uma prova escrita”.⁽¹⁷⁾

4.3. Verossimilhança

A doutrina é unânime ao entender que verossimilhança diz respeito à probabilidade, mas diverge quanto ao que é provável, ou seja, se provável é a existência do direito alegado, ou se a probabilidade é do pedido, ou da veracidade das alegações ou, ainda, da existência do direito material afirmado.

Para o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite “a verossimilhança das alegações há de ser entendida como verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido”. E complementa o autor dizendo que “em outros termos, fundamentos jurídicos verossímeis são aqueles que se aproximam, com grande intensidade, da verdade, e, por isso mesmo, são de fácil convencimento sobre sua existência. Não se confundindo com o *fumus boni iuris* exigido para as cautelares”.⁽¹⁸⁾

Segundo o magistério de Jorge Luiz Souto Maior:

Quanto à verossimilhança o sentido é o de probabilidade; ser bem provável a existência do direito alegado. Como diz Barbosa Moreira, é preciso que o exame do que consta dos autos conduza o juiz à conclusão de que é bem mais provável que ao final se tenha de dar ganho de causa ao autor do que a hipótese contrária. (SOUTO MAIOR, 1998. p. 187)

De acordo com a obra de Eduardo Henrique vom Adamoviach:

(...) o juiz em sua apreciação do pedido de antecipação de tutela exerce juízo de verossimilhança, ou, melhor, na síntese que ouvimos em diversas aulas do Prof. Rogério Greco, ‘*de cognição média*’; nem tão profunda quanto o é para a decisão de mérito e nem tão superficial quanto o é para as cautelares. O juízo que forma, portanto, é um juízo de probabilidade aprofundada, ou melhor, de verossimilhança, para a tutela em questão. (ADAMOVICH, 2000. p. 213)

Há quem entenda que se somam os dois requisitos, por considerarem que um é pressuposto do outro. Neste sentido, para Renato Saraiva:

(...) deverá o autor demonstrar a verossimilhança das alegações mediante prova inequívoca, ou seja, os fatos devem estar demonstrados no processo de tal forma que conduza o magistrado a um convencimento

(15) Ob cit., p. 483.

(16) Ob cit., p. 991.

(17) Ob cit., p. 187.

(18) Ob. cit., p. 483.

certo e indubitado de que as razões apresentadas pelo autor são verdadeiras, ou pelo menos que há grande probabilidade da veracidade das alegações. (SARAIVA, 2008. p. 839)

Para João Oreste Dalazen “o que se requer é a cognição ou instrução sumária que permita a formulação de um juízo de probabilidade acerca do fato alegado e da plausibilidade do direito subjetivo que nele se alicerça”. E complementa o autor dizendo que “ainda que mediante prova precária e superficial, ainda que não exaustiva a prova, há de convencer-se o Juiz da probabilidade da existência do direito material afirmado: é o *fumus boni juris*”.⁽¹⁹⁾

Para Gabriel Saad “verossímil é o fato com aparência de verdade que demanda proteção imediata, porque presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.” Ao passo que “prova inequívoca é aquela que resiste a dúvida razoável e que serve de base à verossimilhança das alegações articuladas pelo Reclamante”.⁽²⁰⁾

4.4. Dano irreparável ou de difícil reparação

De acordo com o art. 273 do CPC, é insuficiente o preenchimento dos dois requisitos acima expostos, mas sim que a parte demonstre o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela.

A doutrina oscila quanto ao objeto do dano irreparável ou de difícil reparação, se seria o autor do pedido ou se seria o direito.

A obra de Carlos Henrique Bezerra Leite aduz que:

(...) aqui, temos um outro instituto conhecido nas medidas cautelares: o *periculum in mora*. Só que de vestimenta nova. Vale dizer, o juiz deve sopesar se a não concessão da tutela antecipada poderá causar prejuízo

irreparável ou de difícil reparação ao autor do pedido enquanto aguarda o desfecho da lide. (LEITE, 2008. p. 485)

Segundo o magistério de Mauro Schiavi “trata-se do perigo da demora. Caso a tutela não seja concedida antes do provimento final, haverá grande risco de perecimento do direito”.⁽²¹⁾

Renato Saraiva entende que “deverá demonstrar o autor que a demora natural do processo causará dano irreparável ou de difícil reparação, fazendo com que o requerente veja o seu direito perecer, total ou parcialmente, caso a tutela não seja antecipada”.⁽²²⁾

Nos moldes propostos por João Oreste Dalazen:

(...) para se aquilatar se está, ou não, presente este requisito é preciso examinar objetivamente a situação do autor e perquirir se o autor corre risco de dano caso a tutela não seja antecipada. Em linhas gerais, creio que no processo trabalhista cumpre tomar em conta as necessidades de subsistência do reclamante e ponderar se ele pode ver-se privado do bem, ou direito de que provavelmente é titular. (DALAZEN, 1997. p. 30)

Ainda de acordo com Jorge Luiz Souto Maior:

(...) perigo de dano irreparável ou de difícil reparação pode até mesmo ser fruto do descumprimento de uma obrigação pecuniária. Por muito tempo se disse que o descumprimento de obrigação pecuniária não seria motivo para alegar dano irreparável. Tal entendimento não parece razoável especialmente no que se refere ao direito do trabalho, visto que as verbas trabalhistas possuem nítida função alimentar. (SOUTO MAIOR, 1998. p. 187)

Entende o doutrinador Estêvão Mallet que “para avaliar se o dano irreparável ou não, portanto, há que se considerar não apenas a

(19) Ob. cit., p. 29.

(20) SAAD, Eduardo Gabriel. *Antecipação de tutela de mérito e o processo do trabalho – tutela antecipada e obrigações de fazer e não fazer*. 1997. p. 309.

(21) Ob. cit., p. 992.

(22) Ob. cit., p. 839.

natureza do direito ameaçado, como também a condição pessoal do seu titular”.⁽²³⁾

4.5. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

Alternativamente ao requisito supra citado, prevê o art. 273 do CPC que, além da prova inequívoca da verossimilhança das alegações, a parte deve demonstrar o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Isto porque a despeito do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, CR/88, serem garantias constitucionais e princípios basilares do processo, a parte não deve dispor desta garantia para protelar a prestação jurisdicional, por ser, em última análise, uma ofensa à própria Justiça e ao Estado.

Visando inibir a deletéria conduta, reiterada pelos que se beneficiam da morosidade do processo, ou seja, os chamados por Cappelletti de *litigantes habituais*⁽²⁴⁾, o art. 273 do CPC, no seu inciso II, prevê uma espécie de pena.

O conceito de abuso de direito e manifesto propósito protelatório ainda é bastante controvertido na doutrina processual trabalhista.

Em nosso levantamento, percebemos que, para Carlos Henrique Bezerra Leite:

(...) há abuso de direito de defesa toda vez que o réu invocar teses que afrontam literalmente as normas que compõem o ordenamento jurídico, deturpando-lhes o sentido ou a sua aplicação ou, ainda, quando altera ou falta com a verdade. E acrescenta que o manifesto propósito protelatório do réu se verifica, por exemplo, quando ele retém injustificada e reiteradamente os autos em

seu poder; quando interpõe recursos manifestamente infundados, já estando a matéria preclusa; quando provoca incidentes processuais infundados que não guardam relação com a lide, etc. (LEITE, 2008. p. 484)

Mauro Schiavi entende que “abusa do direito de defesa o réu que invoca teses infundadas, sem consistência jurídica, ou sustenta argumentos divorciados da realidade do processo com a finalidade de protelar o feito”.⁽²⁵⁾

Segundo o magistério de Cléber Lúcio de Almeida “abusa do direito de defesa o réu que a produz excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social e pela boa-fé (aplicação do art. 187 do Código Civil)”. E acrescenta que “protelar o andamento da causa é adotar postura que dificulte ou prejudique o normal desenvolvimento do processo e, com isso, a solução definitiva do litígio”.⁽²⁶⁾

Nos moldes expostos por Renato Saraiva: (...) deverá demonstrar o autor que o réu assumiu na demanda comportamento processual ou extra-processual com o evidente propósito de retardar o andamento do processo, evitando a solução da lide, como nas hipóteses em que o réu interpõe recursos manifestamente infundados, retira reiteradamente os autos do cartório, permanecendo com o processo por meses, ou arrola, objetivando protelar o feito, testemunhas residentes e domiciliadas em outras comarcas, solicitando expedição de cartas precatórias. (SARAIVA, 2008. p. 840)

Ainda de acordo com a obra de Eduardo Saad: Abuso de direito de defesa é exercer esse direito de modo irregular a fim de impedir ou retardar os trâmites processuais, o que equivale a uma afronta à Justiça. (...) Nos sobreditos dispositivos da lei processual, são catalogadas as várias espécies de abuso do direito de defesa: deduzir defesa contra texto expresso da lei ou fato incontroverso;

(23) Ob. cit., p. 63.

(24) O autor cita o professor Galanter, que desenvolveu uma distinção entre litigantes habituais e eventuais, demonstrando que aqueles têm muito mais preparo e disponibilidade para enfrentar longas e reiteradas demandas se beneficiando delas. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 1988. p. 12.

(25) Ob. cit., p. 993.

(26) Ob. cit., p. 873.

alterar a verdade dos fatos; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados. (SAAD, 1997. p. 310)

Segundo o magistério de Jorge Luiz Souto Maior:

(...) a tutela poderá ser antecipada se a defesa não trazer controvérsia jurídica razoável, ou mesmo em momento posterior o réu utilizar-se de artimanhas processuais simplesmente para retardar o deslinde do processo (...) não se deve confundir abuso do direito de defesa com litigância de má-fé, cujas hipóteses encontram-se relacionadas no art. 17, do CPC, embora se possa tomar como elemento identificador do abuso a ocorrência de alguma daquelas hipóteses. (SOUTO MAIOR, 1998. p. 188)

Estêvão Mallet traz que:

(...) abusar do direito de defesa, portanto, não é mais do que praticar, no curso do processo, atos indevidos, desnecessários ou ainda impertinentes. (...) A prolação mesmo do processo, referida também no inciso II, do art. 273, do CPC, é apenas mais uma hipótese de abuso de direito de defesa. (...) Abuso do direito de defesa pode configurar-se, como dito anteriormente, de diversas maneiras. (...) A relação contida no art. 17, do CPC, porém, traz bons exemplos dessa figura. (MALLET, 1998. p. 65)

4.6. Possibilidade de reversão do provimento antecipado

O art. 273, § 2º, do CPC, traz uma limitação, que deve ser observada pelo magistrado, no momento de conceder ou não a antecipação dos efeitos da tutela.

Em contrapartida ao direito do requerente de obter a antecipação dos efeitos da tutela uma vez preenchidos os requisitos legais, há a previsão de que os efeitos da medida antecipatória sejam reversíveis, sob pena de se causar

uma lesão ao direito do requerido de não ter seu patrimônio afetado ou ser compelido a praticar ou não determinado ato.

Nestas situações há a necessidade de se ponderar os valores e bens objeto do litígio, ou seja, avaliar se será maior o dano sofrido pelo autor que não obteve os efeitos da tutela antecipada, ou aquele sofrido pelo réu em face da concessão da medida, numa perspectiva neoconstitucionalista, nos termos da doutrina de Luis Roberto Barroso.⁽²⁷⁾

Ainda segundo o magistério de Carlos Henrique Bezerra Leite:

(...) o juiz deve avaliar se, na sentença, o pedido contido na inicial poderá ser julgado improcedente e as consequências que disso resultará para o réu. Trata-se, evidentemente, de um juízo de valor que o magistrado deve fazer acerca dos efeitos da antecipação de tutela. Acreditamos que no processo do trabalho o requisito em tela deve ser sopesado com a natureza alimentícia dos valores geralmente postulados pelos trabalhadores, pois, se de um lado o empregador pode ter um prejuízo de ordem econômica, de outro, é certo, o empregado pode ter comprometida não apenas a sua própria subsistência e da sua família, mas a sua própria dignidade. (LEITE, 2008. p. 485)

Para o doutrinador Mauro Schiavi “trata-se de requisito que deve ser avaliado discricionariamente pelo Juiz, analisando o custo benefício de se conceder a medida, sempre atento aos princípios da razoabilidade e da efetividade processual”.⁽²⁸⁾

Convindo mais uma vez com Cléber Lúcio de Almeida:

(...) embora o art. 273, § 2º, do CPC fale em irreversibilidade do provimento antecipado, o que impede o deferimento da antecipação

(27) BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*.

(28) Ob. cit., p. 994.

é a impossibilidade de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado. Segundo o *caput* do art. 273, o objetivo da antecipação são os efeitos da tutela pretendida. Quando esses efeitos forem irreversíveis, a antecipação de tutela não pode ser deferida. (ALMEIDA, 2008. p. 874)

Para Jorge Luiz Souto Maior “a disposição que determina que o cumprimento da tutela antecipada se fará pelos mecanismos da execução provisória faz com que pequeno seja o risco de irreversibilidade, já que na execução provisória não há expropriação do bem penhorado”.⁽²⁹⁾

A obra de Estêvão Mallet traz que:

(...) a irreversibilidade dos efeitos antecipados não pode, na hipótese do inciso I, do art. 273, e apenas nessa hipótese, ser transformada em impedimento à tutela do direito do demandante, sob pena de violar-se a garantia constitucional de ação. Se os efeitos são irreversíveis, o rigor na análise das provas há de ser redobrado (...). (MALLET, 1998. p. 103)

Nos moldes expostos por Eduardo Henrique Von Adamovich:

(...) a irreparabilidade do prejuízo posta como óbice à antecipação pelo § 2º, do referido art. 273, deve ter reavivados aqui aqueles comentários que já fizemos ao mesmo conceito quando tratamos, para dizermos que o correto em sede de um Direito material presidido pela busca da igualdade substancial, como é o do Trabalho, não é falar-se propriamente em irreparabilidade, mas sim em proporcionalidade, isto é, razoável suportabilidade do dano pela parte destinatária da decisão, sob inspiração de uma distribuição proporcional dos ônus da espera da prestação jurisdicional definitiva. (...) Irreparável, em termos absolutos, por exemplo, pode ser havido o dano causado pela determinação judicial que, antecipadamente, mande pagar um salário mínimo

ao empregado que, tratando-se de prestação alimentar, dificilmente teria condições de repetir a quantia se ela fosse posteriormente reputada indébita. (...) A determinação em questão, porém, não causaria prejuízo insuportável ao empregador que, de outra parte, sob uma distribuição proporcional dos ônus da demora no processo, bem poderia arcar com ele em nome do interesse público na efetivação da Justiça, se posteriormente, fosse havida por indébita a quantia. (ADAMOVICH, 2000. p. 209)

4.7. Pedido Incontroverso

A doutrina processual do trabalho praticamente não analisa o disposto no § 6º do art. 273 do CPC, não se atendo a caracterizar o que seria o pedido incontroverso.

Para Mauro Schiavi “pedido incontroverso é o que não foi contestado ou que foi admitido pelo réu. Conforme tem salientado a melhor doutrina, havendo incontrovérsia, a decisão da antecipação da tutela será definitiva”.⁽³⁰⁾

De acordo com o magistério de Cléber Lúcio de Almeida:

(...) o deferimento da antecipação de tutela atende, nessa hipótese, à necessidade de assegurar a tutela jurisdicional em tempo razoável, uma vez que, sendo incontroverso o pedido ou alguns dos pedidos, não se justifica impor ao autor aguardar o desfecho final do processo para que sua pretensão seja satisfeita. (ALMEIDA, 2008. p. 874)

4.8. Aplicação das regras da execução provisória para efetivação da tutela antecipada

Diz o § 3º do art. 273 do CPC que a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

O art. 588, em especial, revogado pela Lei n. 11.232/2005 que, em seu lugar, acrescentou o art. 475-O ao CPC, trata sobre a execução

(29) Ob. cit., p. 188.

(30) Ob. cit., p. 994.

provisória e dispõe no inciso I, do § 2º que, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo e o exequente demonstrar situação de necessidade, pode ser dispensada a caução para o levantamento de depósito em dinheiro e para a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

Tal hipótese, a despeito de ter grande compatibilidade com o processo do trabalho, não é suscitada pela maioria dos doutrinadores processualistas do trabalho.

Observa-se que todos os requisitos do citado artigo são, constantemente, preenchidos nas lides trabalhistas.

Regra geral o valor das sentenças condenatórias proferidas pela Justiça do Trabalho não ultrapassam 60 salários mínimos, o que hoje equivale à R\$ 30.600,00.

Quanto ao crédito de natureza alimentar, determina o art. 100. 1º-A, da CR/88, que os débitos de natureza alimentar compreendem aqueles decorrentes de salários, ou seja, principal parcela objeto dos conflitos laborais.

Por fim, a situação de necessidade pode se caracterizar pelo fato do reclamante ser beneficiário da justiça gratuita ou se, ficar demonstrado, por exemplo, situação de desemprego e dificuldade de manutenção do sustento próprio ou da família.

Assim, cabe ao julgador, uma vez preenchidos todos estes requisitos, conjugar este artigo com o disposto no § 2º do art. 273 que diz respeito à irreversibilidade e, após uma ponderação de valores e princípios, decidir sobre a antecipação dos efeitos de uma sentença condenatória que importe no pagamento de quantia certa, independente de caução.

Neste sentido Christóvão Piragibe Tostes Malta:

No campo trabalhista, processa-se a execução provisória sem que seja prestada caução. Por outro lado, não se permite, mesmo

mediante caução, o levantamento de depósito em dinheiro. A matéria, no entanto, não tem sido objeto de debates, sendo possível que, submetido o problema ao pronunciamento dos tribunais, penda a jurisprudência a favor da aplicação do CPC, art. 588. Não há incompatibilidade entre este preceito, inclusive no que concerne à caução, e os princípios que norteiam o processo trabalhista. Poderá dizer-se, contudo, que, na grande maioria das vezes, o exequente é um empregado com poucos recursos, de modo que exigir a caução seria o mesmo que proibir a execução provisória. (MALTA, 1999. p. 770)

Segundo o magistério de Cléber Lúcio de Almeida:

(...) a execução da tutela antecipada corre por conta do requerente e será realizada nos próprios autos do processo em que foi deferida, não se admitindo levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de domínio sem a devida caução, salvo na hipótese de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, quando a parte se encontrar em estado de necessidade. (ALMEIDA, 2008. p. 879)

5. A tutela antecipada na doutrina processual do trabalho italiana

O “*provvedimento d’urgenza*”⁽³¹⁾ previsto nos arts. 700 e 669 do Código de Processo Civil italiano tem grande aplicação nas lides trabalhistas.

Estes artigos não fazem uma diferenciação objetiva entre tutela cautelar e antecipada, tratando genericamente de ambos os institutos sob a denominação “tutelas de urgência”.

De acordo com o art. 700 do CPC italiano, é possível requerer a tutela de urgência mais idônea a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito, quando há fundado receio

(31) TARZIA, Giuseppe. *Manuale del processo del lavoro*. 2008. p. 375.

de que o direito, durante o curso do processo em via ordinária, seja ameaçado de um prejuízo eminente e irreparável, sendo as circunstâncias do caso concreto avaliadas pelo juiz para deferimento ou não da medida.⁽³²⁾

As tutelas de urgência têm aplicação em diversas situações, como, por exemplo, para reintegração do trabalhador injustamente dispensado, para anulação de transferência ilegítima, retorno ao cargo efetivo no caso de rebaixamento ou para observância dos direitos de greve.

De acordo com o art. 669-*quater*, § 2º, do CPC italiano, se a demanda ainda não foi julgada, a tutela de urgência deve ser requerida perante o juiz da causa, na petição inicial ou no curso da ação, o que podemos considerar como antecipação de tutela.

Ao passo que o art. 669-*quater*, do referido código, determina que se a causa ainda não foi proposta, o requerimento deve ser feito perante o juiz competente para apreciar a ação principal, o que, a nosso ver, equivale à medida cautelar.

Quando o requerimento é feito antes de proposta a ação, ou seja, via cautelar, dispõe o art. 669-*quater e sexies*, ainda do CPC italiano, que pode o juiz conceder a tutela *inaudita altera parte*, fixando, em 5 dias, uma audiência na qual poderá confirmar, revogar ou modificar o provimento e, devendo a parte, ajuizar a ação principal em 30 dias, sob pena de se perder a eficácia da medida.

No que tange à execução do “*provvedimento d’urgenza*”, dispõe o art. 669-*duodecies* que, os procedimentos cautelares cujo objeto consiste em uma obrigação pecuniária, serão executados nos termos do art. 497 e seguintes, que tratam de expropriação forçada. Entretanto, a doutrina

diverge quanto à eficácia desta disposição, uma vez que, o tempo e as formalidades próprias do procedimento expropriatório comprometem a exigência de celeridade que pressupõe a tutela de urgência em face do *periculum in mora*.

Quanto o objeto da tutela de urgência é uma obrigação de entregar, fazer ou não fazer cabe ao juiz determinar a melhor forma de se cumprir o provimento, ressaltando que para o cumprimento destas obrigações, a lei processual italiana, importou uma medida dos ordenamentos estrangeiros, qual seja, *as astreintes*, como forma coercitiva indireta, consistente no pagamento de uma multa por cada dia de descumprimento da ordem do juiz.

Vê-se que a despeito da relevância das medidas de urgência na Itália, não há leis que disciplinem de maneira mais detalhada a tutela, ao contrário do que ocorre no nosso ordenamento.

Entretanto, tanto no país peninsular quanto aqui, é unânime o entendimento de que é na seara laboral que as medidas cautelares e, especialmente, a antecipação de tutela, possuem grande compatibilidade e importância, por coadunar com os princípios e escopo deste ramo especial do Direito.

6. Conclusão

Analisado o tratamento dado pela doutrina processual do trabalho à antecipação de tutela, em especial, a partir do comando do art. 273 do CPC, percebe-se que, não há ainda uma uniformidade.

Este fato pode ensejar um entrave na utilização do instituto da antecipação de tutela no Direito Processual do Trabalho, face à insegurança em sua aplicação. No entanto, não há dúvida de que a seara laboral é um dos campos mais férteis para a aplicação da antecipação dos efeitos da tutela, seja nas obrigações de dar, seja nas obrigações de fazer ou não fazer, em face da natureza existencial do crédito trabalhista e do estado de privação em que muitas vezes se encontra o trabalhador.

(32) Art. 700 CPC: Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

Talvez o uso da medida não venha a ser a panaceia do processo do trabalho. Entretanto, em face do volume de feitos em tramitação na Justiça do Trabalho, do tempo gasto nos julgamentos, e a síndrome do descumprimento das obrigações⁽³³⁾, sua utilização mais frequente diminuirá o tempo de provimento final e levará à reflexão aqueles que se utilizam indevidamente do tempo elastecido do processo com menos ética.

Neste sentido, Jorge Luiz Souto Maior:

Mesmo reconhecendo a necessidade de prudência na concessão das tutelas antecipadas, há de se verificar que a sua adoção, em larga escala, é de extrema relevância para o avanço das relações de trabalho, por nos feitos trabalhistas, aquilo que o legislador vislumbrou como exceção nas relações jurídicas a que o Processo Civil está voltado, pode configurar-se a regra nas lides trabalhistas. Com efeito, é amplamente sabido que muitos empregadores têm adotado prática de dispensarem seus empregados sem o devido pagamento das verbas rescisórias, que decorrem da lei — vale lembrar — contando que a necessidade os faça aceitar, em juízo, um acordo com valor indiscriminado, no qual se incluam não só as verbas rescisórias como quaisquer outros eventuais direitos decorrentes da relação de emprego, principalmente, para poderem levantar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e darem entrada na documentação para recebimento do seguro-desemprego. (SOUTO MAIOR, 2001. p.155)

7. Referências bibliográficas

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. *A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa: ideias para o caso brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

(33) De acordo com José Roberto Freire Pimenta, as leis trabalhistas no Brasil têm um baixo índice de cumprimento espontâneo, e é extremamente vantajoso para um grande número de empregadores descumprir os mais elementares direitos dos trabalhadores. In: *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. 2004. p. 340.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 1988.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos da tutela antecipatória de mérito no processo trabalhista brasileiro. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 1, n. 55/56, p. 39-46, jul. 1995/jun. 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MALLET, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Antecipação de tutela — o processo do trabalho e o cumprimento da tutela antecipada. In: *Síntese Trabalhista*, [S.l.], v. 10, n. 116, p. 13-19, (1999: FEV).

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 29. ed. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 1994.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIMENTA, José Roberto Freire Pimenta [et alli.] (Coords.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Processo, tempo e crédito trabalhista*. O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Organizador Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

SAAD, Eduardo Gabriel. Antecipação de tutela de mérito e o processo do trabalho — tutela antecipada e obrigações de fazer e não fazer. In: *Suplemento Trabalhista LTr*, [S.l.], v. 33, n. 63, p. 307-313 (1997: maio).

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Método, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Tutela antecipada no processo do trabalho. Cidadania e justiça. In: *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, [S.l.], v. 5, n. 10. (2001: jan./jun.).

TARZIA, Giuseppe. *Manuale del processo del lavoro*. Milano: AG Editore, 2008.

TESORIERE, Giovanni. *Diritto processuale del lavoro*. Casa Editrice Antonio Milani, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

O reconhecimento da natureza empregatícia da relação de trabalho em segundo grau de jurisdição

Carlos Augusto Junqueira Henrique^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo busca discutir duas questões relacionadas com o reconhecimento da relação de emprego em sede de recurso ordinário. Parte de situações concretas para defender a incidência das normas do processo civil objetivando a redução do fator tempo no processo com a garantia da segurança jurídica das partes.

Palavras-chave:

- ▶ Recurso ordinário — efeito devolutivo — questão prejudicial — decisão interlocutória.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Efeito devolutivo no recurso ordinário e questão prejudicial
- ▶ 3. Procedimento do recurso de revista contra decisão de natureza interlocutória
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Muitos autores sustentam a existência de um princípio da *celeridade* a informar o processo do trabalho. O que é *célere*, ou assim o é em relação a outro tipo de movimento, ou sua rapidez, nega o que deveria ser o andamento normal. Não se pode comparar a velocidade de uma lebre e uma tartaruga. Se aquela supera venceria uma corrida com essa, não quer dizer

que seu andamento é *célere*. Para ela, é o andamento normal.

Também o processo tem um andamento normal. Se existisse um princípio da *celeridade*, este estaria afrontando o normal processamento de uma demanda e, então, violentando o direito da(s) parte(s). O ordenamento jurídico processual procura estabelecer uma dinâmica que atenda, respeitados os direitos das partes, ao fim a que o processo se destina: prestar o provimento jurisdicional com a brevidade necessária. Como escrevia Cunha Campos: “Como assinala Calamandrei, o ideal, inatingível, seria a

(*) Professor da Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito pela PUC/Minas. Presidente do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais. Advogado. Juiz do Trabalho aposentado do TRT da 3ª Região.

concomitância do início e término do processo, de tal sorte que a decisão encontrasse os fatos no estado em que estavam quando iniciado o feito.”⁽¹⁾ A relação tempo e processo teve, já no início do século passado, relevante importância entre os doutrinadores sem que, entretanto, se tenha procurado estabelecer um princípio da celeridade, senão enquanto examinado o tempo em relação à duração do processo em épocas passadas.

Os princípios que informam o processo do trabalho, notadamente o princípio da oralidade, estabeleceram enquanto diretriz a irrecurribilidade das decisões interlocutórias. Note-se que, por força da concentração dos atos processuais em audiência, seria de todo irracional a possibilidade de aviamento de recurso naquele momento, então paralisando toda a tramitação processual. Daí a diretriz mencionada.

Algumas situações, entretanto, ocorrem que estão a merecer exame e encaminhamento mais preciso. Dentre essas, destacamos a *questão relativa ao reconhecimento da natureza empregatícia da relação de trabalho quando tal se dá em segundo grau de jurisdição*.

Ajuizada a demanda com pretensões que se voltam ao reconhecimento do vínculo empregatício e créditos decorrentes de tal relação jurídica, funciona aquela como questão prejudicial⁽²⁾ ao conhecimento dos créditos. O órgão judicante apenas examinará se pertinente ou não a pretensão relacionada aos créditos trabalhistas se e quando reconhecida a relação de emprego (tem-se, aqui, por presumido que o réu apresentou resistência específica quanto

a todas as pretensões e, então, aquelas relacionadas aos créditos serão examinadas na eventualidade de superada a questão relativa à natureza da relação jurídica).

2. Efeito devolutivo do recurso ordinário e questão prejudicial

Acolhida, então, a resistência fundada na prejudicialidade da matéria relativa à natureza jurídica da relação havida entre as partes e interposto o recurso ordinário, um primeiro problema emerge. Estando instruído o processo, e entendendo a turma julgadora que seria caso de reforma da decisão de 1º grau, estaria obrigada a prosseguir no exame das demais pretensões?

A questão torna-se controvertida diante do texto dos arts. 512, 515 e parágrafos e 516, todos do Código de Processo Civil. Marinoni e Arenhart escrevem a respeito que: “em princípio, o tribunal não deve avançar no exame de temas não decididos ainda em primeiro grau, já que se supõe, normalmente, que isso violaria o princípio do duplo grau de jurisdição. Essa ideia, todavia, vem cedendo espaço e conta com duas importantes exceções postas no regime da apelação.”⁽³⁾

Então invocando os §§ 3º e 4º, do art. 513.

A matéria diz respeito à natureza das razões da resistência apresentadas. Quando o autor pretende o reconhecimento da natureza empregatícia do vínculo jurídico mantido com o réu e, em decorrência disso, busca a condenação em determinadas parcelas que na lei trabalhista encontram fundamento, a resistência oferecida pelo réu — negando a natureza empregatícia da relação jurídica havida entre as partes — tem natureza prejudicial. Funciona, entretanto, como uma primeira razão da resistência e, por isso mesmo, superada essa, passará o julgador ao exame das demais razões apresentadas.

(1) CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual 1*. Uberaba: s/ed., 1974. p. 122.

(2) “Denominam-se motivos prejudiciais as alegações e os fundamentos que condicionam o teor de determinada decisão, i. é, os elementos prejudiciais localizados naquele mencionado eixo lógico do processo. Os motivos prejudiciais controvertidos são denominados de questões, e os não controvertidos, de pontos.” LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 171.

(3) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 541.

Vicente Greco Filho, examinando os dispositivos da lei processual civil afirma que:

Também, quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. Isso quer dizer que aquele que venceu a demanda porque seu pedido ou sua defesa tinham mais de um fundamento não pode apelar se a sentença lhe foi favorável quanto ao resultado, ainda que a sentença tenha repellido algum dos fundamentos, isso porque a sucumbência se afere pelo dispositivo ou conclusão.⁽⁴⁾

A discussão tem seu ponto central na concorrência entre princípios que informam o processo. Se de um lado, diante da superação da questão prejudicial pelo tribunal, o enfrentamento das pretensões fundadas na lei trabalhista justificaria a assertiva de que fora negado o princípio do duplo grau de jurisdição; por outro lado, este mesmo enfrentamento atenderia ao princípio da economia processual e da entrega do provimento jurisdicional em tempo razoável.

É indubitoso que, acolhida a prejudicial definida pela questão relativa à natureza do vínculo pelo julgador monocrático, tem-se uma decisão de mérito. Improcederia a pretensão específica de reconhecimento da relação jurídica havida como empregatícia e, ainda, improcederiam todas as demais pretensões que estivessem fundadas na aplicação das normas trabalhistas. Seria essa questão, na forma da transcrição feita, uma defesa que, caso superada pelo juízo revisor, justificaria a discussão das demais defesas apresentadas.

É relevante salientar que, diante da adoção do princípio da oralidade, a sentença proferida em 1º grau dar-se-á após o encerramento da instrução. Então, ainda na linguagem de Greco Filho, a causa já estará *madura*⁽⁵⁾ para o enfrentamento de todas as demais pretensões.

(4) GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326-327.

(5) GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 327.

A jurisprudência, entretanto, não vem sufragando esse entendimento. Em diversos julgamentos, ao entendimento de que assim o fazendo estaria sendo ofendido o princípio do duplo grau de jurisdição, o tribunal tem determinado, com a reforma da sentença e diante do reconhecimento do vínculo jurídico como submetido à lei trabalhista, o retorno dos autos ao juízo de 1º grau para que decida quanto às demais pretensões deduzidas. Aliás, a parte final do entendimento jurisprudencial sumulado que trata do “efeito devolutivo em profundidade” — Súmula n. 393 do TST, é categórico ao excluir as questões não decididas⁽⁶⁾.

Esse entendimento acaba por representar uma segunda apreciação do mérito da causa pelo juízo de 1º grau em ofensa ao disposto no art. 471 do CPC⁽⁷⁾. Menos ainda seria justificável o entendimento jurisprudencial diante do que estabelece o disposto no § 3º, do art. 515, do CPC, vez que se “nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”, com maior razão quando a decisão reformada e que justificaria o enfrentamento de outras questões (tomado o termo no sentido que lhe empresta Carnelutti) é de mérito.

Registre-se que Greco Filho é também claro ao definir o alcance do dispositivo asseverando que “não somente pode o tribunal passar ao julgamento da lide quando a questão for exclusivamente de direito e estiver em condições de julgamento, como também se não for exclusivamente de direito, mas estiver em

(6) “O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença.” (destaque nosso)

(7) Art. 471. “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” com as relvas inaplicáveis à hipótese.

condições de julgamento imediato, isto é, madura”⁽⁸⁾ (destaque do próprio autor). É precisamente a hipótese colocada.

O duplo grau de jurisdição, no caso, cederia espaço a outros princípios que também informam o processo. Perderia em relevância vez que pouco significaria a sua incidência predominante quando se sabe que a questão, qualquer que fosse a nova decisão a ser proferida pelo juízo de 1º grau, retornaria ao mesmo órgão julgante. Mais ainda quando fora dado à parte a oportunidade de, respondendo ao recurso do autor (aquele que recorreria do não reconhecimento do vínculo empregatício), realinhar todas as razões da resistência opostas quanto às pretensões com fundamento na lei trabalhista.

3. Procedimento do recurso de revista contra decisão de natureza interlocutória

Mas, diante do entendimento que tem ainda predominado — devolução dos autos ao juízo de 1º grau — uma nova questão emerge. Teria o réu, que viu superada a sua razão de resistência fundada na inexistência da relação de emprego, direito ao recurso de revista?

Afastese, de plano, a resposta negativa relacionada com aspectos fáticos da prova. É que a qualificação jurídica, o enquadramento jurídico do mosaico fático trazido aos autos, é questão de direito e, desta forma, desafia os recursos de natureza extraordinária (entre estes, no caso do processo do trabalho, o recurso de revista). A vedação legal diz respeito ao revolvimento da prova, ao seu reexame, nunca à tipificação, à leitura jurídica de um quadro admitido pelo acórdão como verificado.

No entanto, se determinada a devolução dos autos, a decisão então proferida adquiriria o *status* de interlocutória, não encerrando o processo e, por força do disposto no art. 893, § 1º, da CLT⁽⁹⁾, não admitiria recurso imediato.

(8) GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 328.

(9) § 1º Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação

Estaria estabelecida uma situação contraditória: se o réu recorre para o TST, o recurso é inadmitido por se tratar de decisão interlocutória, não terminativa do processo. Se deixa de recorrer, estaria admitindo o trânsito em julgado da decisão na parte que reconheceu a natureza empregatícia do vínculo.

O que se tem visto é a manifestação do recurso do empregador, sua inadmissão e, então, o manejo do recurso de agravo de instrumento que, processado, é remetido ao TST. Remetido o instrumento de agravo ao TST, são os autos devolvidos ao juízo de 1º grau que não raro determina o sobrestamento do feito até o julgamento do recurso, assim o fazendo ao argumento de que inexistiria decisão definitiva e uma nova decisão quanto às demais pretensões afrontaria o princípio da economia processual.

Pior ainda a situação processual quando se colhe entendimento no sentido de que a matéria só seria passível de recurso quando da decisão relativa às demais pretensões. Tal posição estabeleceria um prazo recursal indefinido.

A matéria tem sido mal encaminhada pelos tribunais regionais. Se antes um protesto antipreclusivo com fundamentos jurídicos poderia ser admitido, remetendo-se a discussão para quando da manifestação de eventual recurso de revista após a apreciação das demais pretensões pelos juízos de 1º e 2º graus, desde 1998, com o § 3º, do art. 542, acrescentado pela Lei n. 9.756, a solução ali ventilada tem plena aplicabilidade ao processo do trabalho. De fato, estabelece a mencionado dispositivo que “o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões”.

O recurso de revista é, como afirmado antes, recurso de natureza extraordinária e, pois,

do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

equiparado aos recursos extraordinário e especial. A decisão que reconhece, em segundo grau, a relação de emprego, sem que a turma julgadora enfrente as demais pretensões, não é terminativa adquirindo a natureza interlocutória. Nenhuma restrição há a que seja adotada a norma da lei processual civil vez que inexistente outra que com ela conflite no processo do trabalho, mais precisamente, há omissão na esfera trabalhista.

Com a adoção deste procedimento a parte não apenas terá maior segurança jurídica, como o TST passará a receber menos recursos vez que sustado o processamento da revista, apenas quando do julgamento de eventual recurso ordinário discutindo as demais pretensões deduzidas, e caso haja expressa manifestação da parte interessada, será a matéria apreciada em termos do primeiro juízo de admissibilidade.

4. Conclusões

As questões veiculadas neste artigo têm seu ponto de partida na prática profissional. As situações fáticas exigem uma releitura do ordenamento jurídico de forma a encontrar alternativas que confirmem ao processo uma estrutura lógica e atendam aos princípios contidos na Constituição, seja quanto à duração do processo — o provimento jurisdicional em prazo razoável — como à garantia ao devido processo legal e à segurança jurídica.

A adoção mais intensa do efeito devolutivo, impondo ao órgão julgante em segundo grau que enfrente as questões não decididas pelo juízo *a quo* resolveria, de imediato, a segunda questão proposta, vale dizer, aquela relativa ao recurso que desafiaria tal decisão.

Entretanto, caso persista a diretriz jurisprudencial que impede o conhecimento das pretensões não enfrentadas diretamente com o acolhimento da prejudicial de inexistência de relação de emprego pelo juízo de 1º grau, impõe-se a aplicação da lei processual civil com a sustação do processamento do recurso de revista, nos precisos termos do art. 542, § 3º, CPC. Esse procedimento a nenhuma das partes prejudicaria e permitiria que a matéria, fosse caso de ser admissível a revista, fosse apreciada qualquer que fosse a decisão do regional — reconhecendo ou não a natureza empregatícia da relação submetida à apreciação do Judiciário.

5. Referências bibliográficas

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Estudos de direito processual 1*. Uberaba: s/ ed., 1974.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Representação comercial e questões controvertidas

Marcel Lopes Machado^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho visa realizar uma análise das questões controvertidas do contrato de atividade da representação comercial quanto à competência material (esta após a EC n. 45/2004) e territorial, à natureza jurídica da prescrição, à cláusula *del credere*, à exclusividade da zona comercial de atuação, bem como, à iniciativa da dissolução contratual e à indenização legal.

Palavras-chave:

- ▶ Representação comercial — questões controvertidas — competência — prescrição — cláusula *del credere* — exclusividade da zona comercial — dissolução contratual — indenização legal.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Competência material da Justiça do Trabalho
- ▶ 2. Competência territorial. Representação comercial. Nulidade de cláusula de eleição de foro diverso do art. 39 da Lei n. 4.886/1965. Norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa. Art. 112, parágrafo único do CPC
- ▶ 3. Prejudicial de mérito. Prescrição quinquenal. Direito de ação. Art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965
- ▶ 4. Cláusula *del credere*. Imputação dos riscos da atividade econômica ao representante comercial. Impossibilidade. Art. 43 da Lei n. 4.886/1965
- ▶ 5. Zona comercial exclusiva. Solenidade da prova. Expressa previsão contratual da exclusividade. Art. 31, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 c/c art. 107 do CC/2002
- ▶ 6. Dissolução contratual e indenização legal
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) 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.

1. Competência material da Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho é competente para análise do pedido de pagamento de comissão e indenização decorrentes de contrato de atividade de representação comercial⁽¹⁾ com prestador pessoal *intuitu persone* por profissional pessoa física, por se tratar de autêntica relação jurídica material de trabalho *lato sensu*, art. 114, I da CR/1988, redação dada pela EC n. 45/2004.

É irrelevante que o mérito da controvérsia tenha que ser dirimida à luz das normas de direito material cível, art. 8º da CLT c/c arts. 710 a 721 do CC/2002 c/c art. 27, j, e 36 da Lei n. 4.886/1965 (STF – T. Pleno – CJ n. 6959-6-DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 22.2.1991).

Ainda que haja celebração dos contratos de representação comercial entre pessoas jurídicas, deve-se observar no caso concreto, como um dos critérios e elementos para fixação da competência material trabalhista, se o trabalho foi prestado em regime de pessoalidade física do

trabalhador representante comercial, ainda que sócio-proprietário de empresa própria de representação, uma vez que o art. 1º da Lei n. 4.886/1965 permite a contratação por intermédio de pessoas físicas ou jurídicas.

Isto porque, pode ocorrer de inexistir qualquer dissociação física, orgânica e estrutural entre a pessoa jurídica da empresa representante e o seu sócio-proprietário, porquanto o elemento do exercício da atividade empresarial não se distingue da pessoa do seu sócio constituinte e da própria atividade pessoal deste trabalhador na execução da representação comercial.

Este fato poderá ser verificado por meio da análise dos contratos sociais, que poderão demonstrar a união familiar para constituição formal da empresa de representação, regra geral o representante e um ente familiar (esposa, filho), bem como o próprio endereço de atuação da empresa comercial é o mesmo endereço de destinação residencial.

Ocorre então, nestes casos, a mitigação da atividade empresarial exercida pelo representante comercial, quando o exercício desta atividade se dá por intermédio de trabalhador pessoa física em regime de pessoalidade.

Trabalhador autônomo é independente no ajuste e execução; *um empresário modesto, cuja empresa consiste em sua atividade pessoal e em instrumentos e elementos de escasso valor.*⁽²⁾

Exerce o representante comercial autônomo uma atividade empresarial, ainda que seja realizada a representação por pessoa física. O empregado não tem por objetivo atividade empresarial, mas o recebimento de seu salário no final do mês, em razão dos serviços que prestou. *Entretanto, a atividade empresarial pode ficar mitigada, principalmente quando o trabalhador é pessoa física.*⁽³⁾

(1) “Trata-se de uma profissão que contempla a produção industrial, fazendo com que as riquezas produzidas possam circular e ser aproveitadas ao mesmo tempo em todo o território nacional, de cidade grande a cidade pequena, uniformizando e tornando viável a todos, indistintamente, o uso do progresso, dos modismos e dos modernismos em geral.” In: SAI TOVITCH, Ghedale. *Comentários à Lei do Representante Comercial*. Livraria do Advogado. p. 15. “A representação comercial deriva do instituto geral da representação nos negócios jurídicos, pela qual uma pessoa age em lugar e no interesse de outra, sem ser atingida pelo ato que pratica. O representante comercial é, assim, um colaborador jurídico, que, através da mediação, leva as partes a entabular e concluir negócios. (...). Pratica ele, habitualmente, atos de mediação. Essa é a sua atividade específica, aproximando as partes para a realização de negócios. (...) É o caso da representação comercial. Tem ela assento, na própria definição legal, na mediação (...). Nada, portanto, mais legítimo e válido do que considerar a representação comercial como um ato de comércio, e, uma vez praticado com habitualidade, capaz de caracterizar como mercantil a sua profissionalidade.” In: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, p. 185, 187-189.

(2) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 35.

(3) MARTINS, Sergio Pinto. Trabalhador autônomo. In: *Revista LTr*, 69-02/161, fev. 2005.

“REPRESENTANTE COMERCIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho foi ampliada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, passando a abranger as ações oriundas da relação de trabalho, nos termos do art. 114 da CR/88. É praticamente unânime a proclamação de que tão somente o trabalhador pessoa física pode ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho para reivindicar direitos sonogados no curso da relação de trabalho. Nesse sentido, essa competência não inclui litígio entre empresas, mas é vital que se perquiria da possibilidade de fraude, já que se esta for comprovada, o contrato se volta para a pessoa natural. Aos representantes comerciais foi estendido direito de ação perante a Justiça do Trabalho, e como se sabe é prática comum nas empresas exigirem, no ato da contratação de representantes comerciais, que estes tenham uma empresa constituída e inscrição no órgão de classe. Esse aspecto era recorrente, mesmo antes do elastecimento da competência da Justiça do Trabalho, envolvendo, no entanto, pedido de reconhecimento e declaração de relação de emprego. Dessa forma, em regra, o trabalhador deve ser pessoa natural, *salvo os casos de representantes comerciais e outros análogos, desde que se trate de uma pequena organização empresarial, sem empregados próprios, atuando sozinho na área de trabalho que lhe foi submetida, sendo este o caso dos autos*. (TRT 3ª Reg. – 6ª T. – RO n. 02008-2006-148-03-00-6 – Rel. Des. Antônio Fernando Guimarães – DJMG 14.4.2007, p. 23)

Por tais razões fáticas, verifica-se uma autêntica “paraempresa”, constituída com a finalidade de servir de instrumento de celebração dos contratos mercantis de representação, sem olvidar-se, contudo, que o trabalho prestado, como fator de produção, foi feito pela pessoa física do representante comercial.

E, na verdade, a existência da pessoa jurídica nada mais é que instrumento de formalização do contrato de representação comercial, sendo que, o desenvolvimento e a execução desta representação deram-se pelo trabalho humano,

configurando a presença do requisito da pessoalidade na prestação dos serviços mercantis a atrair a competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações deste trabalhador *lato sensu* que exerce contrato de atividade mais próximo e similar ao contrato de emprego, e que, muitas vezes, há fundada controvérsia quanto à própria natureza jurídica da relação desenvolvida entre os contratantes.

Por isso, mesmo o prestador autônomo de serviço com considerável patrimônio ou que tenha desenvolvido atividade de maior envergadura poderá demandar perante a Justiça do Trabalho, *se houver trabalhado pessoalmente*.⁽⁴⁾

O mesmo raciocínio se aplica à hipótese de ajuste de prestação de serviços com pessoa jurídica. É que somente a pessoa natural pode prestar serviços. Como salientam Gomes e Gottschalk, “as pessoas jurídicas, dada sua natureza, são incapazes de prestar um serviço (...), são absolutamente privadas da capacidade jurídica de trabalho”. Assim, firmado o pacto de prestação de serviços com pessoa jurídica, com esta não será possível a formação de relação de trabalho, restando, assim, afastada a competência da Justiça do Trabalho para as ações deste ajuste surgidas. *Mas estará presente a relação de trabalho, assim como indicada no exemplo anterior, se se estabelecer que determinada pessoa natural, e não outra qualquer, realize a atividade ajustada, eis que configurada, aí, a pessoalidade. E, conseqüentemente, será da Justiça do Trabalho a competência para solução de eventuais litígios*.⁽⁵⁾

Há uma distância abissal entre esta pequena e unipessoal paraempresa que, na prática, se confunde com o próprio prestador e executor dos serviços, e aquelas empresas que efetivamente

(4) MALLETT, Estêvão. Aparentamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005. p. 74.

(5) MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Nova competência da Justiça do Trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda Constitucional n. 45/2004. *Op. cit.*, p. 178-179.

cumprem os fins estabelecidos pelo legislador. É exatamente em relação aos litígios oriundos do trabalho prestado por essas pequenas paraempresas que a Justiça do Trabalho passa a ter competência material para instruir e julgar. São, pois, os casos das pequenas firmas ou (para) empresas de representação comercial ou prestadores de serviço constituídos formalmente em sociedades de quotas limitadas, mas que na prática a sede da empresa é a sua própria residência, o sócios é a sua própria irmã ou esposa, na maioria das vezes uma dona de casa que só emprestou o nome, mas que jamais atuou na sociedade. Ora, a capa formal travestida de pessoa jurídica ou empresa serve apenas para aparentar uma (fictícia) empresa em face da exigência do contratante ou mesmo para ocupar brechas (desvirtuadas) da legislação. O Judiciário Trabalhista não pode ficar inerte diante dessa manobra que salta aos olhos, dando o mesmo tratamento jurídico que aquele dado às grandes e legítimas empresas⁽⁶⁾.

Reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*⁽⁷⁾, do dia 12 de setembro de 2004 (Caderno “Empregos e Negócios”), sob o título “Pessoa Jurídica”, notícia que tem sido comum a exigência, por parte das empresas, da constituição de pessoa jurídica pelo trabalhador para que, só assim, possa ser admitido. É registrado que, nos dias atuais, o mercado de trabalho tem utilizado com enorme frequência a seguinte frase: *Temos total interesse no seu serviço, mas para trabalhar aqui, você precisa ter registro de pessoa jurídica*⁽⁸⁾.

Tendo em vista, então, o escopo objetivo da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, parece-me adequado definir “relação de trabalho” como *toda situação jurídica que*

emerge direta ou indiretamente do serviço prestado por pessoa natural ou jurídica para outra pessoa natural ou jurídica, mediante ou sem remuneração⁽⁹⁾.

2. Competência territorial. Representação comercial. Nulidade de cláusula de eleição de foro diverso do art. 39 da Lei n. 4.886/1965. Norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa. Art. 112, parágrafo único do CPC

A competência para conciliar, processar e julgar as reclamações trabalhistas que versem acerca dos contratos de representação comercial é da Vara situada na localidade do *domicílio do representante comercial* (inteligência do art. 39 da Lei n. 4.886/1965).

Trata-se de norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa, porquanto permite ao trabalhador *lato sensu* a facilitação do direito de acesso ao Poder Judiciário, art. 5º, XVVV da CR/88, e, portanto, *não se sujeita à convalidação da manifestação de vontade* diversa das partes mediante instrumento contratual de representação comercial, cujas cláusulas são, ordinária e notadamente, de adesão, “*take it or leave it bases*”, razão pela qual, declara-se a nulidade das cláusulas de eleição de foro diverso nos contratos de representação (art. 112, parágrafo único do CPC).

FORO DE ELEIÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CONTRATO DE ADESÃO. *O foro de eleição previsto no contrato de adesão, porque significa dificuldade de acesso a Justiça, não tem validade.* Tratando-se de contrato de representação comercial, a Lei n. 4.886/65, com a redação da Lei n. 8.420/92, fixa a competência do foro do domicílio do representante. Recurso não conhecido.” (STJ – 4ª T. – REsp n. 47.074-MG – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 6.2.1995, p. 1.358) “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO

(6) DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 200-201.

(7) Pessoa jurídica. In: *Folha de S. Paulo* — Caderno Empregos e Negócios, 12 set. 2004.

(8) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho. *Op. cit.*, p. 131.

(9) BEBBER, Júlio César. A competência da Justiça do Trabalho e a nova ordem constitucional. *Ibidem*, p. 254.

COMERCIAL. FORO DO DOMICÍLIO DO REPRESENTANTE. CONTRATO DE ADESAO. SÚMULAS NS. 7 E 83/STJ. APLICAÇÃO. I – Para discussão do contrato de *representação comercial*, prevalece o foro do domicílio do representante, em razão de disposição legal expressa (Lei n. 4886/65, art. 39). Precedentes. II – A afirmativa de inoccorrência de hipossuficiência é inviável de exame na via recursal eleita, nos termos da Súmula n. 7/STJ. Precedentes. III – A decisão vergastada está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior. Hipótese de aplicação da Súmula n. 83/STJ. IV – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (STJ – 4ª T. – AgRg no Ag n. 650.027-MT – Rel. Min. Massami Uyeda – DJU 3.12.2007, p. 309)

Portanto, ainda que ajustada cláusula de eleição de foro territorial diverso do domicílio do representante comercial, esta cláusula é nula de pleno direito.

3. Prejudicial de mérito. Prescrição quinquenal. Direito de ação. Art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965

O art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 estabeleceu o prazo prescricional quinquenal relativo ao direito de ação do representante comercial, e não, o direito à sua pretensão indenizatória quanto às comissões auferidas em todo o período de vínculo contratual.

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ART. 27, J, DA LEI N. 4.886/65. A indenização devida ao representante comercial, em decorrência da rescisão unilateral do contrato por parte do representado, deve obedecer às disposições do art. 27, alínea j, da Lei n. 4.886/65, alterado pela Lei n. 8.420/92, *que prevê como base de cálculo o total da retribuição auferida durante o tempo em que foi exercida a representação, e não apenas as parcelas referentes aos últimos cinco anos, haja vista que o prazo descrito no parágrafo único do art. 44 daquele diploma legal refere-se ao exercício do direito de ação, e não ao próprio direito indenizatório vindicado.*

Recurso especial não conhecido.” (STJ – 3ª T. – REsp n. 434.885-AM – Rel. Min. Castro Filho – DOU 4.4.2005, p. 298)

PRESCRIÇÃO. O prazo de cinco anos, previsto no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 8.420/92 refere-se ao *direito de ação* do representante comercial contra o representado e não o direito retrativo de haver comissões eventualmente impagas. Agravo improvido. (TARGS – AGI n. 195182373 – 19.12.1995)

Um artigo que, surpreendentemente, está gerando certa celeuma e polêmica em sua interpretação é o parágrafo único desse art. 44. Este parágrafo, muitas vezes, está sendo interpretado de forma equivocada.

O artigo determina que o direito do representante comercial de pleitear em juízo a sua indenização prescreve em cinco anos, portanto, a partir da data que este se desligar da representada, seu prazo começará a ser computado.

Entretanto, o representante comercial poderá e deverá *reivindicar indenização calculada sob todas as comissões auferidas em todo o período laboral*, por exemplo, se este trabalhou vinte anos e não apenas o correspondente aos últimos cinco anos, pois o que prescreve é apenas o direito de ação⁽¹⁰⁾.

Logo, o prazo prescricional aplicável de 5 anos refere-se à propositura da demanda, e não, à pretensão de recebimento da indenização de 1/12 anos calculada sobre a integralidade das comissões auferidas durante todo o período contratual.

Ademais, ante a expressa previsão legal, art. 44, parágrafo único, é inaplicável ao contrato de representação comercial o prazo prescricional constitucional, relativo ao contrato de emprego, se a relação jurídica material de representação comercial foi constituída antes da vigência da EC n. 45/2004.

RELAÇÃO DE TRABALHO. AGENCIADOR DE PROPAGANDA. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. Não se aplicam ao caso dos autos as alterações trazidas com a EC n. 45/2004,

(10) SAITOVITCH, Ghedale, *op. cit.*, p. 145.

especificamente quanto às regras de prescrição aplicáveis, tendo em vista que, à época da sua edição, a relação de trabalho firmada entre as partes já se havia constituído e até mesmo findado, impedindo, desta forma, a simples extinção de direitos que se podiam reclamar em juízo num dado momento — *por cinco anos após a extinção do contrato de agenciamento e sem limitação quanto ao tempo pretérito* (parágrafo único do art. 44 da Lei n. 4.886/65). (TRT 3ª Reg. — 1ª T. — RO n. 0719-2006-021-03-00-9 — Rel. Des. Marcus Moura Ferreira — DJMG 9.2.2007, p. 07)

RELAÇÃO DE TRABALHO. REPRESENTANTE COMERCIAL. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. Ainda que se entenda que as alterações trazidas com a EC 45/2004 acarretam modificação das regras de prescrição aplicáveis, de tal sorte que a ação proposta pelo representante comercial autônomo passaria a ser regida pelas regras típicas do Direito do Trabalho, inclusive quanto ao prazo prescricional, isso não se aplica ao caso dos autos, sob pena de ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. É que a relação de trabalho já se havia constituído e até mesmo findado antes do advento da regra que alterou a competência da Justiça do Trabalho, impedindo, desta forma, a simples extinção de direitos que se podiam reclamar em juízo num dado momento — *por cinco anos após a extinção do contrato de representação e sem limitação quanto ao tempo pretérito* (parágrafo único do art. 44 da Lei n. 4.886/65). (TRT 3ª Reg. — 1ª T. — RO n. 00563-2006-052-03-00-00-4 — Rel. Des. Marcus Moura Ferreira — DJMG 20.10.2006, p. 4)

4. Cláusula *del credere*. Imputação dos riscos de atividade econômica ao representante comercial. Impossibilidade. Art. 43 da Lei n. 4.886/1965

O art. 43 da Lei n. 4.886/1965 veda a prática do grupo empresarial, a chamada empresa representada, de estipulação da cláusula *del credere*, porquanto, assim como no contrato de emprego, art. 2º da CLT, vigora no ordenamento

jurídico do representante comercial o princípio da alteridade, segundo o qual os *riscos da atividade econômica são das empresas representadas*, art. 43 da Lei n. 4.886/1965, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.420/1992.

REPRESENTANTE COMERCIAL. COMISSÕES. DESCONTO. INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES. IMPOSSIBILIDADE. A Lei n. 4.886/65, que regula as atividades dos vendedores comerciais autônomos, não permite sejam efetuados descontos nas comissões do vendedor em qualquer hipótese. O art. 33 apenas valida o desconto das próprias comissões e somente nas hipóteses em que a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador; se o negócio for por ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadoria em virtude da situação comercial do cliente. Se, no caso em exame, restou comprovado que a Reclamada descontava das comissões devidas do Reclamante os cheques devolvidos em razão da inadimplência de alguns clientes, hipótese não prevista na Lei 4.886/65, efetivamente, não há como se validar referida prática, a qual se assemelha à adoção da cláusula *star del credere*, isto é, a responsabilização solidária do representante pela inadimplência do comprador, vedada pela referida Lei, em seu art. 43. (TRT 3ª Reg. — 8ª T. — RO n. 00985-2007-089-03-00-7 — Relª Juíza Conv. Wilméia da Costa Benevides — DJMG 28.5.2008, p. 16)

REPRESENTANTE COMERCIAL. COMISSÕES. INADIMPLENTO DO CLIENTE. Não pode a empresa descontar do representante comercial as comissões que lhe foram antecipadas, pelo simples inadimplemento do cliente. É que o § 1º do art. 33 da Lei n. 4.886, de 1965, é taxativo ao preceituar que isto só pode ocorrer nos casos de insolvência do comprador, de desfazimento do negócio ou de sustação da entrega da mercadoria pela situação comercial do comprador não haverá pagamento de comissões. Ademais, o art. 43 da referida Lei deixa claro que é “vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusula *del credere*”, isto é, a responsabilização solidária do representante pela inadimplência do comprador.

(TRT 3ª Reg. – 3ª T. – RO n. 00722-2005-100-03-00-9 – Rel. Des. Bolívar Viégas Peixoto – DJMG 21.10.2006, p. 6)

Logo são ilícitas e passíveis de restituição ao representante comercial os débitos que lhe sejam imputados relativos a duplicatas e ou outros títulos de créditos não quitados relacionados às vendas realizadas pelo representante.

5. Zona comercial exclusiva.

Solenidade da prova. Expressa previsão contratual da exclusividade.

Art. 31, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 c/c art. 107 do CC/2002

A condição expressa de previsão de exclusividade de zona comercial no contrato de representação comercial é *exigência legal solene*, art. 31, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 c/c art. 107 do CC/2002, cuja existência e validade não comporta qualquer questionamento acerca da exclusividade ou não do reclamante em sua atuação comercial em determinada zona comercial, se os respectivos contratos de representação não lhe outorgaram este direito.

Portanto, se não houver previsão contratual expressa nos instrumentos de representação comercial de *exclusividade de zona comercial*, não haverá caracterização de justa causa pela empresa representada tipificada no art. 36, b, da Lei n. 4.886/1965.

6. Dissolução contratual e indenização legal

Nos termos do art. 27, j, da Lei n. 4.866/1965, é devida ao representante comercial a indenização de 1/12 avos, sobre a totalidade das comissões recebidas em todo o curso contratual.

Como *ÚNICA HIPÓTESE* de exceção ao pagamento da indenização de 1/12 avos, o art. 27, j, estipulou a tipificação do representante no art. 35 da Lei n. 4.866/1965, hipótese de ocorrência de justa causa.

A denúncia unilateral do contrato de representação pelo representante encontra-se

tipificada no art. 34 da Lei n. 4.886/1965, e não, no art. 35, *única hipótese* que elide as representadas do pagamento da indenização.

Tratando-se de norma restritiva do direito ao recebimento da indenização de 1/12 avos prevista no art. 27, j, da Lei n. 4.886/1965, o art. 35 desta Lei não comporta interpretação extensiva, ante as regras de hermenêutica, quais sejam *normas restritivas de direito interpretam-se restritivamente*, art. 114 c/c art. 843 do CC/2002.

Direito Comercial. Contrato de representação. Valor das comissões. Denúncia e aviso prévio. Indenização pela rescisão desmotivada. Lei n. 4.886/65, arts. 27, 34 e 35. Recebimento de comissões. I – *É devida indenização quando rescindido contrato de representação comercial sem que ocorram as hipóteses previstas no art. 35 da Lei n. 4.886/65, ainda que tenha sido dado o aviso prévio de que trata o art. 34 do mesmo diploma legal*. Precedentes. II – Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissão, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros (Lei n. 4.886/65, art. 31). III – É inviável o recurso especial no que se refere ao pagamento das comissões quando, para se verificar o recebimento ou não destas consoante ajustado, for necessário o reexame de provas. Aplicação da Súmula n. 7/STJ. IV – Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ – 3ª T. – REsp n.577.864-MG – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJU 1º.2.2005, p. 554)

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. LEI N. 4.886/65, ART. 27, LETRA J. INDENIZAÇÃO AO REPRESENTANTE NOS CASOS DE RESCISÃO IMOTIVADA DO CONTRATO. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL NO TEXTO DA LEI. Não viola a lei federal, mas lhe atribui exata compreensão, a exegese que corrige evidente erro de redação no art. 27, letra j, da Lei n. 4.886/65, cuja remissão é evidentemente ao art. 35 e não ao art. 34 da lei, sob pena de a norma legal perder todo sentido. Nos casos de denúncia imotivada, o representante tem direito ao aviso prévio previsto no art. 34 e à indenização a que alude o art. 27,

letra j e parágrafo único da lei. Precedente do STJ. Recurso especial não conhecido. (STJ – 4ª T. – REsp n. 4.474-SP – Rel. Min. Athos Carneiro – DJU 1º.7.1991)

Representação comercial (Lei n. 4.886/65). Denúncia do contrato, sem motivo justo. Indenização. *O contrato dessa espécie há de prever, e sempre, a indenização devida ao representante, no caso de sua rescisão. É de ter-se por equivocada a referência ao art. 34, contida no art. 27, letra j; a referência é ao art. 35* (RE n. 81.128, in: RTJ-75/619). O pré-aviso não exclui a indenização devida ao representante; no caso de omissão do contrato, aplica-se o parágrafo único do art. 34. Recurso especial conhecido, por ambas as alíneas, e provido. (STJ – 3ª T. – RESP n.9.144-MG – Rel. Min. Nilson Naves – DJU 1º.7.1991)

Portanto, a dissolução contratual da representação comercial, de iniciativa do representante ou da representada, de conformidade com o art. 34 da Lei n. 4.886/1965, garante ao trabalhador a indenização de 01/12 avos a ser calculada sobre a integralidade das comissões recebidas na vigência contratual, art. 27, j, da Lei n. 4.886/1965, impondo-lhe, tão somente, o dever da concessão do pré-aviso à representada.

7. Referências bibliográficas

BEBBER, Júlio César. A competência da Justiça do Trabalho e a nova ordem constitucional. In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Primeiras linhas sobre a nova competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. Trabalhador autônomo. In: *Revista LTr* 69-02/161, fev. 2005.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Nova competência da Justiça do Trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

Pessoa Jurídica. In: *Folha de S. Paulo – Caderno Empregos e Negócios*. 12 set. 2004.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1.

SAITOVITTCCH, Ghedale. *Comentários à Lei do Representante Comercial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Desequilíbrio labor-ambiental e direito de resistência: abordagem jusfundamental^(**)

Angelo Antonio Cabral^(*)

Resumo:

- ▶ A pesquisa tem como objetivo estudar o meio ambiente do trabalho e a possibilidade do trabalhador resistir ao trabalho, nas hipóteses de desequilíbrio das condições de trabalho. A metodologia adotada foca-se predominantemente no estudo bibliográfico do tema, traçando um estudo crítico da literatura jurídica que o cerca, bem como o estudo sistemático da legislação pertinente. Assim, a pesquisa divide-se em duas partes. A primeira é relacionada ao meio ambiente e ao meio ambiente do trabalho, dedicando-se às dimensões históricas do tema, aos aspectos legais e à casuística da matéria. A segunda parte foca-se no direito de resistência, analisando-o a partir dos pressupostos constitucionais e jusfundamentais, incluindo uma breve abordagem crítica de sua utilização no Direito do Trabalho. Ao final, concluímos pela existência, na ordem jurídica brasileira, do direito fundamental do trabalhador de resistir ao trabalho, nas hipóteses de desequilíbrio laborambiental, integrando-se as tutelas ambientais e laborais na preservação e valorização da dignidade humana.

Palavras-chave:

- ▶ Meio ambiente do trabalho — direito de resistência — desequilíbrio ambiental.

Abstract:

- ▶ The research aims to study the work environment and the worker possibility to resist it, in cases of imbalance of working conditions. The methodology is mainly focused on the bibliographical study of the subject, making a critical study of the legal literature that surrounds the subject, as well as the systematic study of relevant legislation. Thus, the research is divided in two parts. The first is related to the natural and the work

(*) Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Integra o Grupo de Pesquisa em Direito Internacional e Comunitário da UNITAU. É coautor da obra *Responsabilidade civil nas relações de trabalho*: questões atuais e controvertidas, organizada pelo prof. Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, pela LTr Editora (no prelo). Advogado (OAB/SP). E-mail: <angelo.cabral@adv.oabsp.org.br>.

(**) O presente artigo é uma versão da monografia apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho. Aproveito a oportunidade para agradecer ao prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos pela orientação, bem como ao prof. Titular Nelson Mannrich, ao prof. associado Jorge Luiz Souto Maior e ao prof. Dr. Otávio Pinto e Silva pela composição da banca avaliadora. Igualmente agradeço ao prof. associado Guilherme Guimarães Feliciano pelo incentivo constante.

environment, relating to the historical dimensions of the issue, the legal aspects and its matter. The second part focuses on the right of resistance, analyzing it up to the constitutional and fundamental rights assumptions, including a brief critical approach to their use in the Labor Law. At the end, we conclude in the Brazilian legal system, the fundamental right of the workers to resist the work, in the chances of work environmental imbalance, integrating the labor and environmental wards in the preservation and the appreciation of the human dignity.

Key-words:

- ▶ Environmental labor — right of resistance — environmental imbalance.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O direito ambiental e o meio ambiente do trabalho
 - ▶ 2.1. Introito
 - ▶ 2.2. Dimensões histórico-filosóficas do meio ambiente
 - ▶ 2.3. Meio ambiente: estabelecendo conceitos
 - ▶ 2.3.1. O meio ambiente artificial
 - ▶ 2.3.2. O meio ambiente cultural
 - ▶ 2.3.3. O meio ambiente natural
 - ▶ 2.3.4. O meio ambiente do trabalho
- ▶ 3. Meio ambiente do trabalho e direito positivo
 - ▶ 3.1. A tutela constitucional do meio ambiente do trabalho
 - ▶ 3.2. A tutela do meio ambiente do trabalho nas Constituições estaduais
 - ▶ 3.3. O regime jurídico infraconstitucional
 - ▶ 3.4. O direito internacional público e o meio ambiente do trabalho
- ▶ 4. Do meio ambiente do trabalho equilibrado
 - ▶ 4.1. Equilíbrio labor-ambiental: definição, natureza jurídica e abrangência
 - ▶ 4.2. Casuística — hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental
- ▶ 5. Constitucionalismo e direitos fundamentais
 - ▶ 5.1. Constitucionalismo e pós-positivismo
 - ▶ 5.2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais
- ▶ 6. O direito de resistência
 - ▶ 6.1. Dimensões históricas e filosóficas do direito de resistir
 - ▶ 6.2. O regime jurídico-constitucional do direito de resistir
 - ▶ 6.3. O direito de resistir e o direito do trabalho
- ▶ 7. Epílogo: o exercício do direito de resistência como direito fundamental nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

O Direito do Trabalho, desde a sua fundação, empreende esforços para a construção de formas dignas de trabalho e para a valorização do trabalhador, enfrentando, ao longo dos anos, ferozes resistências do poder econômico.

Nos mais variados cenários, é possível encontrar formas perversas de trabalho, que causam danos à saúde, à integridade física e à vida do trabalhador. Os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais, nesse sentido, integram as primeiras e mais prementes preocupações do direito laboral.

Sob uma perspectiva histórica, ao mesmo tempo em que o poder econômico iniciava a exploração da força de trabalho humano, degradava o meio ambiente, por meio da extração incessante e irracional de recursos naturais.

Assim, os excessos promovidos pelo capitalismo forjaram a elevação do direito do trabalho e do direito ambiental, cada qual ao seu tempo, à categoria de direitos fundamentais, garantindo-lhes tutela constitucional sob os mais variados aspectos.

A confluência desses direitos, na medida em que o local de trabalho é uma acepção do ambiente promove um aperfeiçoamento da proteção laboral, porquanto os princípios de um ramo comunicam-se com os do outro.

É a partir dessa premissa que se justifica o presente artigo, cujo objetivo é estudar o meio ambiente do trabalho, em especial o direito do trabalhador se autopreservar, nas hipóteses de desequilíbrio laborambiental — por meio do *jus resistendae*.

Para tanto, o artigo divide-se em duas partes. A primeira, afeta ao meio ambiente do trabalho, e a segunda, vinculada ao direito de resistência. Estruturando-se, assim, em sete tópicos.

Após esta introdução, o tópico 2 cuida da análise histórico-filosófica do meio ambiente para, a seguir, conceituá-lo juridicamente. O tópico 3 trata da tutela labor-ambiental no ordenamento jurídico positivo. No tópico 4,

objetivando ressaltar a gravidade social do tema, elencamos excertos da casuística envolvendo o assunto.

O tópico 5 dá início à análise sobre o direito de resistência, com comentários sobre o constitucionalismo e os direitos fundamentais, especialmente sobre a necessidade destes irradiarem os seus efeitos às relações jurídicas entre particulares. Já, no tópico 6, cuida-se do direito de resistência, a partir de suas premissas históricas, traçando o seu regime jurídico constitucional e sua aplicabilidade no direito do trabalho.

O tópico 7 é a conclusão geral do artigo.

2. O direito ambiental e o meio ambiente do trabalho

2.1. Introito

O estudo do meio ambiente e das formas pelas quais é possível alcançar a sua compreensão exigem um percurso pelas diversas searas do conhecimento humano, sendo-nos permitido falar numa verdadeira epistemologia ambiental, ou seja, num trajeto para que se alcance o seu entendimento⁽¹⁾.

Afinal o ambiente não se restringe à ecologia, mas reflete a complexidade do mundo, constituindo-se num “saber sobre as formas de apropriação do mundo e da natureza pelas relações de poder que se inscreveram nas formas dominantes de conhecimento”⁽²⁾.

As formas de apropriação do ambiente iniciam-se com a assunção do antropocentrismo, a partir das constatações de Nicolau Copérnico, desdobram-se com as investigações filosóficas de Bacon e Descartes e a consolidação do racionalismo.

Entrementes, foi com a eclosão da Revolução Industrial e a substituição do modelo de produção manufatureiro pela maquinofatura, que se intensificam as modificações ambientais.

(1) LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001, *passim*.

(2) *Ibidem*, p. 17.

Nessa linha, é possível determinar duas fases da Revolução Industrial. A primeira, que compreende o período de 1760 a 1860, limitou-se basicamente à Inglaterra⁽³⁾, representou a exploração do algodão, o desenvolvimento do tear mecânico e das máquinas a vapor.

Já a segunda, ocorrida entre os anos de 1860 a 1900, representou a expansão do processo de industrialização, com repercussões na Bélgica, França, Alemanha e Estados Unidos⁽⁴⁾, relevando-se o desenvolvimento da indústria elétrica, dos derivados de petróleo em substituição às máquinas a vapor, a substituição do ferro pelo aço, criando, ainda, novas formas de organização industrial — como as sociedades anônimas —, desenvolvendo a especialização do trabalho e intensificando o domínio das ciências no setor industrial⁽⁵⁾.

A partir de então,

a promessa da dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos

naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da consequente conversão do corpo humano em mercadoria última.⁽⁶⁾

Considerando-se que a exploração da natureza intensifica-se com a hegemonia do capitalismo enquanto modo e modelo de produção econômica e, que todas as vicissitudes ambientais refletem-se no labor humano, não pode, assim, o Direito do Trabalho ignorar as suas causas e as suas consequências.

Desse modo, é a partir da interação entre a questão ambiental e laboral que se desenvolvem as reflexões deste tópico.

2.2. Dimensões histórico-filosóficas do meio ambiente

As questões envolvendo o meio ambiente humano (em sentido *lato*), como salientado acima, surgem com a assunção do modo e modelo de produção capitalista, intensificando-se com a eclosão da primeira Revolução Industrial, originalmente na Inglaterra do século XVIII.

Com o desenvolvimento das fábricas e o aperfeiçoamento dos sistemas de transportes e comunicação, a abertura de um novo horizonte de possibilidades tecnológicas, decorrentes da energia aplicada à indústria, criou-se uma áurea de euforia, resultando numa desatenção histórica com o planejamento dos processos industriais, com a extração de recursos naturais e com as condições de trabalho.

O consumo de recursos naturais se dava com tamanha intensidade, que, nesse contexto, Robert Malthus desenvolveu a sua *teoria da população*, “no sentido de que a população deveria crescer mais depressa do que os meios de subsistência, de forma que os pobres deviam

(3) Proporcionados, em larga medida, pelo avanço socio-cultural nos ingleses, conforme relata o historiador Eric J. Hobsbawm: “Qualquer que tenha sido a razão do avanço britânico, ele não se deveu à superioridade tecnológica e científica. Nas ciências naturais os franceses estavam seguramente à frente dos ingleses (...) os alemães possuíam instituições de treinamento técnico como a *Bergakademie* prussiana que não tinham paralelo na Grã-Bretanha (...), mas as condições adequadas estavam visivelmente presentes, onde mais de um século se passara desde que o primeiro rei tinha sido formalmente julgado e executado pelo povo e desde que o lucro privado e o desenvolvimento econômico tinham sido aceitos como supremos objetivos da política governamental.” HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. 1789-1848. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 52-54. Para uma leitura pormenorizada dos efeitos da Primeira Revolução Industrial, veja-se, por todos, HOBBSAWM, Eric J. *A era dos impérios*. 1875-1914. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

(4) COTRIM, Gilberto. *História global*. Brasil e geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 233-234.

(5) Nesse sentido, confira-se, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005. p. 21.

(6) SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1 – A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. p. 36.

estar praticamente à beira da subsistência ou da fome⁽⁷⁾”.

Relatando o quadro socioeconômico da época, o historiador Eric J. Hobsbawm afirma:

A maioria do povo inglês, na primeira metade do século dezenove estava convencida de que a chegada do capitalismo industrial havia trazido para ela privações pavorosas, que ela havia entrado numa era desoladora e cruel. Da mesma forma a maioria dos observadores habilitados e instruídos. Os economistas presumiam que as condições dos trabalhadores pobres deviam ser bastante miseráveis: grande parte da teoria deles tinha por fim mostrar que isto era inevitável.⁽⁸⁾

Referido quadro econômico-social agravou-se com o advento da segunda Revolução Industrial. A imensa gama de resíduos químicos industriais passou então a se concentrar no ambiente humano — formação das *externalidades negativas* da produção⁽⁹⁾.

A degradação dos recursos naturais e humanos era vista como intrínseca ao processo de desenvolvimento econômico, numa época em que os valores da propriedade e da livre-iniciativa sobrepunham-se à dignidade humana⁽¹⁰⁾, fruto do deslumbramento do ser humano com os avanços tecnológicos.

A grande indústria, baseada na produção seriada e de grande porte, deu causa a uma quantidade de resíduos sem precedentes, que se acumularam paulatinamente, em contato perene e indiscriminado com mananciais e paisagens até então incólumes. O resguardo ao meio ambiente era, àquela época, apenas uma tênue preocupação, eventualmente esboçada em meio à fascinação que se instaurara.⁽¹¹⁾

Nesse quadro, o interesse pelo desenvolvimento econômico sobrepunha-se a qualquer outro, de forma que referidos descasos e violações desdobravam-se, também, no ambiente de trabalho, atingindo especialmente a saúde e a vida dos trabalhadores.

Afinal, as intensas formas de apropriação e transformação da natureza, a partir da utilização do maquinário industrial, além de degradar a natureza, engendravam um ambiente de trabalho insidioso, no qual reinavam os *acidentes de trabalho*. Esse fenômeno típico da época impulsionou a denominada luta de classes,

melhor, o ser é o ter. E o ser individual realiza-se no mercado como disposição sobre si mesmo, tal qual lembra Henrique da Silva Seixas Meireles, ao citar John Locke: ‘eu não seria proprietário da minha pessoa, a saber, da minha alma e do meu corpo, se não fosse também livre de dispor dela e reconhecido por todo corpo social como apto a fazê-lo’ (...). Deste modo, identificando um processo de reificação das relações pessoais, em que o sujeito de direito é livre e somente o indivíduo concreto é obrigado, compreende-se como ao homem é dada a possibilidade de ceder-se como coisa através de um contrato, vender sua própria energia, sua própria capacidade, seu poder criativo, sem formalmente alienar-se como homem. Esta situação irá progressivamente agravar-se com a emergência de um novo *ius mercatorium*, não mais afeto à satisfação das necessidades, mas preocupado unicamente com a obtenção de nova riqueza.” CORTIANO JUNIOR, Eroulth; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. p. 21-40 In: CORTIANO JUNIOR, Eroulth et al. (Org.). *Apostamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28-29.

(11) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva*... p. 21.

(7) HOBBSAWM, Eric J. *Os trabalhadores*. Estudos sobre a história do operariado. Trad. Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 131.

(8) *Ibidem*, p. 31.

(9) *Externalidade* é o nome que se dá a um desvio de mercado, podendo ser positiva ou negativa. Quando no preço do bem colocado no mercado não estão incluídos os ganhos e as perdas sociais resultantes de sua produção ou consumo, respectivamente. “Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é recebido pelo produtor privado.” DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 158.

(10) O que a engendra, outrossim, a exploração desmedida da força de trabalho humana. Confira-se: “O ser da pessoa depende, a partir de então, do ter. Ou

promovendo uma reação jurídica às formas de exploração.

Apontando para exploração do homem como fato gerador do Direito do Trabalho, Mario de La Cueva aponta:

Son muchos los factores que influyeron para la iniciación de la lucha: Marx puso de relieve que uno de los primeros efectos de la revolución industrial fue el tránsito del taller a la fábrica, de la producción llevada al cabo en una unidad económica pequeña, formada por el maestro-propietario de los útiles de trabajo — recuérdese el taller Del Zapatero Hans Sachs em Nuremberg — y un número limitado de compañeros u oficiales y de aprendices, a la producción en la fábrica, en donde se amontonaban decenas o centenares de obreros. Fue ahí, en esas grandes aglomeraciones de hombres, donde se gestó la rebeldía contra la injusticia, consecuencia de un murmullo y de las conversaciones y de la contemplación de los accidentes, cuya causa eran las máquinas. Y fueron esas nuevas circunstancias las que trajeron a la memoria la idea de la unión de los hombres para luchar por condiciones más humanas para la prestación de los servicios.⁽¹²⁾⁽¹³⁾

Insurgindo-se pioneiramente contra esse aviltamento do ser humano pelo capital

(12) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales. 21. ed. México: Porrúa, 2007. t. I, p. 13.

(13) Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia, ao lecionarem sobre a formação do Direito Social, apontam para o mesmo sentido: “Como diz François Ewald, ‘os acidentes do trabalho foram a ocasião de uma dupla linha de formação do direito social. A primeira é a linha jurídica de responsabilidade civil: o direito social apareceu nos seus impasses, como seu reverso, pela necessidade de preencher suas lacunas. Ele pertencia a um direito novo de fazer desaparecer estes ‘sofrimentos imerecidos’ que o direito comum não chegava a reduzir.” MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é Direito Social? P. 13-40. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 18.

industrial, em 15 de maio de 1891, surge a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII. O documento rogava às nações a prevalência da Justiça Social, clamando, em seu Capítulo 22, pela aplicação da autoridade das leis “contra patrões que exigiam dos proletários trabalhos iníquos, desproporcionais ou desumanos, ou que de qualquer outra forma violavam a dignidade humana impondo aos trabalhadores condições degradantes de trabalho.”⁽¹⁴⁾

Surgia, assim, um clamor institucional pelas garantias mínimas da duração do trabalho, da limitação da idade do obreiro, da vedação de determinados trabalhos de acordo com o sexo dos empregados, bem como pela preservação das condições de higiene do ambiente de trabalho, rechaçando-se as formas de labor que impusesse ao ser humano a brutalização da mente e/ou a debilitação do corpo.⁽¹⁵⁾

Pouco tempo após a *Rerum Novarum* surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes — armistício que oficializou os acordos de paz, após a I Guerra Mundial. Objetivava-se, com isso, regular, no plano do Direito Internacional Público, as condições de higiene e segurança do trabalho, oferecendo aos trabalhadores um mínimo de qualidade no ambiente de trabalho.⁽¹⁶⁾

Na mesma época, surgiu a primeira manifestação constitucional de proteção às condições de trabalho, na cidade alemã de Weimar, no corpo da Constituição Alemã de 1919.

Pioneira na tentativa de formular um Estado Social, que limitasse a liberdade econômica a partir dos valores sociais do trabalho e da dignidade humana, a Constituição de Weimar, além de constitucionalizar direitos sociais, estabelecia padrões mínimos de regulação internacional

(14) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Atualidades forenses. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. v. 1, p. 112.

(15) *Ibidem*, p. 113.

(16) MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006. p. 597.

do trabalho, corroborando o caráter supranacional das contingências da exploração do trabalho humano⁽¹⁷⁾.

Em que pese os esforços, esboçados pela *Rerum Novarum*, pela novel OIT e pelo movimento de constitucionalização do Direito do Trabalho, no combate à “reificação” do ser humano, a intensificação da exploração do capital sobre o trabalho, culminou no colapso da civilização ocidental de modelo capitalista, por conta dos efeitos econômicos da I Guerra Mundial e a eclosão da II Guerra Mundial — entremeadas por ondas de rebeliões globais que ofereceram caminhos para o fortalecimento do socialismo⁽¹⁸⁾.

Desse modo, após o desfecho da II Guerra Mundial, precisamente na década de 70 do século XX, quando a economia global enfrenta grave crise econômica, em razão do aumento do preço dos barris de petróleo coordenado pela OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), bem como quando se tornam indistigíveis os sinais da poluição nos grandes centros urbanos, intensificam-se as preocupações ambientais.

Surge então a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972 (Declaração de Estocolmo), reconhecendo, desta feita, que dentre todas as coisas no mundo, as pessoas são a mais preciosa, e que é imperativa a observância das consequências ambientais de nossas condutas⁽¹⁹⁾.

A partir de então, a distribuição da responsabilidade social pelo ambiente passou a se dar entre o Estado e a Sociedade Civil. Modelo,

ampliado, seguido pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 no Rio de Janeiro, que traçou as diretrizes para o desenvolvimento econômico e social do século XXI, a chamada Agenda 21.

Ademais, a Agenda 21 incluiu, dentre seus objetivos, a ratificação das convenções da OIT sobre segurança, saúde e desenvolvimento sustentável, a redução dos índices de acidentes, ferimentos e moléstias do trabalho, bem como o incremento da oferta de educação e treinamento dos trabalhadores, especialmente na área de saúde, segurança e ambiente do trabalho.

O conceito de desenvolvimento sustentável, portanto, passa a englobar prioridades afetas à qualidade de vida do trabalhador, fortalecendo-se a tutela do ambiente laboral⁽²⁰⁾.

Contemporaneamente à Agenda 21, em comemoração ao aniversário de 100 anos da Encíclica *Rerum Novarum*, a Encíclica *Centesimus Annus*, de 1º de maio de 1991, veio reafirmar o valor da dignidade humana, especialmente a dignidade da relação entre o homem e seu trabalho, reiterando o clamor pioneiro pela valorização das condições dignas de trabalho, realizada pela *Rerum Novarum*⁽²¹⁾.

(17) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 186-193.

(18) Conformando um período que Hobsbawm denomina de a era das catástrofes, no qual a civilização capitalista caminhou de calamidade em calamidade. HOBBSBAWM, Eric J. *A era dos extremos*. O breve século XX — 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2005. p. 16.

(19) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva*... p. 24.

(20) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados*... v. 1, p. 112. No mesmo sentido: “Na conferência do Rio de Janeiro, ao contrário do que ocorrera em Estocolmo, os conflitos de entendimentos foram deixados de lado para dar lugar à cooperação, na medida em que foi aberto o diálogo para um universo mais amplo daquilo que originalmente fora pretendido, deixando entrever-se que a proteção internacional do meio ambiente é uma conquista da humanidade, que deve vencer os antagonismos ideológicos, em prol do bem-estar de todos e da efetiva proteção do planeta.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *op. cit.*, p. 577.

(21) A Encíclica *Centesimus Annus* estabeleceu a adoção de cinco premissas, a saber: a) a indissociabilidade ontológica entre meio o ambiente natural e o meio ambiente humano, ou seja, entre *trabalho* e a *terra*; b) além da *terra* e de suas riquezas, há atualmente outra forma de propriedade, de mesma importância: a *propriedade do conhecimento*, da *técnica* e do *saber*; c) as “coisas novas” trouxeram consigo problemas típicos da modernidade, ou seja, arrebato pelas necessidades do *ter* e do *prazer* olvidam-se as necessidades naturais do *ser* e do *crescer*; d) a destruição irracional do ambiente natural é a do *ambiente humano*;

Após este histórico das vicissitudes ambientais, cabe estabelecermos os conceitos legais aplicáveis ao meio ambiente.

2.3. Meio ambiente: estabelecendo conceitos

A complexidade do meio ambiente impede o estabelecimento de um conceito definitivo, que agregue todas as variações epistêmicas contidas no estudo ambiental⁽²²⁾. Todavia, para os fins que se pretendem alcançar nesta pesquisa, cabe o estabelecimento do que seja meio ambiente, ao menos sob um viés jurídico-dogmático e legislativo.

Recorrendo aos posicionamentos teóricos fixados por parte da doutrina jus ambiental, verificamos que a expressão “meio ambiente” apresenta-se, de certa forma, redundante. Isso porque, “a palavra ‘ambiente’ indica esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra ‘meio’”⁽²³⁾.

Entretanto, ainda que a expressão seja, aparentemente, pleonástica, posicionamo-nos

e) “pugna-se, enfim, pela *correta concepção da pessoa humana e de seu valor único*, porquanto o homem é a única criatura sobre a Terra a ser, em si mesma, querida por Deus”. Nesse sentido, conferir, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 113-15.

- (22) Como adverte Erique Leff: “O saber ambiental não é o saber onicompreensivo e totalizante que seria internalizado pelos diferentes paradigmas teóricos. Pelo contrário, o saber ambiental vai se configurando como um campo de externalidades específico a cada um dos objetos de conhecimento das ciências constituídas. Neste sentido, a contribuição das ciências sociais para a definição de um ‘paradigma ambiental’ é um processo dialético no qual ao mesmo tempo que as ciências sociais se orientam e integram para conformar um conceito de ambiente em um campo ambiental do conhecimento, um saber ambiental emergente vai se internalizando dentro dos paradigmas teóricos e das temáticas tradicionais das ciências sociais para gerar um conjunto de disciplinas ‘ambientais’”. LEFF, Erique. *Op. cit.*, p. 141.

- (23) SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19. No mesmo sentido, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 64.

com José Afonso da Silva, no sentido de que o termo consiga englobar a conexão de valores existentes — “o *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive”⁽²⁴⁾.

Entende o citado constitucionalista que essa concepção melhor atende às diversas formas de natureza — original e artificial —, compreendendo os bens culturais correlatos. Abrange, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico paisagístico e arqueológico. “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”⁽²⁵⁾

Meio ambiente comporta, assim, o conceito de *Gestalt*, como nos ensina Guilherme Feliciano:

Daí sustentarmos que o meio ambiente — o *conceito* e a *entidade* — aprende-se como *gestalt*, ali em acepção filosófica [significando que a *interpretação do objeto modifica ou condiciona a própria experiência com o objeto (...)* e aqui em acepção fenomênica. O meio ambiente não deve ser tomado como soma de elementos a isolar, analisar e dissecar, mas como *sistema* constituído por unidades autônomas, manifestando uma solidariedade interna e possuindo leis próprias, donde que o modo de ser de cada elemento depende da estrutura do conjunto e das leis que o regem, não podendo nenhum dos elementos preexistir sem o conjunto.”⁽²⁶⁾

Como se pode aferir destas lições, o conceito de meio ambiente engloba a existência de quatro aspectos do meio ambiente, quais

(24) SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 20.

(25) *Ibidem*, p. 20.

(26) No corpo de suas explicações, o autor colaciona excertos do Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, especificamente, do verbete *gestaltismo*. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 113-114.

sejam,⁽²⁷⁾ a) o meio ambiente artificial; b) o meio ambiente cultural; c) o meio ambiente natural; d) o meio ambiente do trabalho⁽²⁸⁾.

Assim, a seguir, traçaremos perfunctoriamente as características de cada aspecto, dedicando maior atenção ao meio ambiente do trabalho.

2.3.1. O meio ambiente artificial

O meio ambiente artificial é aquele formado pelo espaço urbano construído, “consubstanciado no conjunto de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: *espaço urbano aberto*)”⁽²⁹⁾.

Recebe proteção jurídico-constitucional no art. 225 da Constituição da República, bem como em seus seguintes arts. 5º, XXIII (função social da propriedade); 21, XX (diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos); 182 e 183 (política urbana).

2.3.2. O meio ambiente cultural

O meio ambiente cultural é aquele formado pelo patrimônio histórico, “artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra como obra do ser humano, difere do anterior pelo sentido de valor especial” agregado pela inspiração de identidade perante os povos⁽³⁰⁾. Encontra conceituação constitucional no art. 216 da Constituição da República.

2.3.3. O meio ambiente natural

O meio ambiente natural, também denominado meio ambiente físico, é “constituído

pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam”⁽³¹⁾.

O conceito legal de meio ambiente, estabelecido na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 1981) —, enquadra-se neste aspecto ambiental, *verbis*: “[meio ambiente é] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Referido aspecto ambiental encontra guarida constitucional no art. 225 da Constituição da República, que o define como um direito fundamental de caráter intergeracional.

2.3.4. O meio ambiente do trabalho

O meio ambiente do trabalho é “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”⁽³²⁾.

Ele não se restringe, portanto, ao interior das empresas, na medida em que o trabalho humano é prestado além dos recintos de fábricas,

(27) Segundo divisão expletiva adotada por: PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 24-26.

(28) Ainda que a pesquisa adote, predominantemente, as posições de José Afonso da Silva, divergimos nesse particular, porquanto o citado constitucionalista exclua o meio ambiente laboral de sua divisão.

(29) SILVA, José Afonso da, *pp. cit.*, p. 21.

(30) *Ibidem*. p. 21; e FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 119.

(31) *Ibidem*, p. 21. Certamente, este é o aspecto ambiental que sofreu e sofre as maiores violações com as ações humanas, especialmente por conter fisicamente todos os demais aspectos. Logo, é o desdobramento do Direito Ambiental com maiores proporções e maior número de estudos. Para uma visão panorâmica dos aspectos ambientais, vejam-se, por todos: MACHADO, Paulo Affonso Leme, *op. cit.*, e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Para uma visão constitucional da tutela ambiental, vejam, por todos, SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, e AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização*. Ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Já, para as repercussões penais, consultar, por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva... passim*.

(32) SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 23. Sob um aspecto mais simplista, conferir a definição de Evanna Soares, inspirada nas lições de Pacheco Fiorillo: “[meio ambiente do trabalho] é o local onde se exerce qualquer atividade laboral.” SOARES, Evanna. *Ação ambiental trabalhista*. Porto Alegre: Safe, 2004. p. 69.

escritórios e repartições públicas, mas também nas vias públicas, nas regiões rurais, no subsolo, no transportes aéreo, marítimo e terrestre, nos domicílios, quer seja, existindo em qualquer lugar que o trabalhador ceda sua mão de obra⁽³³⁾.

Isso engendra o meio ambiente do trabalho como um complexo de “bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam”⁽³⁴⁾.

Considerando todos esses aspectos, o meio ambiente do trabalho pode ser conceituado como o

conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem. Acresçam-se, ainda, os fatores psicológicos, que integram igualmente o meio ambiente laboral (a ponto de, não raro, provocarem *stress* profissional).⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾

(33) SOARES, Evanna, *op. cit.*, p. 70.

(34) SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 24.

(35) Conceito da lavra de Guilherme Guimarães Feliciano, obtido em sua aula “Direito Ambiental do Trabalho”, no curso pós-graduação *latu sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, na Universidade de Taubaté, em 2007. Os *slides* de apresentação, contendo os conceitos e as referências da aula, foram gentilmente cedidos ao Autor para a realização deste e de outros estudos.

(36) Optamos por esse conceito em detrimento de outros mais pormenorizados, por aproximar o meio ambiente do trabalho do conceito de *Gestalt*, já citado no texto. Referimo-nos, pontualmente, ao conceito exarado por Amauri Mascaro Nascimento, *verbis*: “[meio ambiente do trabalho] é, exatamente, o complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade, ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.” NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do

Dessa forma, a tutela jurídica labor-ambiental exige uma complexa teia normativa e principiológica, que atenda às suas especificidades, aos seus desdobramentos e às suas interações, e consiga entronizar, nas relações privadas, a salvaguarda jurídica dos direitos dos trabalhadores.

Por essa razão, mais do que a mera referência, as normas jurídicas que determinam proteção labor-ambiental serão exploradas em tópico próprio, nas linhas que seguem.

3. Meio ambiente do trabalho e direito positivo

3.1. A tutela constitucional do meio ambiente do trabalho

A delimitação e o estudo da tutela constitucional labor-ambiental devem considerar a sistematização das normas constitucionais, atendo-se às que albergam o direito do trabalho, o direito ambiental, bem como aos valores e princípios que conferem unidade à Constituição da República⁽³⁷⁾.

Cabe, portanto, lembrarmos que a construção da República brasileira assenta-se na valorização da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, expressamente previsto no art. 1º da Constituição da República.

trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 63, n. 05, p. 584, maio 1999. A especificidade do conceito exarado pelo ilustre juslaboralista é explicada por Evanna Soares, *verbis*: “(...) o texto de Nascimento há de ser compreendido em cotejo com o objeto do artigo jurídico focalizado, isto é, a intromissão indevida do Ministério Público Estadual em lides trabalhistas da competência da Justiça do Trabalho, perante a qual oficia o Ministério Público do Trabalho, em questões visando à defesa do meio ambiente do trabalho no âmbito das *relações de emprego*, regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, e não a direito disciplinado pela lei de acidentes do trabalho”. SOARES, Evanna, *op. cit.*, p. 70-71.

(37) Nesse sentido, conferir, por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.223-1.224. Dentre os constitucionalistas brasileiros, conferir, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 302-304. (grifos no original)

De tal feita, ao realizarmos a ubiquação entre as normas constitucionais de tutela ao direito ambiental do trabalho, é possível aferirmos a especificidade do trato constitucional com o tema, fato inédito dentre as Constituições brasileiras.

Assim, considerando a complexa tessitura constitucional, é possível dicotomizar a tutela do meio ambiente laboral em *mediata* e *imediate*, seguindo as posições teóricas adotadas por Norma Sueli Padilha e Evvana Soares⁽³⁸⁾.

A *tutela mediata* do meio ambiente do trabalho encontra previsão constitucional no art. 225, *caput*, CF/1988, uma vez que a expressão *meio ambiente*, ali referida, engloba todos os seus aspectos, não sendo o laboral uma exceção.

Trata-se de dispositivo emblemático, que reconhece a correlação necessária entre ambiente e qualidade de vida, revestindo a tutela ambiental de constitucionalidade e legalidade, exigindo uma nova atitude no enfrentamento destas questões, seja nas ações individuais, seja no plano das ações comunitárias⁽³⁹⁾.

Assim, “no âmbito constitucional, como assinala a maioria dos juristas, o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e de reconhecida utilidade”⁽⁴⁰⁾.

Além dos fundamentos da República, contidos no art. 1º, e do art. 225 também da Constituição, é possível afirmar como formas *mediatas* de proteção do meio ambiente do trabalho o art. 170, ao estabelecer que a Ordem

Econômica funda-se na valorização do trabalho humano; no art. 6º, que relaciona os direitos sociais de todo indivíduo, elencando dentre eles o direito à saúde, ao trabalho e à segurança; e no art. 196, que define a saúde como dever do Estado.

Doutra banda, conformando a *tutela imediata* do meio ambiente do trabalho estão no art. 7º, como garantias dos trabalhadores: inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança); inciso XXIII (adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei); inciso XXVIII (seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa).

Some-se a isto a expressa previsão de proteção ao meio ambiente do trabalho, no art. 200, inciso VIII, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 200. Ao sistema único de saúde, compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...) VIII – colaborar na proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

É possível alocar também, dentre os afetos à tutela imediata, o art. 10, inciso II, *a*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao se vetar a dispensa arbitrária e sem justa causa ao empregado eleito para o cargo de CIPA, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, assegurando formas de implementar e fiscalizar o equilíbrio labor-ambiental.

De tal feita, é possível concluir que a proteção constitucional do meio ambiente do trabalho tem esteio na dignidade da pessoa humana, erigindo o ambientalismo como direito fundamental da pessoa humana e a qualidade do meio ambiente como patrimônio, cuja preservação, recuperação e revitalização tornam-se um imperativo do Estado⁽⁴¹⁾.

(41) Inspirado diretamente na conclusão de: SANTOS, Enoque Ribeiro dos, *op. cit.*, p. 80.

(38) PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 55. e SOARES, Evvana, *op. cit.*, p. 72. Registrando os marcos constitucionais da proteção ao meio ambiente do trabalho, mas dispensando a abordagem dicotômica, conferir, por todos, SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Temas modernos de direito do trabalho*. (Após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004). Leme: BH, 2005. p. 77-80.

(39) Nesse sentido, conferir, por todos: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 1.305.

(40) *Idem*.

Assim, após traçar os principais contornos da tutela constitucional ao meio ambiente de trabalho equilibrado, passemos à seara das constituições estaduais.

3.2. A tutela do meio ambiente do trabalho nas constituições estaduais

Após conferirmos os princípios reitores da proteção labor-ambiental, estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, interessante elencarmos, também, as espécies de proteção previstas pelas constituições estaduais.

A proteção à saúde do trabalhador, consagrada na Constituição, espalhou-se nas regulamentações jurídicas dos Estados-membros, de forma que apenas os Estados de Santa Catarina, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Norte não enumeraram atribuições atinentes a tal tutela⁽⁴²⁾.

Doutro lado, há Estados em que a proteção labor-ambiental ganhou dispositivos expressos e desdobramentos imprescindíveis na formação do direito fundamental ao equilíbrio ambiental, desejado na esfera republicana.

Nesse sentido, a Constituição do Estado do Amazonas, de 5 de outubro de 1989, dispõe:

Art. 229. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

§ 2º Esse direito estende-se ao ambiente do trabalho, ficando o Poder Público obrigado a garantir essa condição contra qualquer ação nociva à saúde física e mental.

Em posição análoga, a Constituição do Estado do Pará, de 27 de outubro de 2009, regulamenta:

Art. 269. Compete ao Estado garantir:

I – a fiscalização do cumprimento das medidas que visem a eliminação de riscos de acidentes e doenças profissionais do trabalho;

III – controle e fiscalização, através de órgãos de vigilância sanitária, dos ambientes e processos do trabalho, de acordo com os riscos

de saúde, garantindo o acompanhamento pelas entidades sindicais;

IV – participação das entidades sindicais e associações classistas na gestão dos órgãos estaduais de saúde do trabalhador e de proteção do ambiente de trabalho.

Art. 270. Ao sistema de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

XIV – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Dispositivo similar é encontrado na Constituição do Estado da Bahia:

Art. 218. O direito ao ambiente saudável inclui o ambiente do trabalho, ficando o Estado obrigado a garantir e proteger o trabalhador contra toda e qualquer condição nociva a sua saúde física e mental.

Todavia, é na Constituição do Estado de São Paulo que se encontra a maior contribuição jurídica para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado. A Constituição paulista estabelece:

Art. 191. O Estado e os municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais em harmonia com desenvolvimento social e econômico.

Além do dever estatal de proteção ao meio ambiente do trabalho, a Constituição paulista, elenca, dentre as funções do Sistema Único de Saúde, a proteção labor-ambiental, apresentando-se mais detalhista do que a Constituição Federal.

Dissertando sobre essa temática, Guilherme Guimarães Feliciano observa:

Mais minudente, contudo, é a Constituição do Estado de São Paulo. A carta paulista estabelece competir ao Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, a “colaboração na proteção do meio ambiente, incluindo do trabalho, atuando em relação ao processo produtivo para garantir: a) o acesso dos trabalhadores às informações referentes a atividades que comportem riscos à saúde e

(42) PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 64.

a métodos de controle, bem como aos resultados das avaliações realizados; b) a adoção de medidas preventivas de acidentes e de doenças do trabalho” (art. 223, VI). Essas competências foram depois discriminadas e instrumentalizadas pela Lei Estadual n. 9.605, de 11.1.97, que disciplinou, em São Paulo, as ações e os serviços de saúde dos trabalhadores no SUS e estabeleceu, em seu art. 1º, o dever do SUS de garantir o estado de saúde física, o estado de saúde mental e a segurança dos trabalhadores no processo de produção e no ambiente de trabalho.⁽⁴³⁾

Nessa seara, além de desdobrar as funções dos serviços públicos na proteção ao meio ambiente do trabalho, a Constituição do Estado de São Paulo prevê, em seu art. 229, § 2º, que: “em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco”. (grifamos)

Isso significa que, além das tutelas estatais, a Constituição consagrou “o direito de resistência dos trabalhadores, autorizando paralisações individuais ou coletivas (greves)⁽⁴⁴⁾” nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental.

Inovação similar foi positivada na Constituição do Estado de Rondônia, de 29 de setembro de 1989, em seu art. 244, inciso III, ao assegurar aos trabalhadores o direito de:

recusa ao trabalho em ambiente insalubre ou perigoso, ou que represente graves e iminentes riscos à saúde quando não adotadas medidas de eliminação ou proteção contra eles, assegurada a permanência no emprego.

Com isso, é possível falar na previsão expressa, na ordem jurídica brasileira, do direito de resistência dos trabalhadores⁽⁴⁵⁾, a ser exercido individual ou coletivamente, a fim de concretizar o direito fundamental à autopreservação e ao

meio ambiente do trabalho equilibrado, sendo lícita a recusa/interrupção do trabalho, sem prejuízo de qualquer direito trabalhista, até que sejam restauradas as condições de trabalho⁽⁴⁶⁾.

Vejamos a seguir, de forma perfunctória, os desdobramentos infraconstitucionais da proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho.

3.3. O regime jurídico infraconstitucional⁽⁴⁷⁾

O regime jurídico infraconstitucional de proteção ao equilíbrio labor-ambiental ganhou destaque após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista o seu pioneirismo na tutela do meio ambiente, incluído o do trabalho.

Porém, os marcos infraconstitucionais de proteção ao meio ambiente e ao meio ambiente do trabalho são, predominantemente, anteriores à Constituição, tendo passado pelo processo de recepção constitucional.

Tanto é assim que há na legislação brasileira anterior a 1988 uma lei de grande valia na proteção do meio ambiente, qual seja, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981).

Considerando que referido diploma normativo foi devidamente recepcionado pela ordem constitucional vigente e, além de conceituar o meio ambiente, em seu art. 3º, inciso I (conforme observado no item 2.3.3 *supra*), traz a

(43) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva*... p. 360.

(44) *Ibidem*, p. 360.

(45) Os desdobramentos dessa previsão jurídica serão analisados *infra* (tópico 3), à luz dos direitos fundamentais.

(46) Nos dizeres de Norma Sueli Padilha, citando Raimundo Simão: “Tais dispositivos, que permitem ao trabalhador recusar-se ao trabalho em condições de risco acentuado para a sua saúde, são de suma importância na tutela do meio ambiente do trabalho adequado e seguro, que consoante afirma Raimundo Simão de Melo, ‘é um dos direitos mais importantes e fundamentais do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca a agressão a toda sociedade, que, no final das contas é quem custeia a previdência social’.” PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 65.

(47) Em que pese as contribuições processuais da legislação brasileira para a tutela ambiental *latu sensu*, especialmente do microsistema processual coletivo do País (Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública), restringiremos a abordagem às normas de direito material.

definição legal do que seja *degradação ambiental*⁽⁴⁸⁾, *poluição*⁽⁴⁹⁾ e *poluidor*⁽⁵⁰⁾, sua utilização é de grande importância para as questões labor-ambientais.

Daí se extrair, da definição legal, as hipóteses de poluição e consequente desequilíbrio no ambiente do trabalho. É o que faz Norma Sueli Padilha, ao afirmar:

É o entendimento de Julio Cesar de Sá Rocha que a poluição do meio ambiente de trabalho deve ser entendida como a “degradação da salubridade do ambiente que afeta diretamente a saúde dos próprios trabalhadores. Inúmeras situações alteram o estado de equilíbrio do ambiente: os gases, as poeiras, as altas temperaturas, os produtos tóxicos, as irradiações, os ruídos, a própria organização do trabalho, assim como o tipo de regime de trabalho, as condições estressantes em que ele é desempenhado (trabalhos noturnos, em turnos de revezamento), enfim, tudo aquilo que prejudica a saúde, o bem-estar e a segurança dos trabalhadores”.

Isso significa que as doenças profissionais⁽⁵¹⁾ devem ser averiguadas, além das repercussões previdenciárias, sob o aspecto ambiental, propiciando-se a prevenção e reparação contra as consequências danosas de um meio ambiente do trabalho desequilibrado, sob os aspectos individuais e coletivos.

Nesse ensancha, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente atribui ao causador do

dano (labor) ambiental a responsabilidade objetiva pela indenização dos danos causados, bastando, apenas, a demonstração do dano e do nexo causal⁽⁵²⁾.

E a adoção da responsabilidade objetiva, que tem como pressuposto do dever de indenizar apenas o evento danoso e o nexo de causalidade, traz como consequências: a prescindibilidade da culpa e do dolo para que haja o dever de reparar do dano; a irrelevância da licitude da conduta causadora do dano; e a inaplicação em favor do causador do dano, das causas de exclusão da responsabilidade civil (caso fortuito, força maior, cláusulas de não indenizar).⁽⁵³⁾

Referido dispositivo maximiza a tutela do direito fundamental ao equilíbrio ambiental.

Além das previsões expressas na Lei n. 6.938/1981, a Consolidação das Leis do Trabalho protege o meio ambiente do trabalho, especialmente em seu Título II, Capítulo V, (arts. 154 a 201) ao reger a segurança e a medicina do trabalho.

Considerando-se a época de sua edição, a CLT trouxe significativos avanços para a tutela do meio ambiente do trabalho nas empresas e, agora, se completa com a sistematização axiológica imposta pela Constituição.

Essas normas próprias de Direito Tutelar do Trabalho, têm natureza eminentemente preventiva. Entre outras medidas: a) proíbe-se às empresas o início das atividades sem

(48) Definida como “a alteração adversa das características do meio ambiente” (art. 3º, inciso II).

(49) Citada Lei define poluição como “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente” (art. 3º, inciso III).

(50) Por sua vez, poluidor é definido como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inciso IV).

(51) “Aqueles adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, e com ele se relacionando diretamente”. PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 66.

(52) “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(*omissis*).

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

(53) PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 67.

prévia inspeção e aprovação das instalações pela autoridade regional do trabalho (*inspeção prévia*), cabendo o embargo da obra ou a interdição do estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, se o Delegado Regional do Trabalho identificar, à vista de laudo técnico, grave e iminente risco para o trabalhador (arts. 160 e 161); obriga-se a constituição de CIPA aos estabelecimentos com mais de 20 empregados (art. 163 e Quadro I da NR-5); c) obriga-se a empresa ao fornecimento de EPI adequados ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento; d) estabelecem-se as medidas preventivas de medicina do trabalho, como os exames médicos admissional, demissional e periódico (art. 168); e) exigem-se condições mínimas de segurança em edificações, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão (arts. 170 *usque* 174 e 184 *usque* 188), além de se autorizar o Ministério do Trabalho a dispor sobre instalações elétricas, movimentação, armazenagem e manuseio dos materiais; f) ditam-se normas gerais sobre iluminação, conforto térmico e prevenção da fadiga; g) impõe-se às empresas que mantêm atividade econômica sob condições perigosas ou insalubres o pagamento dos respectivos adicionais de remuneração (arts. 192 *usque* 195).⁽⁵⁴⁾

Acrescente-se a tais normas, a regulamentação administrativa da matéria, feita pelas Portarias ns. 3.214/1978 e 3.393/1988 do Ministério do Trabalho.

A Portaria n. 3.393/1988 concede adicional de insalubridade, nos termos do art. 193, § 1º, e art. 200, VI, da CLT, aos trabalhadores cuja atividade laboral envolva radiações ionizantes ou substâncias radioativas, produção, utilização, processamento, transporte, estoque e manutenção de reatores nucleares e de aceleradores de partículas; atividades de operação com aparelhos

de raios X, gama, beta ou radiação de nêutrons; atividades de medicina nuclear e radioativa⁽⁵⁵⁾.

Já a Portaria 3.214/1978 entroniza no ordenamento jurídico as normas regulamentadoras para o setor urbano, conformando 29 NRs⁽⁵⁶⁾.

Por derradeiro, dentre as normas infra-constitucionais que tutelam o meio ambiente do trabalho, porém no plano da Seguridade Social, merecem referência as seguintes leis⁽⁵⁷⁾:

1. A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (*Lei Orgânica da Saúde*), estabelece os fatores determinantes da saúde (art. 3º, *caput*); estabelece, dentro da atuação do SUS, a execução de ações de saúde do trabalhador (art. 6º,

(55) *Ibidem*, p. 142.

(56) NR-1 – Disposições Gerais; NR-2 – Inspeção Prévia; NR-3 – Embargo ou Interdição; NR-4 – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho; NR-5 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes; NR-6 – Equipamentos de Proteção Individual; NR-7 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional; NR-8 – Edificações; NR-9 – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais; NR-10 – Instalações e Serviços de Eletricidade; NR-11 – Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais; NR-12 – Máquinas e Equipamentos; NR-13 – Caldeiras e Vasos de Pressão; NR-14 – Fornos; NR-15 – Atividades e Operações Insalubres; NR-16 – Atividades e Operações Perigosas; NR-17 – Ergonomia; NR-18 – Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção; NR-19 – Explosivos; NR-20 – Líquidos Combustíveis Inflamáveis; NR-21 – Trabalho a Céu Aberto; NR-22 – Trabalhos Subterrâneos; NR-23 – Proteção contra Incêndios; NR-24 – Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho; NR-25 – Resíduos Industriais; NR-26 – Sinalização de Segurança; NR-27 – Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no Ministério do Trabalho; NR-28 – Fiscalização e Penalidades; NR-29 – Segurança e Saúde no Trabalho. Note-se, especialmente, a NR-7 e a NR-9 que estabelecem, respectivamente, o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), ambos de elaboração e implementação obrigatória por parte de todos os empregadores, mediante a preservação e promoção da saúde do trabalhador e da eliminação dos riscos no ambiente de trabalho. Para conferir uma abordagem detalhada destes institutos, à luz do art. 225, da CFRB/88, conferir, por todos. *Idem, ibidem*, p. 145-149.

(57) Nesse sentido, conferir, por todos, PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 73-78.

(54) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* vol. 1, p. 141-142.

V); a colaboração na proteção ao meio ambiente, incluído o do trabalho (art. 6º, § 3º); o conceito de saúde do trabalhador (art. 6º, § 3º, I); a assistência ao trabalhador vítima de acidente do trabalho (art. 6º, § 3º, V); a informação ao trabalhador, aos sindicatos e às empresas sobre os riscos de acidente do trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como o resultado das avaliações ambientais (art. 13, II e VI) e a implementação das políticas de controle das agressões ao meio ambiente do trabalho (art. 16, II, *a e c*).

2. A Lei n. 8.212/1991 (*Lei de Custeio da Previdência Social*), estabelece a responsabilidade da empresa pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção da saúde do trabalhador.

3. A Lei n. 8.213/1991 (*Lei de Benefícios da Previdência Social*), define o acidente de trabalho e equiparadas (arts. 19 e 20, I e II), estabelecendo a correlação da infortúnica com as agressões ao ambiente laboral.

Após o breve panorama da legislação infra-constitucional, passemos ao estudo das normas de proteção do meio ambiente do trabalho afetas ao Direito Internacional Público.

3.4. O direito internacional público e o meio ambiente do trabalho

Como mencionado em nossa abordagem histórico-filosófica do meio ambiente (item 2.2 *supra*), a criação da Organização Internacional do Trabalho está intimamente correlacionada com a preservação e promoção da saúde do trabalhador, recebendo o direito ambiental do trabalho grande destaque nesse cenário.

Assim, já estabelecidos os objetivos e o contexto histórico de formação, limitar-nos-emos, nesse ponto, a elencar as principais Convenções da OIT sobre saúde, higiene e segurança do trabalho — uma vez que elencar e dissertar sobre todo o material produzido em âmbito internacional é inviável, considerando-se as limitações metodológicas desta pesquisa.

Dessa forma, segue-se a lista das mais relevantes convenções ratificadas pelo Brasil, onde, após a ementa da convenção, coloca-se o ano de sua celebração, seguido do ano de incorporação pela ordem jurídica brasileira⁽⁵⁸⁾: Convenção n. 12 — Indenização por Acidentes no Trabalho e na Agricultura, 1921, 1957; Convenção n. 16 — Exame Médico Obrigatório para Menores a Bordo, 1921, 1937; Convenção n. 29 — Trabalho Forçado ou Obrigatório, 1930, 1957; Convenção n. 42 — Indenização por Doenças Profissionais, 1934, 1937; Convenção n. 45 — Trabalho Subterrâneo das Mulheres, 1935, 1938; Convenção n. 81 — Fiscalização do Trabalho, 1947, 1957; Convenção n. 92 — Alojamento da Tripulação a Bordo, 1952, 1966; Convenção n. 103 — Amparo à Maternidade, 1952, 1966; Convenção n. 105 — Abolição do Trabalho Forçado, 1957, 1966; Convenção n. 113 — Exame Médico de Pescadores, 1959, 1966; Convenção n. 115 — Proteção contra as Radiações Ionizantes, 1960, 1968; Convenção n. 120 — Higiene — Comércio e Escritório, 1964, 1970; Convenção n. 124 — Exame Médico de Adolescentes em Trabalhos Subterrâneos; 1965, 1970; Convenção n. 126 — Alojamento a Bordo de Navios de Pesca, 1966, 1997; Convenção n. 127 — Peso Máximo, 1967, 1970; Convenção n. 134 — Prevenção de Acidentes do Trabalho dos Marítimos, 1970, 1999; Convenção n. 136 — Benzeno, 1971, 1994; Convenção n. 139 — Câncer Profissional, 1974, 1991; Convenção n. 148 — Meio Ambiente do Trabalho — Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações, 1977, 1986; Convenção n. 152 — Segurança e Higiene — Trabalho Portuário, 1979, 1990; Convenção n. 155 — Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente do Trabalho,

(58) Rol extraído da obra de: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 154-158, de quem se recomenda a leitura para o aprofundamento do tema. Além do citado professor da USP, recomenda-se, dentro da bibliografia consultada: PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 88-96; SANTOS, Enoque Ribeiro dos, *op. cit.*, p. 85-86; SOARES, Evanna, *op. cit.*, p. 98-99; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *op. cit.*, p. 597-620.

1981, 1994; Convenção n. 159 — Reabilitação Profissional e Empregos de Pessoas Deficientes, 1983, 1991; Convenção n. 161 — Serviços de Saúde no Trabalho, 1985, 1991; Convenção n. 162 — Asbesto/Amianto, 1986, 1991; Convenção n. 163 — Bem-estar dos Trabalhadores Marítimos no Mar e no Porto, 1987, 1998; Convenção n. 170 — Utilização de Produtos Químicos, 1990, 1998; Convenção n. 182 — Piores Formas de Trabalho Infantil, 1990, 1998.

Após apontarmos as principais Convenções da OIT adotadas pela ordem jurídica brasileira, encerramos nossos apontamentos sobre as normas de direito positivo que tutelam o meio ambiente do trabalho e passaremos, a seguir, a uma breve demonstração do uso da legislação ambiental brasileira na tutela dos trabalhadores.

4. Do meio ambiente do trabalho equilibrado

4.1. Equilíbrio labor-ambiental: definição, natureza jurídica e abrangência

Uma vez determinado o conceito de meio ambiente do trabalho (conforme o item 2.3.4, *supra*), bem como esclarecidas as normas jurídicas que o tutelam, é possível dizer que há equilíbrio no meio ambiente do trabalho quando o *habitat* laboral⁽⁵⁹⁾ “se revele idôneo a assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador”⁽⁶⁰⁾.

Isso significa reconhecer que as normas que tutelam o meio ambiente do trabalho superam as que tutelam a relação de emprego, nos moldes previstos pela CLT⁽⁶¹⁾, assegurando a todos os presentes no ambiente de trabalho as proteções constitucionais e legais estipuladas.

(59) Expressão cunhada por: PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, *passim*.

(60) *Ibidem*, p. 40.

(61) Referimo-nos ao tradicional modelo de trabalho subordinado, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho e aferível a partir dos requisitos presentes na interpretação conjunta dos arts. 2º e 3º de mencionado diploma normativo.

Com isso, é possível afirmar que o meio ambiente do trabalho equilibrado possui natureza jurídica individual, individual homogênea, coletiva e difusa. Isso porque,

A sua qualificação jurídica depende do contexto de conflito em que se insere a pretensão — se individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso. É o que decorre, *mutatis mutandis*, do magistério de Nelson Nery Junior, já no âmbito do processo: o direito não se classifica segundo a matéria genérica *in abstracto*, mas segundo o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende* com a ação judicial (...).

Assim, no campo do Direito do Trabalho, Nery Junior refere o interesse em obrigar a empresa a colocar dispositivos de segurança em suas máquinas, para evitar acidentes de trabalho, que é, a depender do enfoque, *difuso* (reduz-se o curso do produto final para o consumidor e — acrescentamos — a incidência de sequelados na comunidade local, desonerando o INSS) ou *coletivo* (por beneficiar diretamente todo o grupo de trabalhadores da empresa); refere, ainda, o *interesse* em obter reajuste salarial legal, que é, a depender da circunstância, *coletivo* (todos os membros da categoria profissional, naquela base territorial, fazem jus ao reajuste, que não será pago, indiscriminadamente, a empregados atuais e futuros) ou *individual homogêneo* (a omissão ilegal da empresa faz nascer, para cada trabalhador em atividade, o direito a certa parcela em atraso).⁽⁶²⁾

Isso porque, a garantia do equilíbrio ambiental é indissociável da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como uma de suas projeções, de natureza, em regra, difusa, fundamental e intergeracional.

Daí que o conceito de *Gestalt* do meio ambiente do trabalho supera a simples tutela obrigacional — empregador x empregado —

(62) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 122-123.

e coloca a tutela ambiental como concreção da dignidade humana.

Portanto, vislumbra-se o ambiente laboral como um “ecossistema que envolve as inter-relações da força do trabalho com os meios e formas de produção, e sua afetação no ambiente em que é gerada”⁽⁶³⁾.

Portanto, quando o “*hábitat laboral*” se revela inidôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, teremos aí uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outros empreendimentos, trazendo à tona, inclusive, a questão da responsabilidade sobre o dano, uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente.⁽⁶⁴⁾

Assim, as projeções da tutela do trabalho superam, em muito, o paradigma de relação de trabalho subordinado, típico da sociedade industrial, para se colmar às necessidades de cada atividade humana, tendo em vista que os riscos inerentes, portanto, tolerados e incrementados socialmente, irão variar de acordo com cada forma de trabalho, sendo certo, porém, a necessidade de se garantir a higidez física e mental do ser humano.

4.2. *Casuística — hipóteses de desequilíbrio laborambiental*

Em que pese o esforço histórico e jurídico para se salvaguardar as condições de trabalho, garantindo-se a dignidade do trabalhador, os ideais de preservação não foram completamente assimilados.

A literatura jurídica sobre o tema⁽⁶⁵⁾ não se cansa de apontar exemplos de desrespeito

às condições de trabalho. Os acidentes do trabalho, as doenças ocupacionais, e as formas perversas de trabalho são facilmente identificadas, tanto no trabalho urbano como no rural.

De tal feita, é possível apontarmos, rapidamente, alguns casos de desrespeito à dignidade humana, concretizadas na violação labor-ambiental. Vamos a eles, a seguir.

Partindo-se da premissa que a poluição (labor)ambiental intensifica-se com a eclosão das revoluções industriais, não é de causar espécie que as maiores violações ao *habitat* laboral tenham sido perpetradas por grandes corporações empresariais.

De tal feita, em 1964, a empresa norte-americana *Dow Chemical* era a principal fabricante do 2,4,5-T (Ácido Triclorofenoxiacético) e 2,4-D (Ácido Diclorofenoxiacético), ingredientes ativos do *agente laranja*, contendo o primeiro a dioxina⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾.

Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 115-119; MOKHIBER, Russel. *Crimes Corporativos*. O poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública. Trad. James Cook. São Paulo: Página Aberta, 1995; GOSDAL, Thereza Cristina. Morte por exaustão no trabalho: uma análise sob a ótica da contratualidade. p. 165-190. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al. (Org.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007; SCHWARZ, Rodrigo. *Trabalho escravo*. A abolição necessária. Uma análise da efetividade e da eficácia das Políticas de Combate à Escravidão Contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr, 2008; NAÍM, Moisés. *Ilícito*. O ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

(66) O *agente laranja* foi uma das principais armas químicas utilizada pelo exército estadunidense na Guerra do Vietnã. Pulverizavam-se as florestas com o objetivo de desfolhâ-las e evidenciar a presença do exército vietcongue, além de despejar referido *agente* em áreas de plantação, visando a destruição dos alimentos. Para tanto, conferir: MOKHIBER, Russel, *op. cit.*, p. 75-77.

(67) “A dioxina é conhecida hoje como um dos produtos químicos mais letais fabricados pelo homem. Cinco centilitros colocados nos reservatórios de água potável de Nova York poderiam dizimar toda a população da cidade. ‘É um dos cancerígenos mais poderosos que se conhece’, diz Matthew Meselson, professor de bioquímica de Harvard”. *Ibidem*, p. 77.

(63) PADILHA, Norma Sueli, *op. cit.*, p. 45.

(66) *Idem*.

(65) Dentre a bibliografia consultada, recomenda-se para o aprofundamento do tema: FELICIANO, Guilherme

Em razão do manuseio de *clorofenóis*, em 1937, vários trabalhadores da *Dow Chemical* manifestaram quadros clínicos de cistos, pústulas, distúrbios urinários e lesões dermatológicas. Em 1964, 70 trabalhadores da fábrica situada em Michigan contraíram *cloracne* ou *acne clórica* — uma forma severa de *acne*, causada por exposição química. Na Alemanha, em 1940, 10 trabalhadores, em virtude do mesmo tipo de exposição química, desenvolveram dores neurológicas, desordens cardíacas e *cloracne*.

A *Dow Chemical* e outras seis indústrias produtoras do *Ácido Triclorofenoxiacético* foram civilmente processadas, por 16 mil famílias de veteranos da Guerra do Vietnã, vítimas do uso bélico do *agente laranja*. Nas horas que antecediam o julgamento, as indústrias realizaram acordos extrajudiciais, no montante de US\$ 180 milhões, distribuídos entre as famílias⁽⁶⁸⁾.

Ainda fazendo uso de exemplos norte-americanos, podemos citar as moléstias desenvolvidas pelos trabalhadores da indústria extrativa e da indústria têxtil, respectivamente o *pulmão negro* e o *pulmão marrom*.

“O *pulmão negro* é um moléstia profissional relacionada à indústria de mineração carbonífera; ataca o sistema respiratório, tendo caráter debilitante e incurável. Em 1998, havia matado 100 mil mineiros e incapacitado outros 265 mil nos Estados Unidos”⁽⁶⁹⁾. É causado pelo pó do carvão, diuturnamente engolido, aspirado e cuspidos.

Durante anos, as empresas mineradoras e os médicos que contrataram negaram que o *pulmão negro* fosse uma doença, alegando que era apenas um incômodo normal, não incapacitável, a que todos os que trabalham nas minas estão sujeitos. Esta assertiva levou um médico da Pensilvânia a concluir em 1935 que: “No que tange à maioria dos

homens desta região, a chamada *asma de mineiro* é considerada uma condição normal que não deve preocupar e portanto a profissão não se deu ao trabalho de verificar sua patologia mais precisa associada às manifestações clínicas”⁽⁷⁰⁾.

Já o *pulmão marrom*⁽⁷¹⁾ ou *bissinose* “é moléstia profissional relacionada à indústria de tecelagem de algodão”⁽⁷²⁾. A umidade e o calor excessivos, aliados ao pó do algodão e ao barulho, fazem com que os trabalhadores desenvolvam tonturas frequentes, dores, tosse e chiado nos pulmões, “além da ‘febre de segunda-feira’ (após um pausa no trabalho, como os repousos semanais, o operário experimenta a sensação de aperto no peito)”⁽⁷³⁾. A *bissinose* é igualmente irreparável e impossibilita a respiração profunda. Foi, a exemplo do *pulmão negro*, negada peremptoriamente pela indústria e, estima-se que, em 1979, tenha vitimado 84 mil trabalhadores⁽⁷⁴⁾.

No Brasil, infelizmente, a casuística é igualmente farta. Desde 2005, a imprensa divulga, com recorrência, notícias de mortes de trabalhadores por exaustão no corte de cana-de-açúcar⁽⁷⁵⁾,

(70) MOKHIBER, Russel, *op. cit.*, p. 96.

(71) Para os detalhes da repercussão desta moléstia na indústria algodoeira norte-americana, conferir, por todos: MOKHIBER, Russel, *op. cit.*, p. 105-114.

(72) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 116.

(73) *Idem*.

(74) *Idem*.

(75) “O fenômeno não ocorre apenas em nossos canais; no Japão este fenômeno ficou conhecido como *karoshi* designa a patologia relacionada ao trabalho, que vem atingindo índices alarmantes, especialmente na indústria automobilística, preocupando os governantes, porque tem levado à morte por exaustão. No caso japonês há também vários relatos de suicídio ou depressão, ligados ao trabalho. Segundo Silva e outros, o Instituto Nacional de Saúde Pública do Japão define o *karoshi* como condição por meio da qual são toleradas, no ambiente de trabalho práticas psicologicamente nocivas, produzindo estresse elevado e fadiga física, que conduz ao esgotamento do trabalhador. No Brasil os trabalhadores denominaram de *birola* as mortes por exaustão no trabalho. Essas mortes evidenciam uma forma desumana de exploração do trabalho, tornando premente a necessidade de se

(68) Para tanto, conferir: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 116; MOKHIBER, Russel, *op. cit.*, p. 75-83.

(69) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 116.

em grandes usinas no interior do Estado de São Paulo⁽⁷⁶⁾.

É destaque em citadas notícias a baixa idade dos trabalhadores afetados, encontrando-se a maioria entre os 25 e 40 anos, acometidos do mesmo quadro clínico: fortes câibras, dores de cabeça, desmaios e parada cardiorrespiratória, com óbito durante a execução do trabalho nos canaviais.

Nas usinas de cana-de-açúcar, a jornada de trabalho chega a conformar 18 horas de trabalho por dia, numa média de produção diária de 12 toneladas de cana por trabalhador. O esforço físico para se atingir tais metas, associado à alimentação inadequada leva ao esgotamento que, não raro, conduz à morte.

Ademais, observe-se que não há, por parte do trabalhador, controle de sua produção, pois corta-se por metro, mas se recebe por peso — variável, conforme a qualidade da cana, a fertilidade do solo, o sombreamento, as chuvas e demais fatores diversos⁽⁷⁷⁾.

Nesse sentido, as condições de trabalho são as piores possíveis, conforme ilustra o relato da Procuradora do Trabalho Thereza Cristina Gosdal:

Normalmente o peso estimado é inferior ao peso real da cana colhida por trabalhador. No caso de um trabalhador que morreu,

distinguir entre uso e depreciação do trabalho.” GOSDAL, Thereza Cristina. Mortes por exaustão no trabalho: uma análise sob a ótica da contratualidade. p. 165-190. In: *op. cit.*, p. 166-167.

- (76) “Tais notícias deram origem a procedimentos investigatórios pelo Ministério Público do Trabalho, na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas, a maioria deles ainda em curso. Há também expedientes administrativos no âmbito do Ministério Público do Trabalho, nos quais foi centralizada a realização de audiências públicas e de parcerias com outros órgãos e instituições, com destaque para as atividades de pesquisa sobre o tema. Foram promovidas audiências públicas de debates também por iniciativa de outros órgãos, como a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Por fim, há ações individuais com pedidos indenizatórios, movidas no Judiciário.” *Ibidem*, p. 166.

- (77) *Ibidem*, p. 167.

por exemplo, restou demonstrado no procedimento no Ministério Público, que recebeu por estimativa o pagamento de 16 toneladas de cana no dia de seu falecimento. Porém, na pesagem do talhão (quadra que identifica o plantio da cana) fechado, que representa toda a cana cortada naquela quadra, observa-se que cortou, em verdade, 19 toneladas de cana.

A cana é plantada em linhas, chamadas de ruas. Entre as ruas há um espaço de 1 metro, até 1,50 metros. Alguns trabalhadores chegam a cortar 500 metros de cana por dia. Um conjunto de cinco a sete ruas forma um eito. A remuneração do trabalhador é fixada por produção, sendo em média R\$ 2,50 a tonelada. Não obstante, as condições de corte não são sempre as mesmas, exigindo esforço físico muito distinto, conforme a cana esteja em pé, deitada, ou trançada; conforme o terreno seja acidentado, ou plano, pedregoso, ou arenoso, ou a cana seja do primeiro brotamento ou seguintes. A única diferenciação feita nas convenções coletivas é quanto à cana de 18 meses, cuja tonelada tem um preço maior.

Para receber R\$ 25,00 por dia o trabalhador precisa cortar 10 toneladas de cana. Alguns chegam a cortar mais de 20 toneladas por dia. Não há piso salarial da categoria, e a remuneração média mensal varia entre R\$ 600,00 e R\$ 950,00. Nos dias e períodos de chuvas prolongadas, ou problemas no maquinário, o trabalhador recebe diária, em valor bem inferior ao valor médio diário dos dias em que corta a cana. Com a remuneração do período de safra o trabalhador, em geral, precisa sobreviver também na entressafra, em que, muitas vezes, não há trabalho.⁽⁷⁸⁾

Todos esses fatores promovem a criação e a manutenção de uma das piores formas de trabalho, corriqueira na região mais próspera do país.

-
- (78) *Ibidem*, p. 168-169.

Além desse caso, é possível citar, à guisa de ilustração, o envenenamento paulatino de trabalhadores nos laranjais de Araraquara, interior do Estado de São Paulo. Segundo apurações oficiais, nessa região, iniciou-se a prática de contratação irregular de trabalhadores, por meio de condomínios de empregadores, expondo os trabalhadores a agrotóxicos, sem qualquer equipamento de proteção. Apurou-se, nesse tocante, “que ‘ao chegar a fazenda, eles são obrigados a molhar, em produtos químicos, os pés, as mãos e os garrafões de água que carregam’, ao argumento de que isso é necessário para evitar a proliferação de cancro cítrico, uma doença dos pomares, e outras pragas”⁽⁷⁹⁾(80).

Assim, após visualizarmos uma série de desdobramentos e implicações do meio ambiente do trabalho, passemos à análise do direito de resistir, como forma de autopreservação dos trabalhadores, quando defrontados com *habitats* de trabalho desequilibrados.

5. Constitucionalismo e direitos fundamentais

5.1. Constitucionalismo e pós-positivismo

Nos capítulos acima, demonstramos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre da expressa previsão constitucional, conformando a tutela da dignidade da vida humana. Assim, a construção de um sistema jusfundamental de proteção ao ambiente do trabalho exige um percurso pelo atual estágio

do constitucionalismo, a fim de podermos defender um direito fundamental de resistência nos casos de desequilíbrio laborambiental, garantindo aos trabalhadores a licitude do ato de resistir ao trabalho quando desenvolvido em ambiente desequilibrado.

Portanto, faremos alguns aportes teóricos sobre o constitucionalismo, a fim de demonstrar o referencial teórico de nossas concepções.

Com base nestas premissas, convém estabelecermos o conceito de constitucionalismo, buscando determinar o conceito e a importância da Constituição em garantir a eficácia dos direitos fundamentais, não apenas nas relações Estado-cidadão, mas também nas interações cidadão-cidadão.

Isso implica uma breve retomada histórica, afinal:

O termo *constitucionalismo* é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da *Polis* grega, por volta do século V a. C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470 – 399 a. C.), Platão (427 – 347 a. C.) e Aristóteles (384 – 322 a. C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.⁽⁸¹⁾

Assim, com a criação da Constituição e, conseqüentemente, do constitucionalismo, o indivíduo deixa de ser súdito do Rei, para se tornar cidadão do Estado, podendo exigir-lhe determinados direitos e garantias, limitando o exercício do poder político⁽⁸²⁾.

(79) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados...* v. 1, p. 118.

(80) Aliás, o Estado de São Paulo não é apenas referência no trabalho perverso quando se trata do meio rural. Recentemente, inúmeros imigrantes de países vizinhos, especialmente da Bolívia, vêm para a Capital do Estado em busca de trabalho e acabam por sujeitarem-se a trabalho em condições análogas às de escravos, especialmente no setor têxtil. Analisando as políticas públicas de combate ao trabalho escravo contemporâneo, indispensável citar: SCHWARZ, Rodrigo, *op. cit.*, p. 136-252. Para uma análise globalizada dessa migração de mão de obra escrava, consultar: NAÍM, Moisés, *op. cit.*, p. 83-104.

(81) BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 5.

(82) Se no feudalismo existiam relações pessoais de poder entre Senhor e Vassalos (*ex parte principel*), e no absolutismo monárquico as relações de sujeição ganharam tons legais racionais (*ex parte princípio*), com a

Com isso, seguindo os marcos teóricos definidos por José Joaquim Gomes Canotilho é possível entrever três dimensões no conceito de Constituição, quer sejam: 1. “ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito”; 2. declaração escrita de um conjunto de direitos fundamentais e respectivas formas de garantia; 3. organização do poder político, de forma limitada e moderada⁽⁸³⁾.

Todavia, a limitação da atuação estatal foi apropriada pelos ideais de expansão e consolidação do capitalismo, após encontrar, no positivismo científico e jurídico, os argumentos para transformar os ideais de emancipação social em regulação da ordem capitalista.

Isso significou, na prática, o primado da liberdade e da propriedade, permitindo a exploração do trabalho humano, consoante observado no item 2.2 *supra*.

Apontando sobre a importância do positivismo para a conformação do ideal político e jurídico da modernidade, Boaventura de Sousa Santos esclarece:

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e a até a conviver com a racionalidade moderna, desde que

assunção da Constituição e do Constitucionalismo as relações de poder ganham limites, nos direitos e garantias individuais. Para tanto, conferir, por todos: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

(83) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 52.

se apresente como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.⁽⁸⁴⁾

O excesso de externalidades sociais produzidas por essa forma de conceber o Direito, promoveu uma série de mudanças no perfil constitucional e político do Estado, podendo se falar, nos dias de hoje, na superação do positivismo pelo pós-positivismo.

Atualmente, as descobertas da física quântica, o aperfeiçoamento das redes de comunicação, a consolidação das economias de mercado e as uniões transnacionais, promovem uma reflexão no campo científico e jurídico, demonstrando que a realidade fenomênica não é fragmentável e apreensível de forma enciclopédica, como desejaram e idealizaram os positivistas.

O desfazimento dos paradigmas assentes desde a assunção da modernidade causam um mal-estar e uma sensação de se defrontar com o desconhecido, que igualmente reflete-se no Direito.

Observa-se o declínio do positivismo jurídico sem, entretanto, ser possível afirmar ao certo qual paradigma epistêmico irá sucedê-lo.

Nesse cenário, entreabre-se o denominado pós-positivismo, num momento em que se buscam novos ícones, numa fase da sociedade denominada pós-modernidade ou a sociedade pós-industrial⁽⁸⁵⁾.

(...) discute-se hoje a crise da Modernidade, e há quem fale no advento de uma Era Pós-Moderna. Afirma-se que a Modernidade falhou nos seus objetivos, pois não conseguiu resolver ou minimizar os problemas da Humanidade, nem dar respostas para as questões que são verdadeiramente importantes para as pessoas. Segundo alguns, o

(84) SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 141.

(85) O termo pós-industrial é utilizado com o objetivo de designar uma sociedade que substituiu o “*capital industrial* (da sociedade industrial), sobretudo no mecanismo das relações econômicas internacionais, pelo *capital financeiro*”. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Abordagens Multidisciplinares. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. v. 2, p. 93-94.

ideário da Modernidade teria se exaurido no século XX, com a constatação da impotência do seu discurso e das suas propostas grandiloquentes para enfrentar problemas emergentes em uma sociedade hipercomplexa, globalizada, fragmentada e descentrada.

Na sociedade pós-industrial, característica da Era Pós-Moderna, o poder e a riqueza passam a residir não mais na propriedade dos meios de produção, mas na posse de conhecimento e de informações, que, diante dos avanços tecnológicos, circulam com velocidade impressionante. Mas o volume das informações é tamanha, que, como num paradoxo, acabamos todos condenados à superficialidade. A estética substitui a ética e a aparência torna-se mais importante que o conteúdo. São tantos os caminhos possíveis, tão múltiplas as variáveis, tão complexos os problemas, que não é mais factível programar uma direção, um sentido unívoco para o comportamento individual ou coletivo. O pensamento moderno, com sua obsessão pela generalização e racionalização, ter-se-ia tornado imprestável para compreender o caos das sociedades contemporâneas.⁽⁸⁶⁾

Nesse contexto de desmonte da razão ocidental, ganham forças os ideais de desregulamentação e flexibilização jurídica, especialmente no campo do direito social, sob o argumento da incompatibilidade do sistema jurídico moderno com as vicissitudes da era pós-moderna.

Isso promove ou tende a promover um abuso do poder econômico, então sob o argumento da fragmentação das relações, pretende-se desregular o trabalho e suas formas de proteção, bem como diminuir as prestações do Estado, em nome do equilíbrio e competitividade econômica no cenário internacional, entreabrindo uma crise nos direitos sociais.

Busca-se superar a dicotomia direito público x direito privado, incorporando às normas

públicas ideais privatísticos, em nome da competição e eficiência econômico-financeira. As normas trabalhistas, ou melhor, a sua ausência é anunciada como solução dos problemas, objetivando a geração de empregos, em situações iníquas, indignas, promovendo a erosão de séculos de lutas pela valorização, promoção e preservação do trabalho digno.

Assim, exige-se uma postura teórica e prática no campo jurídico tendente a diminuir as influências do poder econômico nas relações privadas, evitando que os absurdos perpetrados, outrora, pelo Estado, agora sejam realizados pela economia. A par disso, desenvolve-se a teoria de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com vistas a assegurar as conquistas da humanidade, também nas relações indivíduo x indivíduo.

5.2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A pós-modernidade tende a superar os paradigmas da Era Moderna relativizando seus conceitos e demonstrando a incompatibilidade de seus institutos para a nova fase que se abre.

Nesse cenário, a Constituição, enquanto marco jurídico da modernidade, sofre inúmeros ataques que pretendem subtrair seu conteúdo substancial, a pretexto de convertê-la num estatuto procedimental⁽⁸⁷⁾.

Dessa forma, ao invés de abandonarmos a Modernidade, precisamos resgatá-la e, ao menos tentar, implementar seus ideais, especialmente quando se trata de países emergentes, nos quais a Modernidade sequer se concretizou, e que os problemas medievais ainda assolam a sociedade.

Nos dizeres de Lenio Streck:

As promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros.

(86) SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37-38.

(87) Sobre o desdobramento desse tema na teoria da Constituição, consultar, por todos: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. *passim*.

Para os demais, o atraso! O *apartheid* social! Pesquisa recente mostra que os excluídos são 59% da população do país. Nessa categoria “excluídos” estão as pessoas que estão à margem de qualquer meio de ascensão social. Na escola, a esmagadora maioria dessas pessoas (86%) não foi além da 8ª série. De todos os segmentos sociais, são os que mais sofrem com o desemprego e a precarização do trabalho: 19% vivem de “bico” e 10% são assalariados sem registro algum. Como contraponto, o levantamento mostra que a elite se resume a 8% dos brasileiros. Essa elite concentra mais brancos (85%) do que qualquer outro segmento da sociedade. É, em consequência, o segmento onde há menos negros e pardos. Para completar, levantamento recentíssimo revela 5.000 famílias “muito ricas” — ou 0,001% do total de famílias do país — reúnem um patrimônio que representa 46% do PIC. Elas acumulam R\$ 691 bilhões, que é mais do que um PIB anual brasileiro.⁽⁸⁸⁾

A partir de constatações como estas, é imperativo assumirmos que a Constituição é dotada de força normativa e, portanto, constitui a ação do Estado, devendo, dentro dos moldes dirigentes adotado pelo constitucionalismo brasileiro, minorar a desigualdade social e garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, e considerando que a Constituição prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, cabe indagar: quem deve respeitar os direitos e garantias individuais?

Historicamente, os direitos fundamentais — sejam eles de natureza individual ou social — nascem para serem respeitados pelo Estado, quer seja por meio de atitudes absenteadas, quer seja pelo estabelecimento de créditos sociais,

que permite ao cidadão exigir prestações positivas do Poder Público.

Todavia, ainda que os destinatários históricos dos direitos fundamentais concentrem-se no Poder Público, cabe desdobrar a indagação: podem os particulares violar direitos fundamentais⁽⁸⁹⁾?

Definir o alcance e as consequências de um efeito vertical nas relações entre particulares não é tarefa simples, e remonta à doutrina e à jurisprudência, inclusive a comparada, à mínima de uma Constituição e/ou uma legislação minudente.

Os doutrinadores e a jurisprudência na Alemanha sustentaram, após a Segunda Guerra Mundial que os direitos fundamentais produzem, além do efeito vertical, um *efeito horizontal*, mais conhecido como *Drittwirkung* que significa literalmente “efeito perante terceiros”, isto é, vinculação de sujeitos de direito além do Estado. Vinculariam, em determinadas situações, os particulares, de forma às vezes direta, às vezes indireta. Além disso, poderiam, segundo este entendimento, ser invocadas perante os tribunais para que estes resolvam conflitos havidos entre eles.⁽⁹⁰⁾⁽⁹¹⁾

O tema ganha realce, todavia, quando nos deparamos, entre os particulares em conflito,

(89) Não se trata de aferir mecanismo de sanção entre particulares no caso de violação a direitos fundamentais (como violação de correspondências e lesão corporal, por exemplo), afinal, a Constituição exige a punição de condutas que contrariem os bens jurídicos supremos da República (em verdade, eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, eficácia perante o legislador, cujo dever é desdobrar a tutela constitucional). Trata-se, em verdade, de se aferir o alcance e as consequências da vinculação de particulares aos direitos fundamentais.

(90) DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007. p. 109.

(91) Para um aprofundamento teórico sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, especialmente à luz da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, conferir por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

(88) STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 29. Dados da pesquisa *Datafolha*, publicada em na *Folha de S. Paulo* de 12 de abril de 1997, caderno Brasil.

com uma evidente desproporção de poder social. Em certas hipóteses, a realidade apresenta uma diferença muito grande de proporções, ou seja, “o desequilíbrio estrutural é tamanho que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado”⁽⁹²⁾.

A consequência desse raciocínio conduz à obrigatoriedade de vinculação dos detentores de poder social aos direitos fundamentais, a fim de propiciar equilíbrio de forças entre partes litigantes, que não se encontrem num patamar mínimo de equidade.

Isso oferece um dos principais argumentos a favor da teoria, sem, contudo, apresentar como se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos.

Definir a manifestação da eficácia dos direitos fundamentais permitirá estabelecer, ou não, a obrigatoriedade dos detentores de poder social às disposições constitucionais, na medida em que estas nasceram para o estabelecimento do equilíbrio nas relações de poder (originalmente Estado x indivíduo, nos moldes do constitucionalismo clássico), agora entre dois titulares de direitos subjetivos⁽⁹³⁾.

Inicialmente, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais preconizava a aplicação imediata das normas constitucionais nos conflitos entre particulares, conformando o denominado *efeito horizontal direto*⁽⁹⁴⁾.

A seguir, a teoria caminhou para a forma mediata de eficácia dos direitos fundamentais (*efeito horizontal indireto*). Segundo essa linha, os direitos fundamentais exprimem-se na legislação infraconstitucional, devendo tutelar os particulares que se encontrem em situação de fraqueza social perante seus adversários.

Ocorre, portanto, o chamado efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) sobre a legislação comum⁽⁹⁵⁾.

(...) a teoria do efeito horizontal surgiu na Alemanha no âmbito de uma reflexão política

atuação do Tribunal Constitucional Alemão, em uma decisão prolatada em 1958 e alcunhada de “Lüth”. Na referida decisão precisou-se falar em *Drittwirkung* por uma questão de interpretação do Código Civil alemão (indenização por perdas e danos decorrentes de uma ‘ação imoral’). A aplicação dessa norma obrigacional poderia ser afastada se os juízes reconhecessem que um direito fundamental (no caso a norma que garante a liberdade de expressão — art. 5, I, 1, *Grundgesetz*) impedia a aplicação da norma obrigacional no caso concreto. A decisão se referiu à mencionada irradiação dos direitos fundamentais, considerando que todo o direito privado há de ser interpretado à luz dos direitos fundamentais. (...) A teoria do efeito imediato parecia vencida até que algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal tematizaram a questão do poder social-econômico de determinados grupos, frisando o papel dos direitos fundamentais como fatores que possam garantir certo equilíbrio nas relações jurídicas de direito privado. Assim, por exemplo, a liberdade contratual, que, ao mesmo tempo, é um instituto de direito privado e corresponde a uma liberdade constitucionalmente garantida, começou segundo essa jurisprudência, a encontrar seus limites no direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*). Apesar disto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não reconheceu, em nenhum momento, a possibilidade processual de ajuizar uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra tal desrespeito perpetrado por pessoa privada. Do ponto de vista material, a tese do efeito imediato parece servir tão somente de base para avaliar uma colisão entre direitos fundamentais aplicando o critério da proporcionalidade. Quando se tem uma ação agressiva de um particular que interfere na área de proteção de um direito fundamental, a posterior intervenção estatal que satisfaz o particular que agrediu o direito de outrem pode ser avaliada de maneira mais rigorosa em relação aos meios escolhidos em razão da agressão do particular. Em tais casos, os direitos fundamentais daqueles que sofreram a agressão servem como parâmetro para avaliar o conflito, ainda que não seja possível declarar diretamente a inconstitucionalidade da ação do particular.” *Ibidem*, p. 112-113. Aos interessados em conferir a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, inclusive o caso Lüth, veja-se, por todos: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideo: Konrad Adenauer, 2005. A obra conta com uma introdução de Leonardo Martins, objetivando fornecer aos leitores de língua portuguesa o arcabouço teórico necessário para a compreensão do funcionamento do TCFA. Além da publicação impressa, é possível obter mencionada obra, gratuitamente,

(92) *Idem*.

(93) *Idem*.

(94) *Idem*.

(95) Sobre a origem da teoria, Dimoulis e Martins apontam: “O efeito horizontal foi discutido logo no início da

que objetivava proteger os interesses de classes e grupos sociais mais fracos diante do poder de particulares que, aproveitando-se da ficção jurídica da igualdade de todos, exerciam um poder social, como resta claro no caso da relação entre o empregador e seus empregados.⁽⁹⁶⁾

Nesse caso, ainda que o legislador infraconstitucional não preveja a desigualdade, cabe ao jurista interpretar a norma à luz dos direitos fundamentais e “irradiar” seus efeitos, proporcionando a igualdade material no litígio.

Isso não impede, entretanto, que a teoria seja aplicada na hipótese de um sujeito inferior não pertencer aos grupos estruturalmente frágeis. Ou seja, a teoria do efeito horizontal dos direitos fundamentais não significa a promoção de desigualdades genéricas, de natureza material (v. g., empregadores x empregados), mas uma “desigualdade de posições no interior da relação jurídica”⁽⁹⁷⁾, que devem ser observadas concretamente, caso a caso.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que no Brasil predomina a regra da eficácia mediata/indireta e, como exceção, a eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Afinal, deve o Poder Judiciário observar e respeitar a força normativa da Constituição, atendo-se às suas “irradiações” axiológicas, caso contrário defrontar-nos-emos com tutelas jurisdicionais que contrariam os valores constitucionais, desrespeitando os direitos fundamentais positivados.

Já a aplicação imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ficam adstritas aos casos em que a desigualdade estrutural possibilita o cotejo entre o forte e

o Estado, devendo os direitos fundamentais intervir no conflito, a fim de preservar a equidade, atendendo às suas finalidades primeiras.

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra que o destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é do Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais.⁽⁹⁸⁾

Dessa forma, é pouco comum que se afigurem lacunas normativas a ponto de exigir a aplicação direta da Constituição, no tocante aos direitos fundamentais, porém o estudo da teoria serve, sem dúvidas, para ampliar o conhecimento dos direitos fundamentais e maximizar sua tutela jurídica, especialmente nas relações estruturalmente desiguais, como sói acontecer no Direito do Trabalho.

6. O direito de resistência

6.1. Dimensões históricas e filosóficas do direito de resistir

As formas de resistência do ser humano contra as injustiças têm origem em priscas eras, muito antes de se formular um rol de direitos individuais em documentos escritos. Assim, mais do que a manifestação individual, a resistência possui raízes nas rebeliões e revoluções contra uma ordem imposta.

Retomando as formas históricas de resistência à opressão, encontramos na Roma Antiga, em 76 a. C., a rebelião de escravos comandada por Spartacus, na qual se reuniu mais de 70

no site da Fundação Konrad Adenauer, como forma de estímulo ao Estado de Direito, nos países da América Latina. Para tanto, acessar: <http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2005/dokument_id-7738/index.html> Acesso em: 18 jul. 2009, às 23:00 horas.

(96) *Ibidem*, p. 110.

(97) *Idem*.

(98) *Ibidem*, p. 114.

mil homens, numa revolta servil que foi vitoriosa durante um ano de batalhas, até a morte de seu líder, em combate pelas legiões romanas, resultando na crucificação de seis mil insurgentes⁽⁹⁹⁾.

Na mesma época, na Grécia Antiga, ocorreu a revolta dos Gracos, objetivando a criação de leis que impedissem o desenvolvimento de latifúndios e subsidiassem o trigo para os pobres.

O cristianismo também nos oferece exemplo de resistência, seja passiva, deixando-se matar nas arenas romanas, seja como ativa, enfrentando o poder na defesa da propagação da crença⁽¹⁰⁰⁾.

Com o advento das grandes navegações e as descobertas das Américas, é possível observar inúmeros movimentos de resistência dos nativos aos colonizadores. Os incas, no Peru e os astecas no México foram dizimados pela colonização espanhola. Nos Estados Unidos, milhões de nativos foram mortos na defesa de seu território, enfrentando a colonização inglesa.

Também entre nós, apesar do mito do ameríndio passivo, inúmeras resistências armadas ocorreram contra os colonos portugueses, resultando em genocídios (eliminação física) e etnocídios (eliminação cultural)⁽¹⁰¹⁾. Alie-se aos nativos insurgentes, o sem-número de rebeliões negras⁽¹⁰²⁾, contra a escravidão instituída, da qual o Quilombo dos Palmares liderado por Zumbi é o exemplo mais notável.

Em que pese o fascínio pelo tema nos direcionar para a enumeração de outros movimentos de resistência⁽¹⁰³⁾, importante nos

atermos, também, aos fundamentos filosóficos, que determinaram a sua conversão num direito.

A teorização do direito de resistência remonta-nos ao Código de Hamurabi, ao prever a rebelião como forma de punição ao mau governante, que não respeitasse os mandamentos e as leis.

Ainda na Idade Antiga, há, na Grécia, o registro de Sófocles, em *Antígona*, sobre a “existência de leis não escritas, superiores a todas as outras, pelas quais não é vedado desobedecer as demais, quando com ela colidentes”⁽¹⁰⁴⁾.

Na Idade Média, a teorização da resistência encontra campo fértil, na obras de São Tomás de Aquino e São Isidoro.

Já no século XVII, a teorização do *direito de resistência* ganha novos aportes teóricos com John Locke, com a publicação de *Ensaio sobre o Governo Civil*⁽¹⁰⁵⁾, no fim do mesmo século em que Hobbes publicou o *Leviatã*⁽¹⁰⁶⁾.

Partindo do estado natural e do contrato original defendidos por Hobbes, Locke lhes atribuirá uma nova expressão, permitindo a distinção do poder legislativo e do poder executivo, de modo a defender uma limitação terrestre do poder, sancionada, em última instância, pelo *direito de insurreição dos súditos*⁽¹⁰⁷⁾.

em 1893, com a fundação de *Canudos*, com o objetivo de construção de uma sociedade solidária; (ii) a resistência de *José Artigas*, no início do século XIX, pela reforma agrária e descentralização do poder no Uruguai; (iii) a resistência comandada por *Toussaint l'Ouverture*, escravo doméstico, nos idos de 1830, que resultou na independência do Haiti; (iv) a luta de *José Martí* pela independência cubana; (v) a luta armada de Augusto César Sandino, em 1933, na Nicarágua; (vi) a resistência passiva de Mahatma Gandhi. Para um panorama destes e outros exemplos de resistência, consultar: *Ibidem*, p. 30-41.

(99) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. Possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 31.

(100) “Mais vale obedecer a Deus que aos homens”. Ato dos Apóstolos, 5, 29.

(101) VIANA, Márcio Túlio, *op. cit.*, p. 32.

(102) A resistência negra, em terra *brasilis*, manifestou-se de três formas: (i) revolta organizada pela tomada de poder; (ii) insurreição armada; (iii) fuga para o mato. Nesse sentido, conferir: *Idem, Ibidem*, p. 33.

(103) Além dos movimentos acima citados, convém lembrar os seguintes: (i) a resistência de *Antonio Conselheiro*,

(104) GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. Direito fundamental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004. p. 158.

(105) Para tanto, consultar: LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

(106) Para tanto, consultar: HOBBS, Thomas. *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

(107) GARCIA, Maria, *op. cit.*, p. 162.

O direito de resistência apresentava-se como “instrumento político para o aperfeiçoamento do Estado”, uma vez que não havia ruptura completa das instituições, mas tão somente a formação de novo poder legislativo ou, em outros termos, em Locke, o “direito de resistência que, pela primeira vez assumia a forma de um requisito de cidadania, representava o método excepcional de modificações políticas, quando os processos institucionais se mostravam insuficientes”⁽¹⁰⁸⁾.

Tais concepções de resistência à opressão foram fundamentais nos movimentos revolucionários que derrubaram o absolutismo, criaram a Constituição e o constitucionalismo.

Isso reflete, inclusive, no arrefecimento da teoria do direito de resistência, no século XVIII, por entenderem os pensadores, a exemplo de Montesquieu e Rousseau, que a questão estivesse ultrapassada⁽¹⁰⁹⁾.

No século XVIII, o direito de resistência contra a opressão ganha novos contornos com Savigny, Bluntschli, Benjamin Constant, Vareilles Sommières, León Duguit, Maurice Hauriou, François Géný, Louis Le Fur, Jean Dabin e Georges Burdeau, conforme aponta a doutrina de Maria Garcia⁽¹¹⁰⁾.

A partir da observação dos movimentos acima descritos, é possível observar um triplice aspecto da resistência/desobediência, segundo as lições de Maria Garcia⁽¹¹¹⁾: 1. a oposição às leis injustas; 2. a resistência à opressão; e 3. a revolução.

Pela *oposição às leis injustas*, explica, concretiza a repulsa de um preceito determinado ou de um conjunto de prescrições em discordância com a lei moral — essa resistência é de iniciativa individual ou de um

grupo limitado; pela *resistência à pressão*, concretiza-se a revolta contra a violação, pelos governantes, da ideia de direito de que procede do Poder cujas prerrogativas exercem; pela *revolução*, concretiza-se a vontade de estabelecer uma nova ordem, em face da falta de ressonância da ordem vigente na sociedade.⁽¹¹²⁾

Assim, na primeira hipótese, a tensão reside na relação entre duas regras; já na *resistência à opressão*, é “a atitude dos governantes por correlação com a ideia de direito que lhes legitima a autoridade”⁽¹¹³⁾; e na última hipótese, a *revolução*, reside na oposição entre duas ideias de direito.

Compreendido o direito de resistência a partir de seus aspectos histórico-filosóficos, passemos a uma breve análise de seu regime constitucional.

6.2. O regime jurídico-constitucional do direito de resistir

O direito de resistência ganha contornos de juridicidade e, especialmente de constitucionalidade, com a revolução puritana contra o despotismo dos Stuart na Inglaterra Medieval, fomentada pela tradição da *common law*.

Assim, a *Glorious Revolution*, ao insurgir-se em favor da autodeterminação religiosa e consagra-la com realidade política, conseguiu, com seu triunfo, aproximar as raízes do constitucionalismo e das liberdades e garantias individuais, firmando sustentáculos para a posterior construção do Estado de Direito⁽¹¹⁴⁾.

Nesse ensancha, o estabelecimento do direito de resistência era usual nas primeiras constituições ocidentais, expressa ou tacitamente,

(108) *Ibidem*, p. 163.

(109) Como relata Maria Garcia, citando Rousseau: “com os sistemas políticos que propõem, o estágio da resistência à opressão, que já não tem sequer possibilidade de existir por falta de objeto.” *Ibidem*, p. 164.

(110) *Ibidem*, p. 164-166.

(111) *Ibidem*, p. 157.

(112) *Idem*.

(113) *Idem*.

(114) Para um estudo aprofundando da formação das liberdades e garantias individuais na Inglaterra Medieval, especialmente a partir da Revolução Gloriosa, veja-se, por todos: POUND, Roscoe. *Liberdades garantias constitucionais*. Trad. E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

em especial em seus preâmbulos, ao reafirmarem o poder do povo e sua legitimidade para instaurar uma ordem justa.

É assim que a Declaração de Independência dos Estados Unidos, na Declaração Francesa de 1789 e na Declaração dos Direitos do Homem, de 1793 a consagração do direito de resistência está presente.

Todavia, com a consolidação da democracia e o estabelecimento dos Estados de Direito, o direito de resistência perdeu a ênfase, presente nos documentos iniciais, especialmente em se tratando da resistência de grupos (rebeliões, revoluções), sem, contudo deslegitimar o povo como fonte de poder⁽¹¹⁵⁾.

Levando-se em conta o limite temático desta pesquisa, é possível apontar no direito constitucional brasileiro duas formas de positivação do direito de resistência.

A primeira, no art. 9º da CF/1988, ao consagrar o direito de greve⁽¹¹⁶⁾ e a segunda, e que mais nos aproveita no estudo do exercício individual do direito de resistência, prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Referido dispositivo de inspiração estadunidense⁽¹¹⁷⁾ constitucionaliza a possibilidade de se integrar ao ordenamento demais direitos fundamentais que, integrantes do sistema democrático e principiológico da Constituição, não tenham sido expressamente mencionados.

Isso ocorre, por exemplo, com o *direito de resistência* nos casos de desequilíbrio labor-ambiental, expresso na Constituição do Estado de São Paulo, porém não positivado na Constituição da República. A falta de taxatividade do legislador constituinte não pode, portanto, subtrair tal direito fundamental, pois compatível — tributário, aliás — do regime e dos princípios adotados na Constituição.

Referida cláusula de abertura para a incorporação de direitos fundamentais é tão

(117) Maria Garcia, comentando a origem do dispositivo no direito constitucional comparado, afirma: “José Celso de Mello Filho comenta, a respeito do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/1969, imediatamente anterior à Constituição de 1988, demonstrar-se norma de encerramento, que institui as liberdades *residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes* que, apesar de não enunciadas ou especificadas na Carta Constitucional, resultam do regime e dos princípios que ela adota. Sua raiz histórica, explica, estende-se à Emenda IX da Constituição norte-americana de 1787, que transcrevemos: ‘A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.’ (...) Ou, na redação original da chamada ‘Constituição da Liberdade’ (Burgess): ‘The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people’.” Verifica-se do texto original que sobressaem três termos básicos, a analisar: *deny*: (= negar, denegar, excluir); *disparage* (= denegrir, desprezar, diminuir, desacreditar) e *retained* (= retido, guardado, preservado), a partir do que se poderia adotar a tradução seguinte: “A enumeração, na Constituição, de certos direitos, não será interpretada de modo a excluir ou prejudicar outros direitos retidos pelo povo.” GARCIA, Maria, *op. cit.*, p. 212.

(115) As constituições passam, nesse momento, a procurar formas institucionalizadas de combate à opressão, zelando, igualmente, pela unidade do Estado-nação.

(116) “CF/88, art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.” Amiúde, o referido dispositivo já seria o bastante para legitimar uma paralisação do trabalho, a fim de resguardar as condições de trabalho, também nos casos de desequilíbrio ambiental, prescindindo-se da norma prevista na Constituição do Estado de São Paulo. Especialmente, considerando que a Lei que regulamenta o direito de greve (Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989) extrapola os limites impostos pelo constituinte originário e viola o dever de proteção dos direitos fundamentais sociais. Entremetidos, ainda que de nosso interesse, as repercussões coletivas do direito de resistência não serão aqui abordadas, pois dignas de trabalho próprio e exclusivo.

significativa ao direito constitucional brasileiro que, desde a Constituição de 1891⁽¹¹⁸⁾ se faz presente, sendo positivada nas Constituições de 1934⁽¹¹⁹⁾, de 1937⁽¹²⁰⁾, de 1946⁽¹²¹⁾ e, também, na Constituição de 1967⁽¹²²⁾/1969⁽¹²³⁾.

Nessa ensanча, a Constituição aponta para um conceito material e para uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais. Ou seja, além dos direitos ali consagrados abre-se a oportunidade para a existência de direitos fundamentais fora da Constituição⁽¹²⁴⁾.

Como lecionam os catedráticos da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

(118) "Art. 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna."

(119) "Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regime e dos princípios que ella adopta."

(120) "Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados a Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição."

(121) "Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

(122) "Art. 150, § 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

(123) "Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota."

(124) CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 365. A Constituição da República Portuguesa estabelece dispositivo similar em seu art. 16, 1, *in verbis*: "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional."

Os direitos fundamentais extraconstitucionais colocam problemas jurídico-constitucionais complexos, designadamente: (a) a ampliação e extensão da abertura do princípio da não tipicidade; (b) a aplicação ou não, a estes direitos, só materialmente constitucionais, do regime dos direitos fundamentais formalmente constitucionais.

Relativamente ao primeiro problema — extensão da abertura — a cláusula aberta acolhe direitos fundamentais de qualquer natureza (direitos, liberdade e garantias; direitos econômicos, sociais e culturais), não havendo nenhuma razão para reservá-la para os direitos equiparados aos direitos, liberdade e garantias. (...) Em relação ao segundo problema referido, aplicar-se-á o regime geral dos direitos fundamentais e, se for o caso, o regime dos direitos, liberdades e garantias, mas já é questionável a aplicação de todo o regime dos direitos fundamentais formalmente constitucionais.⁽¹²⁵⁾

Com base nessas premissas, é crível entrever, na cláusula de abertura dos direitos fundamentais constitucionais, a permissão constitucional para se incluir o *direito de resistência* no rol dos direitos fundamentais constitucionais brasileiros.

Assim, ao se enquadrar no regime jurídico dos direitos fundamentais, o *direito constitucional de resistência* deve irradiar seus efeitos a toda legislação infraconstitucional, orientando valorativamente o Poder Judiciário na análise de casos que a tenham como fundamento jurídico do litígio.

Visto, em linhas gerais, o regime constitucional do *direito de resistência* passemos à rápida análise de suas concreções no direito do trabalho.

6.3. O direito de resistir e o direito do trabalho

O direito de resistência, apesar de sua importância, não recebe grandes atenções da literatura

(125) *Ibidem*, p. 366.

juslaboral, especialmente no que toca à sua sistematização, merecendo, portanto, maior destaque a obra de Márcio Túlio Viana⁽¹²⁶⁾.

A abordagem, defendendo ou criticando, em regra, observa aspectos específicos da relação de trabalho, analisando o direito de resistência, no mais das vezes, como um desdobramento ou uma concreção dos princípios laborais, como o princípio da inalterabilidade contratual lesiva⁽¹²⁷⁾.

De outro lado, a sua projeção coletiva (*o direito de greve*) concentra a maior parte dos estudos jurídicos e sociológicos sobre o tema, haja vista a sua ressonância social, pois muito mais frequente no cotidiano se a compararmos como as manifestações individuais contra o poder diretivo dos empregadores.

Todavia, não se trata aqui de sistematizar a matéria, tampouco encontrar respostas às celeumas sobre a sua existência no campo do direito do trabalho, área de eterna cizânia entre os teóricos do tema.

Dorval Lacerda, citado por Márcio Túlio Viana, defende a existência de tal direito, *in verbis*:

É evidente que o empregado tem o direito de negar cumprimento a uma ordem ilegal ou contrária à sua pessoa ou aos seus direitos, como até o direito tem, tal seja, o modo por que o patrão exerce o poder diretivo, de considerar rescindido o contrato de trabalho que o vincula a este último: é o caso do rigor excessivo, de que fala a lei, para dar um exemplo entre muitos. Entretanto, arcará com as responsabilidades da recusa se cometer erro na sua “avaliação subjetiva”, a menos que demonstre cabalmente ter agido na certeza de que a recusa seria justa, o que é difícil, mas não impossível.⁽¹²⁸⁾

(126) VIANA, Márcio Túlio, *op. cit.*

(127) Para uma leitura dos princípios do Direito do Trabalho brasileiro, consultar: DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

(128) LACERDA, Dorval de. *A renúncia no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944. v. 3, p. 57.

Contrariamente, apresenta-se Octavio Bueno Magano, para quem:

Não estando a “resistência” do empregado protegida em relação ao apontado risco, não vemos como possa ser tida como direito, a despeito do largo uso da expressão latina. Entendimento contrário só se justificaria se não julgássemos passível de controle judiciário as punições ilegais e abusivas impostas pelo empregador. Então sim haveríamos de propugnar no sentido de que a resistência a ordens dessa natureza fosse reconhecida como direito.⁽¹²⁹⁾

Entrementes, ao que nos interessa para a presente pesquisa, importa defender o *direito de resistência* do trabalhador, nos casos de desequilíbrio labor-ambiental, considerando a expressa previsão constitucional.

Afinal, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece expressamente o referido *direito de resistência*, cabendo à Constituição da República Federativa do Brasil integrar tal dispositivo no seu rol de direitos fundamentais constitucionais, a partir do permissivo presente em seu art. 5º, § 2º.

Com isso, ao menos no aspecto labor-ambiental, não há cizânias sobre a possibilidade de se aplicar o direito de resistência, especialmente porque vinculado à necessidade do trabalhador autopreservar-se.

É crível, portanto, defendermos que a resistência no direito ambiental do trabalho concretiza, em última instância, o direito à vida, à saúde e à integridade física do trabalhador, apresentando-se como um dos mecanismos mais avançados na tutela das condições de trabalho.

Assim, considerando que o tema da pesquisa restringe-se às possibilidades de resistência nos casos de desequilíbrio labor-ambiental, o presente tópico busca apenas apontar para a divergência existente na doutrina e afirmar

(129) MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 189.

que apesar do pouco uso, seja no âmbito acadêmico, quanto nas relações sociais, o *direito de resistência*, enquanto manifestação de direito fundamental constitucional, pode ser encarado como importante instrumento de valorização do trabalho e da dignidade humana.

Infelizmente, ainda não há jurisprudência consolidada nos Tribunais do Trabalho sobre o exercício de tal direito, razão pela qual a abordagem se torna exclusivamente teórica, carecendo de exemplos práticos. Todavia, acreditamos que o estudo das formas de preservação das condições de trabalho podem ajudar na conscientização dos direitos dos trabalhadores para, quiçá, em breve, retomarmos o estudo, a partir da análise do cotidiano forense.

7. Epílogo: o exercício do direito de resistência como direito fundamental nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental

A tutela do meio ambiente, desdobrada em normas constitucionais, constitucionais-estaduais, leis federais e regulamentações administrativas, apontam para o dever do Estado e da sociedade civil em preservar o equilíbrio ambiental, objetivando garantir, no plano difuso, concreção a uma das projeções da dignidade humana.

Do mesmo modo, o direito do trabalho, desde sua origem, empreende esforços na limitação do poder econômico, a fim de estabelecer condições dignas de trabalho, seja ele subordinado ou não. Preserva-se, de tal feita, a dignidade do ser humano enquanto trabalhador, tendo-se em conta que é do trabalho que se extrai o sustento do homem.

A importância de tais disciplinas jurídicas para a tutela da vida humana resultaram, ainda que em momentos históricos distintos, na constitucionalização de tais direitos, bem como na sua inserção na teoria dos direitos fundamentais.

Todavia, o interesse econômico, em inúmeras oportunidades, desconsidera a condição

humana, promovendo a exploração desmedida dos recursos naturais, ao mesmo tempo em que promove a exploração da força de trabalho, expondo, no mais das vezes, os trabalhadores a formas perversas de trabalho.

Nesse sentido, a tessitura da dignidade humana exige uma tutela complexa, que atenda às necessidades de preservação da vida digna e dos valores sociais do trabalho. Assim, o direito do trabalho apropria-se de valores do direito ambiental para maximizar a tutela dos trabalhadores, oferecendo, inclusive, mecanismo de autotutela nas relações de trabalho.

Com base nisso, a Constituição do Estado de São Paulo, buscando integrar a tutela das condições de trabalho às condições de equilíbrio ambiental *lato sensu*, estabeleceu a possibilidade de o trabalhador resistir ao trabalho, nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental, visando garantir o direito à vida e à integridade física.

Considerando-se que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, dentre as normas de direitos fundamentais, uma cláusula de abertura para a entronização de (novos) direitos fundamentais constitucionais, compatíveis com os princípios positivados, é possível defender que referida norma da Constituição Paulista integra o rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Assim, quando o trabalhador se deparar com meio ambiente do trabalho desequilibrado, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da integração das normas previstas no direito ambiental e do direito do trabalho, permite que ele, sem quaisquer prejuízos de seus direitos trabalhistas, negue-se ao trabalho, até que sejam (re)estabelecidas as condições de trabalho equilibradas.

Tal direito coaduna-se com o direito de autopreservação do trabalhador, correlacionando-se intimamente com a dignidade da pessoa humana.

Ademais, como pode se verificar, o direito de resistir à opressão afigura-se como um dos

mais característicos da pessoa humana, sendo perceptível desde tempos idos, e agora, paradoxalmente, conforma uma das mais avançadas formas de tutela jurídica dos trabalhadores.

Com base em todas essas observações é possível afirmar a existência, na ordem jurídica brasileira, da possibilidade do trabalhador assegurar sua autopreservação, por meio do direito positivado de resistência ao trabalho nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental, integrando-se as tutelas ambientais e laborais na preservação e valorização da dignidade humana.

8. Referências Bibliográficas

- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização*. Ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al. (Org.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21-40.
- COTRIM, Gilberto. *História global*. Brasil e geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales. 21. ed. México: Porrúa, 2007. Tomo I.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Atualidades forenses. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. Vol. 1.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. Direito fundamental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.
- GOSDAL, Thereza Cristina. Mortes por exaustão no trabalho: uma análise sob a ótica da contratualidade. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths et al. (Org.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007. p. 165-190.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- HOBSBAWM, Eric J. *Os trabalhadores*. Estudos sobre a história do operariado. Trad. Marina Leão T. V. de Medeiros. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. *A era dos impérios*. 1875-1914. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- _____. *A era dos extremos*. O breve século XX — 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2005.
- _____. *A era das revoluções*. 1789-1848. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

- LACERDA, Dorval de. *A renúncia no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944. v. 3.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Do poder diretivo na empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 189.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Curso de direito do trabalho*. Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 13-40.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.
- MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos*. O poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública. Trad. James Cook. São Paulo: Página Aberta, 1995.
- NAÍM, Moisés. *Ilícito*. O ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 63, n. 05, p. 584, maio 1999.
- PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
- POUND, Roscoe. *Liberdades garantias constitucionais*. Trad. E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum*. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1 – A Crítica da Razão indolente: contra o desperdício da experiência.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Temas modernos de direito do trabalho* (Após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004). Leme: BH, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005.
- SCHWARZ, Rodrigo. *Trabalho escravo*. A abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das Políticas de Combate à Escravidão Contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Evanna. *Ação ambiental trabalhista*. Porto Alegre: Safe, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. Possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

A responsabilidade tributária do responsável subsidiário trabalhista — análise sob à luz dos princípios tributários

Fabiano de Lima Caetano^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho tem por fim discutir a existência de relação jurídica tributária em decorrência do tomador de serviços ser considerado responsável trabalhista, passando pelos conceitos e princípios tributários pertinentes.

Palavras-chave:

- ▶ Tributos — princípios tributários — legalidade — tipicidade — responsabilidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da definição de tributo e seus elementos
 - ▶ 2.1. Definição de tributo
 - ▶ 2.2. Dos elementos do tributo e da tipicidade tributária
 - ▶ 2.3. Da responsabilidade tributária
- ▶ 3. Da responsabilidade tributária do tomador de serviços
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região – Campinas – SP. Advogou por 7 anos antes de ingressar na magistratura em 2008. Exerceu cargo público de Técnico de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro de 10.12.1998 até 10.1.2008, tendo exercido o cargo de confiança de assessor de Conselheiro a partir de 28 de dezembro de 2004 até a data de sua saída. Professor universitário da Faculdade Gama e Souza desde fevereiro de 2006 até a presente data. Participou, como professor, em cursos preparatórios para as carreiras de Magistratura do Trabalho e Procuradoria do Trabalho.

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade estudar o alcance da responsabilidade subsidiária trabalhista no que pertine aos créditos tributários.

A questão interessa sob o ponto de vista da necessidade de se separar os vínculos tributário e trabalhista, já que na relação laboral há verdadeira promiscuidade no que pertine a vários sujeitos, objetos e relações jurídicas envolvidas.

Primeiramente, trataremos sucintamente sobre os princípios tributários que a matéria envolve, bem como os conceitos de responsabilidade e tipicidade tributárias para então ingressarmos no objeto do estudo, inclusive com sua análise histórica.

Devemos ter em mente que a própria história do constitucionalismo passa pela questão tributária e do devido processo legal, hoje abrangendo o aspecto substantivo. A Carta de 15 de junho de 1215 outorgada pelo Rei João Sem Terra da Inglaterra trouxe limitações ao poder de tributar do Rei, do mesmo modo que a nossa Constituição o faz nos arts. 150 a 152.

O próprio aspecto do devido processo legal substantivo deve ser aplicado à racionalidade judiciária. Como forma de exteriorização da vontade estatal, deve o Magistrado ter em mente que a sentença não pode atacar a riqueza alheia sem respeitar as limitações próprias do ramo do direito aplicável. Aprofunda em importância a questão quando nos defrontamos com a sentença trabalhista em que o Juiz acaba por desempenhar, além da função jurisdicional, função executiva fiscal, fazendo o lançamento e execução do tributo devido, sem a consciente participação do alegado sujeito passivo, que apenas se defende quanto aos pedidos trabalhistas contra ele formulados.

Pela forma que se processa, nem mesmo a oportunidade de discutir o crédito apropriadamente possui, pois o mesmo agente estatal o declara responsável, lança o crédito e o executa, em decorrência da parte dispositiva da sentença

feita como mero acerto do julgado. Raramente se vê a discussão nos autos de uma reclamação trabalhista de uma questão tipicamente tributária em relação a terceiro não empregador.

2. Da definição de tributo e dos seus elementos

2.1. Da definição de tributo

O Código Tributário Nacional define tributo em seu art. 3º:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Da definição acima, nos interessa o princípio da legalidade estrita aplicado para a definição e cobrança de tributo. Ao lado da legalidade administrativa e penal, temos a legalidade tributária. Possuem como ponto em comum o aspecto positivo, ou seja, há necessidade de previsão legal do fato para a incidência da norma, ao contrário da legalidade genérica, prevista no art. 5º, II da CF/1988, em que o cidadão tem a garantia individual de somente ser obrigado a fazer algo, ou deixar de fazê-lo, em decorrência de lei impondo um dever de abstenção ao Estado de cercear a liberdade individual ao arrepio da lei. Somente pode agir o Estado-Fiscal em decorrência de norma expressa.

Tal aspecto também pode ser visto no campo processual. A possibilidade jurídica do pedido, em regra, é visto no aspecto negativo. Os pedidos são juridicamente possíveis desde que não haja impedimento legal para a sua formulação. Pode ser verificada no pedido imediato, mediato ou na causa de pedir, o que leva a alguns processualistas a preferir o termo “impossibilidade jurídica da demanda”. Exemplo clássico são as dívidas de jogo.

Já no campo tributário, assim como no penal, a moribunda condição da ação é verificada em seu aspecto positivo, utilizando-se o

conceito da *fattispecie* do direito italiano. O pedido somente é juridicamente possível se previsto em lei.

Passemos a analisar os elementos do tributo.

2.2. Dos elementos do tributo e da tipicidade tributária

Os tributos possuem três elementos: hipótese de incidência, sujeito (ativo e passivo) e base de cálculo/ alíquota.

A hipótese de incidência é o fato gerador *in abstracto*. É a conduta descrita no tipo tributário que dá origem à relação jurídica fiscal entre o contribuinte e a Fazenda.

Assim como no direito penal, há o princípio da tipicidade também no direito tributário. Necessária a realização da conduta prevista *in abstracto* na norma tributária para que haja a sua incidência.

Ocorrendo a conduta, estamos diante do fato imponible, ou seja, a concretização da conduta antes prevista em abstrato. É a ocorrência do fato gerador da obrigação de pagar o tributo.

A base de cálculo e a alíquota também compõem a tipicidade tributária, mas no seu aspecto quantitativo.

A tipicidade tributária é estrita. Exige tal princípio que a lei criadora do tributo defina um tipo fechado, com todos os elementos da obrigação tributária, sem espaço para aplicação analógica ou extensões a outras hipóteses e contribuintes que não aqueles expressamente previstos, conforme lição de Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior em sua obra de direito tributário.

Yonne Dolácio de Oliveira explica que:

O princípio da tipicidade objetiva limitar a vontade no tocante à produção de efeitos jurídicos, em especial na instituição e aplicação dos impostos, daí resultando os princípios da tipologia tributária: *numerus clausus* (enumeração exaustiva dos elementos da tributação); o do exclusivismo (os elementos são suficientes, vedando o acréscimo de

outros pelo aplicador do direito), que caracteriza a tipicidade como fechada; o da determinação (o conteúdo da decisão vem determinado na lei tributária) que converte o tipo tributário em um tipo fechado.

De suma importância, pois, sempre se ter em mente a legalidade estrita tributária e o princípio da tipicidade, exigindo-se o tributo somente quando a hipótese de incidência prevista na norma se realize exatamente como descrita no mundo dos fatos.

2.3. Da responsabilidade tributária

Passado pelos elementos do tributo e ideia de tipicidade tributária, imperioso o exame da responsabilidade tributária.

O CTN passa a tratar dela no seu art. 121 quando define o sujeito passivo da obrigação tributária. No inciso I do parágrafo único do artigo citado, define o primeiro sujeito passivo: o contribuinte — pessoa que guarda relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Já no seu inciso II define como responsável a pessoa que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei.

Mais uma vez, a legalidade tributária é reforçada pela palavra “expressa” empregada pelo legislador.

Interessa-nos, portanto, o conceito de responsável tributário.

Há dois tipos de responsabilidade tributária: por substituição e por transferência.

Na responsabilidade por substituição, o substituto assume a posição do contribuinte desde a ocorrência do fato gerador, por força de lei. O fisco cobra dele diretamente o tributo, ao mesmo tempo que lhe transfere todas as prerrogativas do contribuinte. O exemplo clássico é o da montadora de automóveis e suas respectivas concessionárias. Possui previsão constitucional no art. 150, § 7º da CF/1988, ao asseverar que “a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou

contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Na responsabilidade por transferência, o responsável apenas possui relação indireta com o fato gerador. A obrigação nasce com o contribuinte, mas por um fato superveniente é transferida para o responsável tributário. Nesta espécie de responsabilidade, temos as subespécies da responsabilidade por sucessão, por terceiros e por infração à legislação.

Na responsabilidade por sucessão, a lei relaciona determinadas pessoas que serão responsáveis pelo tributo devido por outra. Ocorre nos casos do adquirente de bens móveis e imóveis, do sucessor civil a qualquer título ou espólio (na medida da força da legítima) e o adquirente de fundo de comércio ou a pessoa jurídica decorrente de fusão, transformação ou incorporação de outra (arts. 129 a 133 do CTN).

Na responsabilidade por terceiros (arts. 134 e 135 do CTN), a figura do tomador de serviços também não está contemplada.

Finalmente, o objeto do estudo não trata de responsabilidade por infrações tributárias.

O tomador do serviço não pratica o fato gerador (pagamento de salário) nem possui relação com este, conforme definição em lei, fugindo dos conceitos contribuinte e de responsável tributário, como veremos a seguir.

3. Da responsabilidade tributária do tomador de serviços

Tratando agora do cerne da questão, ter em mente o princípio de legalidade tributária e a consequente tipicidade tributária é essencial.

Tal princípio foi abraçado por nossa Constituição, em seu art. 150, I:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça; (...)

O art. 3º do CTN reforça a legalidade estrita tributária e define:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Note-se que não só a necessidade de lei surge no conceito, como a qualidade da atividade administrativa de cobrança: “plenamente vinculada”. A expressão revela o dever da Administração de cobrar o tributo ao ocorrer o fato gerador, bem como determina que se observe estritamente os limites, quantitativos, qualitativos e pessoais do tributo. Não há espaço para analogias no direito tributário para alcançar situações, contribuintes ou responsáveis não contemplados na norma. Mesmo a interpretação extensiva, aceita por pequena parte da doutrina, é negada pela sua maioria neste ramo do direito, não sendo o caso presente.

O direito tributário e o direito penal guardam grande similitude quanto ao aspecto da legalidade.

Cinthia Rodrigues Menescal Palhares, defensora pública no Estado do Rio de Janeiro e mestre em direito tributário, ensina:

Dadas as semelhanças de institutos e princípios, cujas lindes foram tão bem examinadas pela Profª Misabel Abreu Machado Derzi, em sua obra “Direito tributário, direito penal e tipo”, e sua característica de manifestação do poder de império do Estado, muitos dos princípios e limitações constitucionais aplicáveis ao Direito Penal, também o serão ao Direito Tributário.

De fato, só para citar o exemplo mais expressivo, à conduta típica, cuja descrição abstrata, no Direito Penal, é feita pela norma penal incriminadora, corresponde, no Direito Tributário, o fato gerador. O tipo penal, portanto, há de ter todos os seus elementos constitutivos previstos em lei (*nulla poena, nullum crimen sine lege*); logo,

o mesmo princípio há de ser adotado em matéria tributária.

Em sede constitucional, encontramos as verdadeiras semelhanças entre estes dois campos do Direito, com a aplicação dos princípios que lhe são comuns, tais como: legalidade ou reserva legal, anterioridade, igualdade, irretroatividade da lei, retroatividade da lei mais benéfica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

A norma tributária aplicada à espécie não prevê o tomador dos serviços, em terceirizações lícitas, como sujeito passivo da contribuição social, seja como contribuinte ou como responsável tributário.

Não se pode confundir a condenação do responsável subsidiário nas parcelas trabalhistas devidas pelo empregador com a competência constitucional para execução das contribuições previdenciárias devidas pelo empregado e empregador, decorrentes da condenação. As relações trabalhista e tributária são distintas e envolvem sujeitos ativo e passivo diferentes. A Justiça do Trabalho deve estar atenta para a diferença. O responsável subsidiário trabalhista, por uma construção jurisprudencial, não pode ser responsável tributário sem previsão legal, já que a legalidade neste último ramo do direito, como já dito, é estrita, ligada fortemente ao princípio da tipicidade.

A interpretação histórica do dispositivo da lei previdenciária que trata do assunto revela a afirmação feita.

O art. 31 da Lei n. 8.212/1991 previa a responsabilidade do tomador dos serviços por todas as contribuições previdenciárias devidas pelo empregador:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a

retenção de importâncias a este devidas para a garantia do cumprimento das obrigações desta lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Entende-se como cessão de mão de obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.

A Lei n. 9.711/1998 alterou a redação do art. 31 acima, excluindo tal possibilidade:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Verifica-se que, pela alteração da norma, excluiu o legislador o regime de responsabilidade solidária pelo regime de retenção de valores em nota fiscal ou fatura. Pela sentença trabalhista, por óbvio, não há nenhuma condenação de pagamento da tomadora de serviços em relação à prestadora-empregadora, para que possa surgir a responsabilidade pela retenção e repasse à União da discutida contribuição.

A obrigação do tomador de serviços é acessória e não o coloca como responsável solidário pela folha de salário do empregador, mas somente como responsável pela retenção em relação ao valor pago em nota fiscal ou fatura sendo certo que refoge a nossa competência a discussão quanto à esta correta retenção.

Trata-se de técnica de arrecadação de tributo, não havendo que se falar nem mesmo

em substituição tributária, sendo o tomador de serviços sujeito ativo auxiliar da atividade administrativa de arrecadação, atuando em favor da administração fazendária.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, citado por Gustavo de Resende Raposo, Procurador do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria Trabalhista, distingue responsabilidade tributária e dever de reter tributo alheio:

Quanto aos “retentores de tributos” (desconto na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção de imposto devido por terceiros). Devem assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de obrigação tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fato de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. A estes, evidentemente, não são transferíveis as multas. Poderão, isto sim, responder pela própria mora e ser multados por ela, caso a lei assim o determine.

Desta forma, é o tomador de serviços mero retentor de contribuição devida por outro, funcionando como auxiliar arrecadador do fisco.

Nem mesmo como substituto tributário pode ser caracterizado.

No EREsp n. 446.955/SC, 1ª Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, data do julgamento: 9.4.2008, DJ 19.05.2008 p. 1, o preclaro Ministro aborda o conceito de substituição tributária:

5. A responsabilidade tributária por substituição ocorre quando um terceiro, na condição de sujeito passivo por especificação da lei, ostenta a integral responsabilidade pelo *quantum* devido a título de tributo. “Enquanto nas outras hipóteses permanece a responsabilidade supletiva do contribuinte, aqui o substituto absorve totalmente o *debitum*, assumindo, na plenitude, os deveres de sujeito passivo, quer os pertinentes à prestação patrimonial, quer os que dizem respeito aos

expedientes de caráter instrumental, que a lei costuma chamar de ‘obrigações acessórias’. Paralelamente, os direitos porventura advindos do nascimento da obrigação, ingressam no patrimônio jurídico do substituto, que poderá defender suas prerrogativas, administrativa ou judicialmente, formulando impugnações ou recursos, bem como deduzindo suas pretensões em juízo para, sobre elas, obter a prestação jurisdicional do Estado.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário — fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 158-177).

No caso, o tomador dos serviços não substitui o contribuinte principal, que permanece com as suas obrigações tributárias, principais e acessórias, inclusive com posterior compensação com o que já retido, com possibilidade de restituição integral, conforme a norma tributária. Ainda que se considere o tomador dos serviços como substituto tributário, a hipótese prevista em lei não se observa na sentença trabalhista, pois não se está discutindo falta de retenção pelos valores pagos em nota fiscal ou fatura, sendo este o limite de sua responsabilidade, mas sim créditos tributários decorrentes de inadimplementos do empregador em pagar salário.

Em interpretação sistemática do ordenamento jurídico quanto ao ponto, a conclusão também não é outra.

Não há definição do responsável subsidiário trabalhista como substituto tributário ou devedor solidário das contribuições sociais. O legislador, quando quis, estabeleceu a responsabilidade do tomador de serviços pelos créditos previdenciários devidos pelo empregador, como no caso do dono da obra (art. 30, VI da Lei n. 8.212/1991), no caso de empresa temporária em sua falência (art. 16 da Lei n. 6.019/1974) e recentemente em caso de contratação de trabalhador avulso como disposto na Lei n. 12.023/2009, em seu art. 8º:

Art. 8º As empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são

responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato.

A afirmação por vezes feita para justificar a cobrança do responsável subsidiário trabalhista, de que o acessório segue o principal é equívoca. A relação tributária não é acessória da trabalhista, nem decorre necessariamente dela. No direito tributário, aplica-se o princípio do *non olet*, ou seja, prescinde a relação jurídica tributária, no que se refere ao fato gerador, do campo da validade. Mesmo relações jurídicas absolutamente nulas no campo do direito do trabalho (como vínculo com a Administração Pública sem concurso) geram obrigações no campo tributário.

A questão do fato gerador do tributo ter ocorrido dentro de uma relação trabalhista não revela a sua natureza jurídica. Não se trata de crédito trabalhista a exação devida ao fisco.

4. Conclusão

No direito tributário, aplicam-se os princípios da legalidade estrita e da tipicidade.

A tipicidade tributária se assemelha à penal. Não há espaço para inclusão pelo intérprete

de elementos tributários não expressamente previstos no ordenamento jurídico, em especial quanto ao sujeito passivo.

O responsável trabalhista subsidiário não é responsável tributário pelo crédito fiscal devido pelo empregador.

As interpretações histórica e sistemática do ordenamento jurídico revelam que o legislador não coloca o tomador de serviços pelos créditos fiscais decorrentes da relação de emprego, mas sim dos créditos devidos pela prestação de serviço do empregador ao tomador (quanto ao objeto do contrato entre ambos).

5. Referências bibliográficas

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Novo manual de direito financeiro e direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Yonne Dolácio de. *A tipicidade no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Integração no direito tributário*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3103>>.

RAPOSO, Gustavo de Resende. *Responsabilidade subsidiária trabalhista*. Impossibilidade de exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pelo empregador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1710, 7 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11027>>.

Benefícios acidentários e procedimento administrativo

Francisco Rossal de Araújo^(*) e Fernando Rubin^(**)

Resumo:

- ▶ Diante da grande quantidade de processos judiciais em que se discute aspectos acidentários de um problema de saúde incapacitante, procurar-se-á, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, desenvolver estudo dos benefícios acidentários e do serviço de reabilitação profissional, com ênfase nas peculiaridades do procedimento administrativo de requerimento de tais prestações.

Palavras-chave:

- ▶ Acidentes de trabalho — benefícios acidentários — reabilitação profissional — procedimento administrativo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da ocorrência do infortúnio laborativo
- ▶ 3. Do necessário requerimento administrativo do auxílio-doença
- ▶ 4. Das características peculiares do auxílio-doença
- ▶ 5. Da hipótese de percepção do auxílio-acidente
- ▶ 6. Da hipótese de percepção da aposentadoria por invalidez acidentária
- ▶ 7. Da circunstância de perda da qualidade de segurado do trabalhador
- ▶ 8. Das impropriedades na análise administrativa de concessão ou manutenção de benefícios acidentários
- ▶ 9. Da passagem do segurado pelo Centro de Reabilitação Profissional
- ▶ 10. Síntese conclusiva
- ▶ 11. Apêndice: a relação entre a estrutura administrativa do INSS e o número de demandas judiciais.
- ▶ 12. Referências bibliográficas

(*) Mestre em direito público pela UFRGS. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade Pompeu Fabra-Barcelona-Espanha. Professor da UFRGS e colaborador do Centro de Estudos Trabalhistas (CETRA/RS). Juiz do Trabalho – TRT4ª Região.

(**) Mestre em processo civil pela UFRGS. Professor do UNIRITTER e colaborador do Centro de Estudos Trabalhistas (CETRA/RS). Professor pesquisador do Mérito Estudos – Porto Alegre. Advogado no Rio Grande do Sul.

1. Introdução

Estudo dos processos e procedimentos relacionados a acidentes de trabalho deve ser iniciado pela análise da estrutura administrativa de requerimento dos benefícios previstos em lei.

Isto porque muitas das provas utilizadas em processos contra a empresa empregadora, as seguradoras privadas e o próprio órgão previdenciário decorrem de informações documentais vindas do procedimento administrativo — levando-se, inclusive, em conta que especialmente para a demanda acidentária contra o INSS pode-se fazer imprescindível a negativa da solicitação na via administrativa.

Eis a razão do estudo que se projeta nas linhas seguintes, em que devem ser apresentadas as hipóteses de percepção dos benefícios acidentários (auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez), o momento de utilização de serviço da Previdência Social denominado Reabilitação Profissional e as circunstâncias em que passa a ser viável o ingresso judicial para requerimento de prestação vinculada à perda de capacidade laboral do obreiro.

2. Da ocorrência do infortúnio laborativo

Ocorrendo um acidente no trabalho (acidente típico, doença ocupacional) ou no trajeto para o trabalho (acidente *in itinere*) é possível que o trabalhador (celetista⁽¹⁾) necessite de um maior período de afastamento para recuperação adequada do quadro infortunistico⁽²⁾.

Nesse caso, deverá permanecer afastado de suas atividades habituais por mais de quinze dias — pequeno período esse em que cabe ao

empregador o ônus de arcar com a remuneração do obreiro, mesmo que não haja prestação de serviço⁽³⁾. A partir do 16º dia de afastamento, cabe ao órgão previdenciário (INSS) conceder benefício acidentário ao empregado lesionado, realizando perícias de rotina para avaliar o desenvolvimento do quadro clínico e as perspectivas de retorno do acidentado ao mercado de trabalho, para a prática da mesma atividade profissional ou para outra compatível com as suas atuais limitações funcionais⁽⁴⁾.

Permanecendo o obreiro por mais de quinze dias afastado do trabalho, será determinada pelo INSS a concessão de um benefício provisório — o auxílio-doença; sendo realmente improvável que se faça a opção imediata pela concessão de um benefício de natureza definitiva — o auxílio-acidente ou até mesmo a aposentadoria por invalidez. Em casos acidentários mais graves, é de praxe a concessão pelo INSS de certo período para análise das peculiaridades do problema de saúde (quando mantido o segurado em benefício provisório), para um posterior encaminhamento da melhor solução definitiva (quando então cogitada a possibilidade de transformação do benefício provisório em definitivo).

3. Do necessário requerimento administrativo do auxílio-doença

O requerimento de benefício acidentário a partir do 16º dia de afastamento deve ser feito junto à agência do INSS, sendo comum que o empregador tenha estrutura interna capaz de intermediar a relação entre o segurado e o órgão previdenciário. Não é possível qualquer

(1) O empregado celetista é, sem dúvida, o grande segurado obrigatório protegido contra acidentes de trabalho; mas também o trabalhador avulso e o segurado especial são segurados obrigatórios do sistema que podem obter a benesse acidentária.

(2) Histórico e apresentação de dados estatísticos atuais sobre as diversas espécies de “agressões por acidentes de trabalho” podem ser consultadas em: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 215-224.

(3) Hipótese tradicional de interrupção do contrato de trabalho, em que não há trabalho pelo empregado, mas permanece o dever de pagar salário pelo empregador.

(4) Hipótese tradicional de suspensão do contrato de trabalho, em que não há trabalho pelo empregado e não há pagamento de salário pelo empregador. Sobre interrupção e suspensão do contrato de trabalho e as aludidas hipóteses acidentárias vinculadas ao direito previdenciário, consultar: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 523-536.

participação do Poder Judiciário em estágio anterior à negativa de benefício na via administrativa, por ausência de lesão a direito, devendo ser oportunizado que a perícia, a cargo dos médicos do INSS, avalie primeiramente a condição de saúde do trabalhador e se manifeste sobre os dois grandes objetos de questionamento: a extensão da incapacidade contemporânea (concluindo se o segurado está ou não inapto para o trabalho ao tempo da perícia) e o nexo causal (concluindo se o problema de saúde está ou não realmente vinculado ao trabalho). A partir daí, existindo inconformidade do segurado com a decisão administrativa tomada, poder-se-ia admitir o ingresso na via judicial para discussão de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF/88), mesmo sem o exaurimento das instâncias recursais administrativas (Súmula STJ n. 89⁽⁵⁾).

4. Das características peculiares do auxílio-doença

O benefício acidentário a ser requerido junto ao órgão previdenciário vem previsto na Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/1991) no art. 59, *in verbis*: “o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.”

Trata-se de benefício provisório, concedido por prazo indeterminado, mantido até que seja formada conclusão segura sobre a estabilização do quadro infortunistico. É um benefício que substitui a renda do trabalhador, tendo renda mensal inicial (RMI) de 91% do salário-benefício, razão pela qual se percebe, nesse momento, proventos um pouco abaixo daquela auferida “na ativa”. Em sendo acidentário, o auxílio-doença leva do sistema o código 91, sendo usualmente conhecido como “B91”; diferenciando-se assim do benefício de natureza não

acidentária (*rectius*: natureza previdenciária), o qual leva do sistema o código 31, sendo usualmente conhecido como “B31”.

O empregado conhecedor dos seus direitos sabe, desde esse momento de requerimento administrativo de benefício, quais são as importantes diferenças entre um “B91” e um “B31”, e que motivam o pedido expresso para que haja a concessão do primeiro, a partir do reconhecimento da natureza acidentária do benefício provisório pleiteado. Ocorre que somente o auxílio-doença acidentário (“B91”) confere um ano de estabilidade ao obreiro após retorno deste ao ambiente de trabalho, bem como somente o auxílio-doença acidentário (“B91”) obriga o empregador a efetuar o depósito do FGTS na conta do empregado pelo período que o mesmo se mantenha vinculado ao órgão previdenciário⁽⁶⁾.

Esses dois grandes resultados autorizam que se recorra administrativamente ou se ingresse judicialmente, de imediato, tão somente para conversão do benefício provisório previdenciário em acidentário, já que mesmo que a perícia administrativa acabe por reconhecer a extensão da incapacidade (a “inaptidão”), se não reconhece a natureza acidentária da benesse (o “acidente de trabalho”), passa a trazer prejuízo de alguma ordem significativa ao empregado/segurado⁽⁷⁾, o que pode possibilitar, por si só, o ingresso com demanda judicial⁽⁸⁾.

(5) STJ Súmula n. 89 – 21.10.1993 – DJ 26.10.1993. *Ação Acidentária – Via Administrativa*: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa.”

(6) As aludidas vantagens estão previstas, respectivamente, no art. 118 da Lei n. 8.213/1991 e no art. 15, § 5º da Lei n. 8.036/1990.

(7) Nessa hipótese, de discussão exclusiva da natureza acidentária do benefício concedido, a interposição de recurso na via administrativa é uma mera faculdade e não uma obrigação imposta ao segurado, que perfeitamente já poderia então acessar o judiciário — justamente em face do teor da Súmula STJ n. 89.

(8) Nesse sentir: “APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. INSS. CONVERSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO EM AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL COMPROVADO. INTERESSE DE AGIR DO POSTULANTE. 1. Verificando-se que somente os benefícios de natureza acidentária conferem ao segurado a garantia de emprego, conforem disposto no art. 118, da Lei n. 8.213/1991,

5. Da hipótese de percepção do auxílio-acidente

Diversamente do auxílio-doença, o auxílio-acidente é benefício definitivo do sistema, concedido quando formada convicção de que a lesão acidentária é irreversível e irá trazer prejuízo definitivo ao obreiro, representando déficit funcional significativo, que embora não o impeça de desenvolver atividade laboral, é suficiente para diferenciá-lo de outro trabalhador sem qualquer tipo de sequela. É benefício concedido em caso de reconhecimento de invalidez parcial do trabalhador para as atividades habituais que exercia antes do evento infortúnico, estando previsto no art. 86 da Lei n. 8.213/1991, *in verbis*: “o auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.”

Trata-se de benefício definitivo, concedido a partir da alta do benefício provisório (auxílio-doença) — nunca cumulável com este —, de natureza indenizatória, com renda mensal inicial (RMI) de 50% salário-benefício. O auxílio-acidente é benefício que não substitui a renda do trabalhador, mas sim complementa a renda, podendo ser cumulado com a remuneração paga pelo empregador ao tempo de retorno do obreiro ao mercado de trabalho. Justifica-se pelo fato de o trabalhador acidentado, com incapacidade parcial para o trabalho, não ter condições de obter o mesmo rendimento/produtividade que teria caso sua capacidade de trabalho estivesse plena. Por tais razões,

não há falar em ausência de interesse de agir ao ser pleiteada a conversão do benefício de natureza previdenciária em acidentária. 2. Comprovado o nexo causal entre a atividade funcional desenvolvida pelo autor e a moléstia que gerou o pagamento de benefício pelo INSS, mostra-se adequada à conversão do auxílio-doença previdenciário em auxílio-doença acidentário (...). PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.” (Apelação e Reexame Necessário n. 70035651082, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, julgado em 8.7.2010)

menção-se com frequência que tal benesse é uma espécie de indenização do sistema previdenciário, que perdura até o momento em que o empregado venha a perceber a sua aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (deixando em definitivo o mercado de trabalho)⁽⁹⁾.

O auxílio-acidente como benefício por incapacidade que é, pode ter a sua natureza acidentária ou previdenciária: no primeiro caso leva do sistema o código 94, sendo usualmente conhecido como “B94”; diferenciando-se assim do benefício de natureza não acidentária (*rectius*: natureza previdenciária), o qual leva do sistema o código 36, sendo usualmente conhecido como “B36”. Se o trabalhador se afasta do trabalho em razão de um acidente de trabalho típico grave (perda de segmento da mão, por exemplo), normalmente deve requerer na via administrativa o benefício provisório (auxílio-doença) e após a verificação da consolidação do quadro, pode ter reconhecido pelo INSS a redução de sua capacidade de trabalho com a transformação do benefício provisório auxílio-doença acidentário (“B91”) no benefício definitivo auxílio-acidente acidentário (“B94”).

No entanto, nota-se certa resistência do órgão previdenciário em determinar administrativamente a concessão do benefício definitivo (auxílio-acidente), a partir da alta do anterior benefício provisório (auxílio-doença), o que acarreta na injusta situação do trabalhador, com déficit funcional permanente, ser devolvido ao mercado de trabalho sem qualquer contrapartida do sistema, como se estivesse 100% apto para todo e qualquer labor. Certamente, tal medida vem incrementada pela falta de uma melhor estrutura do INSS para análise de todos os casos, principalmente em razão do grande número de segurados lesionados que ingressam em benefício acidentário todos os dias. Tal situação gera uma quantidade enorme

(9) Tal é a previsão do nosso sistema previdenciário contemporâneo, a partir de modificação do teor do § 1º do art. 86 da Lei n. 8.213/1991, em face da publicação da Lei n. 9.528/1997.

de demandas judiciais, em que o trabalhador busca o legítimo benefício de caráter indenizatório (auxílio-acidente), que poderia com tranquilidade ter sido deferido na via administrativa⁽¹⁰⁾.

Esta realidade determina que não seja exigida para o benefício definitivo (auxílio-acidente) a mesma formalidade exigida para o benefício provisório (auxílio-doença), qual seja, o prévio requerimento administrativo. A jurisprudência dos tribunais pátrios entende que, sendo notória a resistência do órgão previdenciário na concessão administrativa do benefício definitivo, o requerimento do auxílio-acidente pode ser feito imediatamente perante o poder judiciário⁽¹¹⁾. Tal circunstância é atenuada pelo fato de que o INSS deveria já ter tido a oportunidade para encaminhar administrativamente uma solução definitiva, e pelo fato de que judicialmente se fará necessária uma perícia oficial para fins de confirmação da invalidez parcial.

6. Da hipótese de percepção da aposentadoria por invalidez acidentária

Ainda em termos de benefício acidentário, devemos tecer algumas linhas sobre a aposentadoria por invalidez, benefício concedido em

casos extremamente graves, quando formada convicção de que a lesão é irreversível e irá trazer prejuízo definitivo ao obreiro, representando déficit funcional total, que o impede de retornar ao mercado de trabalho. É benefício concedido em caso de reconhecimento de invalidez total, conforme previsão do art. 42 da Lei n. 8.213/1991, *in verbis*: “a aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.”

A aposentadoria por invalidez também, como benefício por incapacidade que é, pode ter a sua natureza acidentária ou previdenciária: no primeiro caso, leva do sistema o código 92, sendo usualmente conhecido como “B92”; diferenciando-se assim do benefício de natureza não acidentária (*rectius*: natureza previdenciária), o qual leva do sistema o código 32, sendo usualmente conhecido como “B32”. Se o trabalhador se afasta do trabalho em razão de uma doença ocupacional gravíssima (quadro crônico de LER/DORT c/c quadro de DEPRESSÃO CORRELATA, por ex.), normalmente deve requerer na via administrativa o benefício provisório (auxílio-doença) e após conclusão técnica a respeito da consolidação do quadro pode ter reconhecido pelo INSS a redução total de sua capacidade de trabalho com a transformação do benefício provisório auxílio-doença acidentário (“B91”) no benefício definitivo aposentadoria por invalidez acidentária (“B92”).

Importante o registro de que tanto o benefício provisório auxílio-doença acidentário (“B91”) como o benefício definitivo aposentadoria por invalidez acidentária (“B92”) não possuem prazo de carência, podendo ser requeridos a qualquer tempo junto ao INSS; diversamente dos benefícios respectivos de natureza não acidentária (*rectius*: natureza previdenciária) que possuem prazo de carência de doze meses⁽¹²⁾.

(10) A própria legislação, ao que parece, e mesmo de modo não exaustivo, tentou dar subsídios ao órgão previdenciário para administrativamente já conceder o benefício auxílio-acidente, quando devido — o Anexo III do Decreto n. 3.048/1999 arrola as principais situações que dão direito à benesse, conforme bem explica: VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 545-553.

(11) Nesse sentir: “APELAÇÃO CÍVEL. INSS. AÇÃO ACIDENTÁRIA. PROCESSO CIVIL. PRELIMINARES. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Não prospera a preliminar de falta interesse de agir sob argumento de ausência do esgotamento da via administrativa, pois iterativa a jurisprudência que entende prescindível de prévio pedido administrativo, como requisito do pedido do auxílio-acidente. Precedentes (...). DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, CONFIRMANDO A SENTENÇA QUANTO AOS DEMAIS CAPÍTULOS EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME.” (Apelação Cível n. 70035324623, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 21.7.2010)

(12) A carência para os benefícios previdenciários por incapacidade vem prevista no art. 25, I da Lei n. 8.213/1991,

Da mesma forma, podemos dizer que há similitude entre os benefícios — auxílio-doença e aposentadoria por invalidez — no que toca à possibilidade de retorno imediato ao mercado de trabalho à medida que ocorre a recuperação da capacidade laborativa. No caso de aposentadoria por invalidez, a hipótese é mais rara, já que se houve concessão do benefício definitivo presume-se que o caso é realmente diferenciado e deverá, por regra, determinar o afastamento permanente do trabalhador de sua rotina laboral; mas não se pode esquecer que o sistema prevê a situação excepcional de, a qualquer tempo, o segurado recuperar a capacidade de trabalho — o que pode ser provado por perícia de rotina encaminhada pelo INSS⁽¹³⁾ ou mesmo por manifestação expressa/unilateral do próprio segurado⁽¹⁴⁾ — com o consequente retorno do obreiro as suas anteriores atividades profissionais⁽¹⁵⁾.

Por fim, a mesma (ou até maior) resistência do órgão previdenciário para concessão do benefício auxílio-acidente se nota na hipótese de aposentadoria por invalidez. Assim, sendo notória a resistência do órgão previdenciário na concessão administrativa desse outro benefício definitivo, o requerimento de aposentadoria por invalidez acidentária pode ser feito imediatamente perante o poder judiciário. E mesmo

enquanto que a regra em torno dos benefícios acidentários vem insculpida no art. 26, II da mesma norma infraconstitucional.

- (13) As perícias de rotina para reavaliação do quadro clínico incapacitante, tanto para o auxílio-doença como para a aposentadoria por invalidez, vêm previstas respectivamente, mas em termos semelhantes, nos arts. 77 e 46 do Decreto n. 3.048/1999.
- (14) Os arts. 47 e 48 do Decreto n. 3.048/1999 apontam para as hipóteses de o obreiro: a) se julgar apto para retornar à atividade profissional, quando deve passar por avaliação pericial no INSS; b) retornar voluntariamente à atividade profissional, quando terá sua aposentadoria cessada a partir da data do retorno.
- (15) As observações lançadas no parágrafo possuem uma razão especial — para o direito do trabalho, as hipóteses de manutenção em benefício auxílio-doença e aposentadoria por invalidez são tratadas conjuntamente, como causas de suspensão do contrato de trabalho, conforme transcreve: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 339-343.

porque será determinada a realização de perícia judicial para fixação da real extensão do quadro limitante, não raro é formulado pelo procurador do empregado/segurado pedido alternativo para concessão do benefício definitivo que melhor restar comprovado ao longo da instrução (auxílio-acidente — em caso de invalidez parcial, ou aposentadoria por invalidez — em caso de invalidez total).

7. Da circunstância de perda da qualidade de segurado do trabalhador

Tópico por demais relevante no estudo do benefício acidentário e seu requerimento administrativo é a da perda da qualidade de segurado.

Isto porque, muitas vezes, o segurado tem indeferido benefício acidentário pelo INSS não por razão propriamente médica/clínica, mas sim supostamente por razão de ordem formal/burocrática, embora esteja visivelmente incapacitado em razão de problema de saúde ocupacional.

Pode ocorrer de o trabalhador sofrer um acidente de trabalho e não pleitear junto ao INSS, àquele tempo, o seu legítimo benefício de natureza acidentária. Posteriormente, desempregado e sem melhores perspectivas, decide investigar melhor os seus direitos e então recorre ao sistema previdenciário, momento em que é informado que não pode receber qualquer benefício previdenciário em razão do fato de não manter mais vínculo com o sistema previdenciário.

Mesmo que se admita que no momento do requerimento do benefício acidentário não há mais o vínculo entre o segurado e o INSS — em razão da descontinuidade de contribuições previdenciárias pelo segurado e do término do período de graça (período provisório em que o obreiro mantém a qualidade de segurado mesmo sem contribuir mensalmente ao sistema) — o que realmente interessa é se havia o aludido vínculo jurídico ao tempo da ocorrência do evento infortunistico.

É nesse momento — qual seja, do “sinistro” — que deve ser feita a investigação a respeito da qualidade ou eventual perda da qualidade de segurado do trabalhador; e não ao tempo do pedido administrativo. Adota-se esta postura para privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que é comum que, por ignorância, o cidadão acidentado demore a procurar o seu direito, precisando ter uma espécie de tolerância e sensibilidade do sistema previdenciário.

Nesse sentido, leciona Hertz J. Costa ao narrar que “a massa trabalhadora é composta, normalmente, de pessoas extremamente humildes, de culturas rudimentares, desinformadas e que apenas quando se acham desempregadas, passando privações e portanto incapacidade, saem à busca dos direitos (...). Justificar que a Previdência Social se livre do pagamento das prestações acidentárias, nas circunstâncias apontadas, só porque transposto o período de graça, significaria negar os preceitos inscritos no art. 5º, XXXVI e 7º, XXVIII, Constituição Federal, ao lado de considerar-se comportamento iníquo, pois deixa ao desamparo o trabalhador comprometido física e psiquicamente”⁽¹⁶⁾.

Ademais, vale o registro, há entendimento jurisprudencial de que mantém a qualidade de segurado aquele que deixou de exercer atividade laboral em razão da incapacidade que deu causa ao afastamento, mesmo que momentaneamente não esteja efetivamente em gozo de benefício auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, conforme se trate de invalidez

temporária ou definitiva⁽¹⁷⁾. Ou seja, se a cessação das contribuições ao sistema decorre do acometimento de doença ocupacional que retira a capacidade laborativa do trabalhador, mantém-se a qualidade do segurado, porquanto a perda da condição de labor enseja a proteção previdenciária⁽¹⁸⁾.

8. Das impropriedades na análise administrativa de concessão ou manutenção de benefícios acidentários

Tratando de certas ilegalidades/abusividades cometidas pelo órgão previdenciário quando da análise administrativa de concessão ou manutenção de benefício acidentário, necessário que se mencionem duas situações: a) desrespeito da presunção do nexa técnico epidemiológico; e b) determinação de altas médicas programadas.

A existência do Nexa Técnico Epidemiológico (NTEP), incrementada a partir da Lei n. 11.430, que instituiu o art. 21-A na Lei n. 8.213/1991, criou a figura da presunção legal a respeito da relação entre a moléstia e o trabalho desenvolvido, sendo forjada, pelos dados estatísticos e científicos existentes, a presunção relativa, por ex., de que bancário com problemas ortopédicos possui quadro ocupacional de LER/DORT. Eis o espaço próprio para o reconhecimento pelo INSS das doenças profissionais, assim entendidas como as doenças que decorrem diretamente dos riscos próprios da atividade profissional do obreiro.

Tal inovação legal permitiu que o INSS concedesse benefício acidentário mesmo que o empregado não estivesse em posse da CAT

(16) COSTA, Hertz J. *Acidentes de trabalho na atualidade*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 203-205. Observe-se, ainda nessa conjectura, a verídica exposição de Irineu e William Pedrotti: “o nosso povo é humilde, trabalhador e o segurado sempre foi carecedor de uma educação regular da lei de acidentes de trabalho, tanto que em determinados centros os Sindicatos de classe chamam para si, através dos Departamentos Jurídicos, a responsabilidade da representação do segurado filiado, suprimindo-lhe a deficiência técnica.” (PEDROTTI, Irineu A.; PEDROTTI, William A. *Acidentes do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2003. p. 220).

(17) Consultar a respeito: BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSI, William. *Direito previdenciário na visão dos tribunais*. São Paulo: Método, 2009. p. 188-190.

(18) Dentre os paradigmas jurisprudenciais analisados, cabe destaque: TRF4, AC n. 2007.71.99.006645-8/RS, Rel. Des. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, Turma Suplementar, j. em 24.10.2007; TRF1, AC n. 200138000154546, Rel. Juiz Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, j. em 10.3.2008.

(Comunicação de Acidente de Trabalho), situação absolutamente inviável antes da criação do NTEP. Também se verificava muito, nas perícias administrativas, a concessão de benefício acidentário tão só a partir da emissão de CAT pela empresa, sendo desconsiderada a legitimidade de outros agentes, como o sindicato, na emissão do documento formal; situação que diminuiu nitidamente a partir da mudança legal de 2006, a qual sensivelmente facilitou a caracterização da doença ocupacional no país.

Mesmo assim, algumas malfadadas recordações do passado ainda se fazem presentes nas agências da autarquia federal, embora felizmente em número bem menor. O NTEP, ao que parece, veio para ficar, sendo pequenos os casos de desrespeito à presunção por ele criada, em que o INSS insiste em conceder benefício não acidentário ao trabalhador que se encaixa no perfil descrito.

De qualquer forma, faz-se importante o registro, a presunção “pró-operário” instituída pelo NTEP não é absoluta (presunção *juris tantum* — que admite prova em contrário⁽¹⁹⁾); podendo a empresa contestar o nexo causal (presumido) junto ao próprio INSS. Neste julgamento administrativo, a referida autarquia federal, se for o caso, poderá descaracterizar a natureza acidentária do benefício concedido, situação que obviamente traz vantagens à empresa, especialmente interessada em afastar, desde o princípio, uma prova de relação sua com o evento infortunistico (que poderia eventualmente determinar sua responsabilização civil em ulterior ação de reparação de danos, e mesmo em uma ação regressiva ajuizada pelo próprio órgão previdenciário).

Em linguagem técnica previdenciária, a empresa apresentará pedido de contestação ao nexo causal para que o benefício acidentário seja transformado em não acidentário (*rectius*: previdenciário). Deverá a empresa justificar a

não aplicação do nexo técnico epidemiológico, ao caso concreto, quando dispuser de dados e informações que demonstrem que os agravos não possuem nexo técnico com o trabalho exercido pelo trabalhador, sob pena de não conhecimento da alegação em instância administrativa. Uma vez apresentada contestação ao NTEP pelo empregador e sendo admitida preliminarmente pelo INSS o teor da manifestação, o empregado terá direito a acesso a todas as informações e documentos juntados a fim de que possa se defender no prazo de dez dias, sendo na sequência proferida decisão pelo órgão previdenciário — da qual cabe recurso administrativo por quaisquer das partes envolvidas.

Já no que toca à determinação de altas médicas programadas, é de se dizer que tal foi a forma encontrada pelo sistema previdenciário para gerenciamento da prorrogação de benefícios por incapacidade. Embora haja questionamento judicial quanto à legalidade do procedimento adotado pelo órgão previdenciário⁽²⁰⁾, certo é que o procedimento vem

(19) A respeito, pode-se consultar obra mais específica: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Prova e contraprova do nexo epidemiológico*. São Paulo: LTR, 2008.

(20) Segue parte de decisão judicial, que reconhece a ilegalidade do procedimento administrativo de concessão de alta médica programada: “(...) DO MÉRITO. Nessa seara, não é razoável a fixação de prazo para a fruição do benefício auxílio-doença, sob pena de se pôr em risco a sobrevivência dos beneficiários e a de suas famílias, tanto que os arts. 59 e 60 da Lei n. 8.213/91 assim determina: No mesmo passo, assim determina o art. 78 do Decreto n. 3.048/99, que regulamenta as Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91: Assim, para que o auxílio-doença seja suspenso ou cesse, deve ser verificado se o beneficiário encontra-se capacitado para o trabalho, através da devida perícia, o que cumpre ao INSS de forma contundente e não por mera presunção. Sob outro ângulo, não prospera o argumento de que o segurado pode solicitar exame médico-pericial se não estiver apto para o trabalho ao término do prazo de duração do auxílio-doença, tendo em vista que é dever da Autarquia Previdenciária convocar o segurado para a submissão ao exame, e não o contrário. Posto isso, concedo a tutela antecipada requerida para determinar ao réu que cesse a prática ilegal denominada de “Data de Cessação de Benefício DCB — ou de “Alta Programada”, prevista no Decreto n. 5.844/06, não suspendendo os benefícios previdenciários do auxílio-doença antes da constatação do efetivo fim da incapacidade laborativa do segurado beneficiário, através do agendamento de nova perícia

sendo nacionalmente mantido, ancorado na Instrução Normativa INSS/PRES n. 31, de 10 de setembro de 2008.

Tal sistemática envolve a manutenção de benefício por incapacidade com imediata previsão de data futura para cessação do benefício (fixação do DCB — Data de Cessação de Benefício). O segurado faz hoje perícia que reconhece a incapacidade, e já sabe de pronto que teve prorrogado seu benefício por mais um número exato de meses, sendo que se ainda estiver incapacitado naquela data futura, deve ele (segurado) ter a iniciativa de procurar novamente o INSS para uma nova tentativa de manutenção do benefício.

Essa situação coloca sempre o segurado em uma situação de constante pressão e angústia, já que mesmo absolutamente incapacitado não tem o direito de permanecer por prazo indeterminado em benefício, até que recupere adequadamente a sua capacidade laborativa. Já é determinada, então, pelo INSS uma data futura e certa em que o obreiro terá supostamente recuperado sua capacidade de trabalho, cabendo ao mesmo provar a manutenção do problema de saúde, em perícia que deva agendar previamente, sob pena de suspensão imediata do benefício de caráter alimentar.

A sistemática interna do INSS prevê que dentro de quinze dias da data prevista para cessação do benefício por incapacidade o segurado entre em contato com a agência previdenciária para fins de agendamento de nova perícia, em que será analisado seu Pedido de

Prorrogação (PP). Caso negado esse pedido, o segurado tem direito a novo recurso, agora um Pedido de Reconsideração da decisão tomada pelo perito da autarquia federal (PR), o qual deverá ser interposto em até 30 dias da ciência do resultado negativo do Pedido de Prorrogação. Em caso de nova negativa, há possibilidade de recurso administrativo para a Junta de Recursos (JRPS) do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

Todo esse procedimento melindroso, levado a cabo pelo INSS, não teria maiores repercussões ao segurado (que efetivamente incapacitado, deve se apresentar junto ao órgão previdenciário para fins de demonstrar a sua incapacidade laboral atual), caso a perícia agendada para análise de PP e PR fosse completa e adequada, sendo apresentados dados objetivos e bem fundamentados das decisões a serem tomadas, para bem ou para mal.

Na prática, embora venham sendo feitos ajustes nesses procedimentos médicos para a reavaliação das altas médicas programadas, ainda muitas perícias de PP e PR são sumárias, sendo negada a continuidade de benefício sem dados concretos e claros dos resultados dos exames médicos encaminhados pelo segurado à perícia. Todo esse cenário de desgaste na via administrativa acaba repercutindo fatalmente em número maior de demandas judiciais com pedido de antecipação de tutela, cujo objeto é o de restabelecimento liminar do benefício de caráter alimentar, com base na urgência do pleito e nas provas indiciárias de sumariedade da avaliação médica previdenciária, a qual não detectou um problema de saúde que, a toda evidência, se apresentava bem demonstrado documentalmente pelo segurado.

Diga-se, por derradeiro, que em sendo consagrada, no Brasil, a desnecessidade de exaurimento da via administrativa (Súmula n. 89 STJ), o segurado tem a possibilidade de ingressar com medida judicial, com pedido liminar, inclusive, logo após uma resposta negativa do Pedido de Prorrogação (PP), não sendo crível se exigir

médica, nos casos existentes nas suas agências e postos situados nos Estados integrantes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, impondo a multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais reais) caso haja descumprimento ainda que parcial desta decisão. Intime-se o réu para cumprir esta decisão, citando-o, em seguida, para responder a ação, no prazo legal. Aracaju, 5 de fevereiro de 2009. Juiz Edmilson da Silva Pimenta." (Seção Judiciária do Estado de Sergipe. Processo n. 2008.85.00.002633-8. Ação Civil Pública: 2008.85.00.002633-8. Partes: Autor: Defensoria Pública da União. Réus: Instituto Nacional do Seguro Social).

do segurado, ao pleitear a urgente manutenção de benefício de caráter alimentar, que aguardasse por prazo indefinido pela resposta da autarquia federal de Pedido de Reconsideração (PR) ou mesmo recurso à Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS).

Não pode o segurado, no entanto, ir ao Judiciário se o seu benefício está ativo ou se foi determinada data de cessação do benefício, mas ainda não encaminhou o segurado o seu pedido de Pedido de Prorrogação (PP) ou não teve ainda realizada a perícia por profissional do INSS que aponte para a manutenção ou a suspensão do benefício de caráter alimentar⁽²¹⁾. Nessas hipóteses, ainda não há uma negativa administrativa (mínima) que justifique uma irresignação que mereça a pronta intervenção do Poder Judiciário.

9. Da passagem do segurado pelo Centro de Reabilitação Profissional

A passagem do segurado pelo Centro de Reabilitação Profissional do órgão previdenciário (CRP/INSS) é momento peculiar do acidentado dentro da estrutura administrativa da autarquia federal, razão pela qual devem ser efetuadas algumas observações em campo próprio.

A reabilitação profissional é serviço oferecido a todos os beneficiários do regime previdenciário (segurados e dependentes); podendo ser realizada no próprio ambiente de trabalho (a que estava o beneficiário vinculado antes da saída em benefício) ou mediante cursos/treinamentos formalizados pelo órgão previdenciário mediante acordos/convênios com qualificadas instituições ou empresas públicas.

Em caso de segurados que sofreram acidentes de trabalho, a reabilitação configura-se em

medida oportuna para que o obreiro possa retornar ao mercado de trabalho em função compatível com as suas limitações atuais. Trata-se de serviço que pode se encontrar diretamente vinculado aos benefícios por incapacidade, notadamente ao auxílio-doença. Ocorre que tão somente após certo tempo de gozo do aludido benefício provisório pelo segurado poderá o INSS concluir pela eventual necessidade de encaminhamento à reabilitação profissional antes que retorne ao mercado de trabalho.

É o que se pode deduzir da expressa disposição legal a respeito, contida no art. 62 da Lei n. 8.213/1991, *in verbis*: “o segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.” Por sua vez, o art. 137 do Decreto n. 3.048/1999, outro dispositivo relevante para a matéria, regula as funções básicas desenvolvidas no processo de reabilitação profissional de segurado: “I – avaliação do potencial laborativo; II – orientação e acompanhamento da programação profissional; III – articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e IV – acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.”

Por essa relativa complexidade do procedimento, percebe-se que o encaminhamento do segurado à reabilitação profissional não é uma situação corriqueira. A situação de praxe é a de o segurado permanecer “encostado” no INSS por um período suficiente para se recuperar de sua convalescência, retornando as suas atividades habituais, pelo que se conhece como “alta médica simples”. Em casos excepcionais em que o mero afastamento do

(21) Anota, de maneira geral, Monteiro e Bertagni que “a propositura da ação nessas hipóteses só se justifica se a autarquia permanecer por um tempo muito prolongado sem uma definição sobre o término do auxílio-doença (alta médica) ou aposentadoria”. (MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142).

labor, mesmo por períodos longos, não é suficiente para que o segurado readquira a plenitude de sua força laborativa — hipóteses em que há indícios da cronificação da lesão que determinou o afastamento para benefício provisório, fazendo-se necessário que o obreiro se “adapte” àquele déficit funcional para readquirir alguma condição de trabalho —, pode-se daí sim falar em reabilitação profissional.

Porém, mesmo que se entenda perfeitamente a excepcionalidade do encaminhamento do obreiro ao CRP, tem-se evidente no Brasil que o INSS não vem cumprindo a contento a determinação legal, não existindo uma clara orientação para que nas perícias de rotina, prorrogadoras de benefício auxílio-doença, se encaminhe à reabilitação profissional toda uma gama de segurados que se enquadra nas disposições do art. 62 da Lei n. 8.213/1991 c/c art. 137 do Decreto n. 3.048/1999.

Esse é mais um ponto em que o judiciário normalmente atua substituindo o desempenho deficitário do órgão previdenciário, ao passo que o INSS, em bom número de casos, não adota as medidas cabíveis tempestivamente, determinando o encaminhamento de segurados ao CRP/INSS no momento oportuno — mesmo em casos em que o segurado permanece por um longuíssimo período em benefício (às vezes, por quatro, cinco ou mais anos), só fazendo tratamento clínico e/ou fisioterápico, sem então um devido encaminhamento técnico pela estrutura previdenciária⁽²²⁾.

(22) Dentre outros arestos, pode-se colher da jurisprudência do Tribunal gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRABALHO. INSS. AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. LAUDO PERICIAL. Hipótese em que o nexo etiológico entre o acidente de trabalho e a lesão foi devidamente reconhecido pela Autarquia previdenciária. Por outro lado, a prova pericial evidenciou que o segurado está incapacitado para executar a sua função laboral, a qual exige o emprego de força física. Considerando que a prova técnica demonstrou que o segurado encontra-se incapacitado para executar as suas atividades habituais de trabalho, em decorrência de um típico acidente laboral, imperativo reconhecer o direito do segurado ao restabelecimento do auxílio-doença acidentário, de modo que o benefício é devido até o

O correto encaminhamento administrativo, nos termos da lei, seria então a determinação que segurados em benefício auxílio-doença com problemas de incapacidade mais graves fossem encaminhados à reabilitação, antes da alta de benefício e consequente retorno ao mercado de trabalho. Nesse momento, qual seja, o de determinação de alta de benefício ao final da reabilitação, caberia ainda ao órgão previdenciário confirmar se o segurado possui invalidez parcial que o prejudique na concorrência de emprego, quando então poderia determinar o pagamento do benefício auxílio-acidente.

A passagem do trabalhador pelo CRP deve ser encerrada mediante apresentação, pelo setor competente do órgão previdenciário, de um “certificado (individual) de conclusão”, cuja cópia é encaminhada à empresa empregadora; devendo o médico do trabalho da empresa estar atento a esse documento, quando do preenchimento do Atestado de Saúde Ocupacional (ASO) de retorno do empregado, para que, na prática, não haja piora ou recidiva do quadro clínico que determinou o afastamento originário.

Nesse documento (certificado), ficam registradas as atuais limitações funcionais do obreiro, sendo indicadas as atividades para as quais o obreiro estaria apto e as atividades para as quais estaria inapto; sem prejuízo do exercício, pelo trabalhador, de qualquer outra atividade para a qual se julgue capacitado ou venha posteriormente a se capacitar⁽²³⁾.

Toda a passagem pelo CRP deve restar devidamente documentada pelo INSS, sendo prévio ao aludido certificado de conclusão, as

momento em que o segurado seja submetido a processo de reabilitação profissional a cargo da Previdência Social e possa exercer atividade profissional compatível com as suas condições físicas, nos termos do art. 62, da Lei n. 8.213/1991 (...).” (Apelação e Reexame Necessário n. 70035347798, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 21.7.2010)

(23) A respeito, na doutrina: VILELA VIANNA, Cláudia Salles. *Previdência Social: custeio e benefícios*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 506-507.

análises periódicas dos progressos do segurado e as avaliações do seu potencial laborativo, do qual se extrairá valioso relatório denominado “Ficha de Avaliação do Potencial Laborativo” (FAPL).

Como é fácil agora de se concluir, a passagem pelo CRP, em que confeccionado o FAPL e principalmente o certificado (individual) de conclusão trazem uma rede de informações que esclarecem a real situação de invalidez (parcial) do obreiro, servindo, posteriormente, como meio de prova judicial (contra o INSS e mesmo contra a empresa empregadora), para comprovar a significância da lesão incapacitante, mormente quando não há pagamento pelo INSS de contraprestação (benefício) relacionada à demonstração do déficit funcional⁽²⁴⁾.

(24) Outro aresto, mais afeito ao contexto, pode-se colher da jurisprudência do Tribunal gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LAUDO PERICIAL. COMPLEMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. Na espécie, a prova técnica é robusta e consistente, especialmente porque não há nenhuma imprecisão no laudo pericial que justifique a complementação do trabalho técnico; pelo contrário, todos os pontos foram bem ponderados e se encontram devidamente apreciados. Assim, inexistem as divergências apontadas, não restando configurada nenhuma nulidade processual. AUXÍLIO-ACIDENTE. INSS. TENOSSINOVITE. LESÃO POR ESFORÇO REPETIVO. NEXO CAUSAL E REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA DEMONSTRADOS. Hipótese dos autos em que restou demonstrado pela análise sistemática do conjunto probatório que a segurada sofre de doença adquirida no exercício da sua atividade de trabalho. Desde a eclosão da moléstia, restaram sequelas que reduziram a capacidade de trabalho da obreira, mormente porque a própria avaliação médica da Autarquia previdenciária entendeu que a segurada deveria passar por um por processo de reabilitação profissional, pois para a sua atividade habitual de bancária foi considerada inabilitada. No caso concreto, os elementos de prova dos autos apontam, sem dúvida, para a existência de sequelas decorrentes de doença profissional que reduzem a capacidade de trabalho da segurada. Benefício devido (...). TERMO INICIAL: Início do benefício a contar do dia seguinte à cessação do auxílio-doença acidentário anteriormente concedido. REJEITADA A PRELIMINAR DO MP, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU, PROVERAM O RECURSO DA AUTORA E, DE OFÍCIO, DETERMINARAM A APLICAÇÃO DA LEI N. 11.960/2009. UNÂNIME.” (Apelação Cível n. 70030798011, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 28.10.2009)

Por fim, de acordo com a parte final do transcrito art. 62 da Lei n. 8.213/1991, é possível que a reabilitação profissional não seja devidamente encerrada, em razão das próprias limitações físicas e/ou psíquicas do segurado. Dito de outra forma: havia uma possibilidade e um interesse do retorno do obreiro ao mercado de trabalho (por parte do INSS e, muitas vezes, do próprio segurado), mas na prática a passagem pela reabilitação profissional indicou pela extrema dificuldade da missão. Nesse caso, em que verificada tentativa inexitosa (interrompida) do segurado pelo CRP/INSS, obviamente não deve ser emitido certificado (individual) de conclusão e o órgão previdenciário, constatando não ser recuperável a lesão incapacitante, deve encaminhar o segurado para concessão da aposentadoria por invalidez acidentária.

10. Síntese conclusiva

Em apertada síntese conclusiva, na esfera administrativa, o segurado portador de quadro incapacitante oriundo do trabalho pode requerer: a) a concessão/manutenção de benefício de caráter alimentar; b) o reconhecimento da natureza acidentária de um benefício concedido; c) ou, mesmo em caso de estar gozando de legítimo benefício de natureza acidentária, o encaminhamento a um centro de reabilitação profissional (CRP/INSS), quando se sentir em melhores condições de retorno ao mercado de trabalho, mas não a ponto de desenvolver as anteriores atividades profissionais com o mesmo ritmo e/ou a mesma desenvoltura.

Estabelecida, pois, a primeira ponte entre o segurado e o órgão previdenciário, em decorrência de um evento infortunistico, as oportunidades autorizadas pelo ordenamento acidentário pátrio, s. m. j., não são escassas, cabendo ao segurado pleitear os seus direitos na via administrativa; e não tendo resposta satisfatória da autarquia federal a qualquer um dos seus pleitos, deve requisitar a devida prova documental da negativa do requerimento — sem o qual o ingresso com demanda judicial carece de interesse, tendo em vista não haver

prova de que houve resistência expressa por parte da autarquia do Estado no atendimento da reivindicação do segurado.

Por outro lado, estando o segurado de posse da negativa administrativa de um pedido vinculado a benefício por incapacidade de natureza acidentária, mesmo sem o esaurimento dos recursos que podem ser interpostos junto às esferas internas do INSS, é razoável que se dê trâmite à demanda judicial, sendo requisitada eventualmente cópia integral do procedimento administrativo tão somente se o magistrado decidir pela necessidade.

Portanto, a cópia integral do procedimento administrativo não seria prova documental indispensável para o acesso ao Poder Judiciário, podendo ser requisitada pelo julgador ou mesmo juntada pelo INSS na peça defensiva inaugural. Tal observação justifica-se pela demora do INSS em dar uma resposta quanto à juntada de tais documentos, fato que, por certo, não pode impedir o cidadão de buscar imediatamente os seus direitos na via jurisdicional.

Em tempo, é de se reconhecer que o requerimento de cópia integral, formalizado junto à agência do INSS, retarda, em boa parte, em razão da grande quantidade de documentos que o integram — não só formulários confeccionados pelo próprio órgão previdenciário, mas também, e principalmente, documentos técnicos encaminhados pelo segurado (Comunicações de Acidentes de Trabalho — CATs, laudos médicos, atestados médicos, comprovantes de fisioterapia, dentre outros).

De qualquer forma, grande parte desses documentos, que se configuram em verdadeiros elementos para a investigação/caracterização da doença e do nexo causal em matéria acidentária⁽²⁵⁾, permanece em poder do segurado (ao menos cópias desses documentos), o que também

aponta para a desnecessidade de se aguardar a juntada integral do procedimento administrativo — ao passo que o segurado, colaborando para a mais rápida compreensão da problemática e solução do litígio, deve então apresentar ao Poder Judiciário imediatamente todos os documentos que estão em seu poder, os quais seriam juntados na petição inicial endereçada ao Juízo competente.

11. Apêndice: a relação entre a estrutura administrativa do INSS e o número de demandas judiciais

Encerrando este grande ponto, de análise das espécies de benefícios acidentários e a possibilidade de requerimento/concessão dos mesmos na via administrativa junto às agências do órgão previdenciário (INSS), necessário que façamos ainda algumas reflexões, mais detidas, sobre os problemas decorrentes de um não reconhecimento célere, pela autarquia federal, de um legítimo direito do trabalhador já na via administrativa — o que determina fatalmente o ingresso com demanda judicial e toda uma demora para o trânsito em julgado da decisão e ainda uma demora mais angustiante para a satisfação definitiva do crédito (via pagamento de precatório ou requisição de pequeno valor).

Por certo, a crise da celeridade no processo judicial não é fenômeno exclusivo do Brasil, asseverando, Owen Fiss que a *crise do overload do judiciário* é fenômeno mundial e que encontra suas raízes em problemas internos da estrutura estatal montada, não se podendo colocar como foco central da paralisia dos feitos a belicosidade crescente do cidadão (e o conseqüente aumento das demandas judiciais) — sendo mais adequado, diante do atual estágio da sociedade moderna (avançado e complexo), que tenhamos esse elemento mais como premissa, do contemporâneo momento cultural, do que propriamente como ponto a ser severamente combatido e reduzido⁽²⁶⁾.

(25) Remetemos o leitor a ensaio já publicado sobre esse ponto específico: RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco. Elementos para a investigação/caracterização do nexo causal e matéria acidentária. In: *Revista Justiça do Trabalho* (2010): 43/52. HS Editora, ano n. 27, n. 320.

(26) FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*.

Na Europa, destaca o jurista alemão Fritz Baur que, em geral, foi reconhecida a necessidade de promover primeiro, antes das reformas nos códigos, levantamentos exatos segundo princípios estatísticos, de economia de empresa e popular, sociológicos, para se identificar quais as reais razões da lentidão do judiciário — extraíndo-se daí que a dificuldade está em esfera superior àquela a ser resolvida pela exclusiva recomposição dos elementos da ciência do direito processual⁽²⁷⁾. No mesmo sentido, na Itália, Tarzia e Tesoriere enfatizam que as recentes pesquisas a respeito da excessiva demora do processo civil têm demonstrado que as mais gritantes deficiências são estranhas ao “código de rito”, passando antes pela “qualidade humana e material” dos operadores do Direito⁽²⁸⁾.

De qualquer forma, mesmo que se admita que o poder estatal, conhecedor dessa realidade, deveria estar mais interessado e (consequentemente) mais bem preparado para cumprir com os ditames constitucionais (de apreciar satisfatoriamente, e de maneira célere, qualquer lesão ou ameaça de direito), por certo, forçoso se reconhecer a existência de fatores que redundam em aumento significativo das demandas judiciais, como a, muitas vezes, inaceitável posição da Administração Direta e Indireta do Estado, que poderia sim estar mais focada para resolver um número maior de incidentes na via administrativa, evitando que direitos legítimos de trabalhadores tivessem que ser reconhecidos na via judicial, após melindroso e desgastante rito⁽²⁹⁾.

Coordenação de trad. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. p. 190.

- (27) BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. Trad. J. C. Barbosa Moreira. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 7 (1976): 57/68. Especialmente p. 67.
- (28) TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. Trad. de Clayton Maranhão. In: *Revista de Processo*, n. 79 (1995): 51/64. Especialmente p. 63; TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983. p. 168.
- (29) Maiores informações a respeito da problemática, consultar em: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica*

No que toca especificamente ao INSS, parece evidente que se a estrutura responsável pela concessão de benefícios (realização de perícias administrativas e encaminhamentos à reabilitação profissional) estivesse melhor equipada e disposta a resolver de maneira rápida e justa os imbróglis envolvendo os seus próprios segurados (lesionados), haveria um número muito menor de demandas judiciais em que se discute o reconhecimento da natureza acidentária de benefício, o restabelecimento de benefício auxílio-doença e/ou a concessão de um dos benefícios definitivos (auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez).

12. Referências Bibliográficas

- BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. Trad. J. C. Barbosa Moreira. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 7 (1976): 57/68.
- BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSI, William. *Direito previdenciário na visão dos tribunais*. São Paulo: Método, 2009.
- COSTA, Hertz J. *Acidentes de trabalho na atualidade*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação de trad. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Prova e contraprova do nexo epidemiológico*. São Paulo: LTr, 2008.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- PEDROTTI, Irineu A.; PEDROTTI, Willian A. *Acidentes do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LEUD, 2003.
- RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 237-241.

_____; ROSSAL, Francisco. Elementos para a investigação/caracterização do nexos causal e matéria acidentária. In: *Revista Justiça do Trabalho* (2010): 43/52, HS Editora.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. Trad. de Clayton Maranhão. In: *Revista de Processo*, n. 79 (1995): 51/64.

TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILELA VIANNA, Cláudia Salles. *Previdência Social: custeio e benefícios*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

Ainda o fato gerador da contribuição previdenciária extraída da sentença trabalhista

Levi Rosa Tomé^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo deste trabalho é demonstrar que o fato gerador da contribuição previdenciária extraída da sentença trabalhista, cuja competência executória pertence à Justiça do Trabalho, nos moldes traçados no art. 114, VIII, da atual Constituição Federal, haverá de ser considerado como sendo o momento do pagamento dos títulos trabalhistas ao obreiro, ou pelo menos o momento em que tais títulos sejam conhecidos e estejam quantificados — entendimento que deverá prevalecer, mesmo depois do advento da Lei n. 11.941/2009, que modificou a redação do art. 43 da Lei n. 8.212/1991.

Palavras-chave:

- ▶ Contribuição previdenciária — sentença trabalhista — fato gerador — pagamento.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Uma execução polêmica
- ▶ 2. A última alteração legislativa
- ▶ 3. A imperiosidade de se considerar o pagamento das verbas objeto da condenação trabalhista, ou pelo menos a sua quantificação, como marco delimitador da exigibilidade da contribuição previdenciária respectiva
- ▶ 4. A prevalência do mesmo entendimento, a despeito da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.941/2009
- ▶ 5. A contradição que confirma a tese aqui sustentada
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho em Ourinhos-SP.

1. Uma execução polêmica

Não é de hoje que a questão da contribuição previdenciária a ser executada em sede judicial trabalhista vem suscitando debates encarniçados, na maioria das vezes pouco proveitosos.

Não que seja desejo dos debatedores prosseguir nesse confronto sem-fim, cuja consequência maior e mais lamentável, diga-se, tem sido a perda de tempo no processo trabalhista, que deveria ter como características fundamentais a celeridade e o pragmatismo — hoje seriamen-te comprometidos por questões secundárias, como são essas envolvendo os créditos previdenciários.

E sim porque, ciclicamente, a própria premissa legal em torno da qual se digladiam os interessados se altera, trazendo mais confronto e mais insegurança jurídica; tornando o processo do trabalho cada vez mais moroso, mais oneroso e menos efetivo.

Com efeito, desde a primitiva redação do art. 43 da Lei n. 8.212/1991, quando se atribuía ao juiz do trabalho a mera responsabilidade para “determinar” o imediato recolhimento das importâncias devidas à seguridade social, decorrentes das sentenças que proferisse, até os dias atuais, quando se convive com uma exótica execução sem exequente, na qual o próprio juiz toma as dores do fisco⁽¹⁾, várias foram as alterações legislativas, todas no sentido de viabilizar a cobrança de contribuições previdenciárias na própria relação processual trabalhista, atendendo a interesse de terceiro — a União —, para isso pouco importando a técnica jurídica e, pior, desimportando, por completo, os próprios interesses dos sujeitos principais do processo do trabalho.

2. A última alteração legislativa

Exemplo eloquente dessa volatilidade legal, dessa atecnia e dessa insegurança jurídica de

que padece a execução previdenciária, prevista no art. 114, VIII, da atual Constituição Federal, vê-se do novo texto do art. 43, da Lei n. 8.212/1991, que pela redação que lhe empreendeu a Lei n. 11.941/2009, claramente, pretendeu subverter tendência jurisprudencial que já se faz predominante nos pretórios laborais há algum tempo, no sentido de considerar como fato gerador da contribuição previdenciária extraída das sentenças condenatórias trabalhistas, o pagamento dos valores apurados e não, propriamente, a prestação de serviços empreendida pelo laborista⁽²⁾.

Eis o texto legal em sua mais recente redação:

Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

§ 1º Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas às contribuições sociais, estas incidirão sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado.

§ 2º *Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.*

§ 3º As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário de contribuição e acréscimos legais moratórios *vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os*

(1) A Lei n. 10.035/2000 alterou vários artigos da CLT, de forma a criar uma execução que se desenvolve *ex officio*, nisso atendendo ao comando constitucional, inicialmente previsto na Emenda Constitucional n. 20/1998.

(2) “AGRAVO DE INSTRUMENTO — RECURSO DE REVISTA — PROCESSO DE EXECUÇÃO — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO. Nega-se provimento a agravo de instrumento quando não demonstrada violação direta e literal ao texto constitucional, conforme exigência do art. 896, § 2º, da CLT. Prevalência do entendimento de que o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento do crédito ao empregado. Indenes os arts. 5º, II, 37, *caput*, 114, VIII e 195, I, a, II, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST – AIRR n. 1394/2001-032-12-40 – 6ª T. – Rel. Horácio Senna Pires – J. 22.4.2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>)

créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.

§ 4º No caso de reconhecimento judicial da prestação de serviços em condições que permitam a aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, serão devidos os acréscimos de contribuição de que trata o § 6º do art. 57 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 5º Na hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo.

§ 6º Aplica-se o disposto neste artigo aos valores devidos ou pagos nas Comissões de Conciliação Prévia de que trata a Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000. (grifos nossos)

Em verdade, em momento anterior à edição deste novo texto legal, acima transcrito, extraía-se do próprio art. 43, da Lei n. 8.212/1991, na sua antiga redação, que o fato central a partir do qual se desencadeava a exigibilidade dessas contribuições previdenciárias era o *pagamento* do crédito trabalhista ao trabalhador, desimportando saber quando a prestação de serviços teria ocorrido.

Aliás, a base desse entendimento ancorava-se no próprio texto constitucional preconizador dessas contribuições sociais — o art. 195, I, *a* e II, da Constituição Federal, claro ao estabelecer que as contribuições sociais ali previstas, decorreriam de salários “pagos ou creditados” a qualquer título⁽³⁾.

(3) “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho *pagos ou creditados*, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão

3. A imperiosidade de se considerar o pagamento das verbas objeto da condenação trabalhista, ou pelo menos a sua quantificação, como marco delimitador da exigibilidade da contribuição previdenciária respectiva

O entendimento sufragado nos tribunais estava e está correto.

É certo e não se nega, que em termos tributários, aos quais se enquadra a contribuição social objeto das considerações aqui expendidas, destinada ao custeio da seguridade social, o fato gerador a ser considerado deveria ser o pagamento ou o crédito das verbas a que se referem os arts. 22, I, e 28, I, da Lei n. 8.212/1991, sendo esta “a situação definida em lei como necessária e suficiente” à ocorrência de tal obrigação tributária, como diz o art. 114 do CTN.

Certo é, também, que quando a legislação de regência aponta como fato gerador da obrigação previdenciária o “pagamento” ou o “crédito” da remuneração ao trabalhador, não está elegendo critérios meramente econômicos ou financeiros, para inferir que apenas o desembolso de dinheiro pelo empregador, ou o recebimento de tais valores pelo empregado, seria capaz de gerar obrigação de recolhimento previdenciário.

Em verdade, o “crédito” a que se refere a lei tem feições nitidamente “jurídicas”, devendo ser entendido como a aquisição, pelo trabalhador, do direito à remuneração, o que se dá pelo fato da própria prestação de serviços, pura e simples, nas condições preconizadas nos arts. 2º e 3º da CLT.

Numa palavra: há crédito de remuneração — situação jurídica apta a criar obrigação de recolhimento previdenciário —, pelo só fato da prestação de serviços levada a efeito pelo obreiro, sem que, necessariamente, tenha havido o seu respectivo pagamento. É por isso que os dispositivos legais acima citados (arts. 22

concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.” (grifo nosso)

e 28 da Lei n. 8.212/1991), falam de vencimentos ou remunerações “pagas, devidas ou creditadas” em favor do trabalhador, o que tem encontrado guarida nos tribunais superiores, inclusive no E. STJ⁽⁴⁾.

Entretanto, a despeito de uma tal constatação, é preciso ter presente a hipótese especialíssima aqui tratada, na qual a própria existência do fato gerador somente é reconhecida em sede judicial — *daí a necessidade de tratamento jurídico diferenciado*.

E é exatamente nesse contexto que se apresenta razoável o entendimento pelo qual se considera como fato gerador da obrigação previdenciária, *quando decorrente da sentença proferida em processo trabalhista*, não o crédito, propriamente, mas sim o seu pagamento, a disponibilização de valores ao trabalhador, ou pelo menos a quantificação dos valores preconizados em sentença, *pois só neste momento aprimora-se o fato gerador, confirma-se aquilo que só a sentença trabalhista, transitada em julgado, foi capaz de reconhecer*.

Aliás, bem pensadas as coisas, não poderia mesmo ser diferente. Afinal, somente depois de reconhecida por sentença a obrigação de pagamento de créditos trabalhistas, decorrentes de relação jurídica laboral, e depois de liquidados os valores respectivos, é que o empregador poderia, validamente, efetuar recolhimento previdenciário.

(4) “TRIBUTÁRIO — PRAZO PARA RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE FOLHA DE SALÁRIOS — 2º DIA ÚTIL APÓS O MÊS TRABALHADO. 1 – A controvérsia dos autos diz respeito ao prazo para o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração dos empregados. 2 – O aresto regional consignou que o fato gerador da contribuição em comento não é o efetivo pagamento dos salários, mas o fato de o empregador encontrar-se em débito para com seus empregados pelos serviços prestados, entendimento esse consentâneo com o assentado no STJ. Por conseguinte, o tributo deve ser recolhido à Autarquia Previdenciária até o segundo dia do mês subsequente ao mês laborado, conforme dispõe o art. 22 da Lei n. 8.212/91. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-REsp n. 1.102.433 – (2008/0264954-5) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJe 25.6.2009 – p. 892. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>)

Trata-se de situação específica, própria da litigiosidade do crédito em disputa, que por isso mesmo autoriza disciplinamento diverso daquele empreendido em relação à folha de pagamento normal, quando nenhuma dúvida paira sobre a própria existência do direito aos valores salariais componentes da base de cálculo da contribuição previdenciária.

E nisso, ressalte-se, não vai qualquer sacrilégio jurídico, como pareceu a alguns. Como dito antes, o próprio art. 43 da Lei n. 8.212/1991, quando diz da obrigação de o juiz do trabalho determinar o recolhimento previdenciário cabível, em relação às ações trabalhistas que conduzir, leva em conta apenas o “pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária”, nada mencionando a respeito do *crédito*.

Wladimir Novaes Martinez, muito embora focando o “crédito” da remuneração como o fato gerador da obrigação previdenciária, mais do que o “pagamento”, atribui a este último um sentido *confirmador*, como se a prestação de serviços, geradora do crédito jurídico à remuneração, requeresse ou se confirmasse pelo pagamento feito pelo empregador⁽⁵⁾.

E não há dúvidas de que esta “confirmação”, mediante o pagamento, apresenta-se, de fato, vital à própria sistematização da execução previdenciária que se desenvolve no seio do processo trabalhista. O mesmo Martinez, discorrendo especificamente a respeito dos recolhimentos previdenciários provenientes da remuneração contemplada em sentença trabalhista, reconhece uma certa especificidade, um certo prestígio do *pagamento*, como fato gerador, em detrimento do *crédito*, ao inferir que uma tal sentença trabalhista, ou o pagamento que dela resulte tem, de fato, um sentido aprimorador. Confirma-se:

Destarte, o reconhecimento do direito a parcelas integrantes do salário de contribuição não quitadas oportunamente, ajustadas por ocasião da sentença judicial ou de acordo

(5) In: *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2003. p. 309.

trabalhista, *aprimora o fato gerador* e deflagra a necessidade do aporte. Não chega a constituí-lo, repete-se; ele preexistia à declaração. Não altera sua essência nem sua individualidade. Somente se resultar em remuneração — base nuclear do conceito de salário de contribuição —, *o recebido constituir-se-á em hipótese de incidência*. A norma não diz (se quisesse, poderia dizer, mas estaria repetindo o art. 28, I, do PCSS) *ser esse pagamento o fato gerador*.” (in ob. cit., p. 601-602 – grifos nossos)

4. A prevalência do mesmo entendimento, a despeito da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.941/2009

Mas o fato é que, mesmo depois dessa alteração legislativa, mesmo depois de o § 2º, do art. 43, da Lei n. 8.212/1991, acrescentado pela já referida Lei n. 11.941/2009, acima transcrito, ter preconizado que o fato gerador da contribuição previdenciária decorrente da sentença trabalhista deverá ser considerado como ocorrido na data da prestação do serviço, *mesmo assim não se poderá proceder desta forma*.

É de Georges Ripert a célebre frase de que “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”. Esse apotegma parece reverberar com grande intensidade neste episódio envolvendo a delimitação do fato gerador da contribuição previdenciária, quando proveniente da sentença trabalhista.

Dados recentes atestam que, a prevalecer o entendimento de que, com base no § 2º, do art. 43, da Lei n. 8.212/1991, em sua nova redação, deva ser considerado como ocorrido o fato gerador da obrigação previdenciária na data da prestação dos serviços, disso decorrendo a majoração dos encargos moratórios incidentes sobre a contribuição previdenciária respectiva, *a execução trabalhista, simplesmente, se inviabilizará por completo*.

Há informações consistentes, colhidas do dia a dia das Varas do Trabalho, de que o valor das execuções se duplicará e em alguns casos

se triplicará, caso aplicada na sua literalidade a nova lei⁽⁶⁾, o que, só por si, faz desnaturar-se o próprio objetivo da Justiça do Trabalho *que, não se olvide, é caudatária do direito material do trabalho e não dos interesses tributários do Estado*.

Aliás, não só por isso se terá por comprometido o processo do trabalho como um todo, mas também em face da intensa litigiosidade criada com esse tipo de discussão jurídica. Pelo que se tem visto, são raríssimos os processos nos quais, havendo participação da procuradoria previdenciária em sede executória trabalhista, não haja intenso debate a respeito dos mais variados temas, com impugnações e recursos os mais diversos, às vezes pertinentes e às vezes não, mas por conta disso criando grande sobrecarga aos órgãos da Justiça do Trabalho.

Como se vê, só por este aspecto, apenas pela observância da realidade circundante, já se aflorariam elementos mais do que suficientes a embasar o entendimento de que a aplicação do novel § 2º, do art. 43, da Lei n. 8.212/1991, não pode ter o elastério sustentado por certo segmento da doutrina e da jurisprudência.

A Justiça do Trabalho, tão cara à estabilidade das relações sociais, não pode, num passe de mágica, numa penada inconsequente do legislador, ter os seus objetivos transmudados, para tornar-se mero órgão arrecadador, mero instrumento de cobrança.

Mas para além disso, ou seja, para além do fato desse descompasso entre o texto da lei e a realidade a que pretende disciplinar, é preciso considerar que a adoção, em sede executória trabalhista, do pagamento ou da quantificação dos valores de condenação, como fato gerador ou como hipótese de incidência da contribuição previdenciária (e não da prestação de serviços, propriamente), encontra pleno fundamento no próprio sistema tributário vigente.

(6) In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 34, p. 62, artigo “*Dies a quo* para a incidência da taxa SELIC e multa: uma leitura constitucional”, por Tereza Aparecida Asta Gemignani.

O art. 116 do CTN, quando dispõe a respeito do momento a ser considerado como de efetiva ocorrência do fato gerador, faz distinção entre situações de fato e situações jurídicas, para dizer que em relação a estas últimas, o fato gerador teria incidência quando “definitivamente constituídas” essas situações jurídicas⁽⁷⁾.

Paulo de Barros Carvalho, comentando esse artigo do CTN e a ele impondo pertinente crítica, explica que dito dispositivo legal contempla duas hipóteses jurídicas distintas — “a) uma, não categorizada como instituto jurídico; b) outra, representada por entidade que o direito já houvera definido e prestigiado, sendo possível atribuir-lhe regime jurídico específico. Os primeiros, meros fatos jurídicos; os demais, atos ou negócios jurídicos”⁽⁸⁾.

Nesse contexto, não há dúvidas de que o fato gerador da contribuição previdenciária insere-se neste segundo escaninho — provém não de mera relação fática, mas de negócio jurídico — o contrato de trabalho e seus desdobramentos —, *que se controvertidos em Juízo fazem projetar-se a sua definitiva constituição para depois da declaração judicial que os aclare e os acerte*.

Rememore-se aqui, o que já se assentou em linhas passadas, sobre considerar como fato gerador da obrigação tributária, de acordo com o art. 114 do CTN, “a situação definida em lei como necessária e suficiente” à sua ocorrência. *E decerto que somente se poderá ter por necessária*

e suficiente ao desencadeamento do recolhimento previdenciário decorrente da sentença trabalhista, não a prestação de serviços controvertida em juízo, e sim a declaração judicial de que de fato tal prestação existiu validamente.

É disso que fala Tereza Aparecida Asta Gemignani, ao dizer que a questão do estabelecimento do fato gerador da contribuição previdenciária, nesta execução especial que se desenvolve no seio do processo trabalhista, deverá ter em conta a combinação desses dois artigos do CTN — 114 e 116 —, para concluir que a definitiva constituição da relação jurídica ensejadora do recolhimento previdenciário só se tem com a sentença trabalhista devidamente liquidada⁽⁹⁾.

E é a isso que também se refere Guilherme Guimarães Feliciano, ao divisar a possibilidade de existirem três espécies de fatos geradores previdenciários — rendimentos pagos, rendimentos creditados e rendimentos devidos —, inferindo que neste último caso aflora-se a necessidade de deliberação judicial quanto à definitividade da constituição da relação jurídica questionada em Juízo⁽¹⁰⁾.

(7) “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

(8) In: *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 287-288.

(9) “E assim é porque nessa execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de uma sentença trabalhista ‘situação definida em lei como necessária e suficiente’, de sorte que a disposição constante do art. 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do art. 116 do CTN, ao estabelecer que ‘tratando-se de situação jurídica’ considera-se o ocorrido ‘desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável’, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do *quantum debeatur* exigível para o recolhimento das contribuições previdenciárias (ob. cit., p. 60-61).” (grifos no original)

(10) “Noutras palavras, o dissídio individual acomete ao juiz do trabalho a responsabilidade de decidir *si et quando* a situação jurídica esteve definitivamente constituída, não havendo como impor tributo, concretamente, antes dessa decisão. Daí a necessidade do trânsito em julgado para se reconhecer definitividade ao próprio fato gerador.” In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 34, p. 83, artigo “Do fato gerador das contribuições sociais na justiça do trabalho — Aspectos controvertidos”, por Guilherme Guimarães Feliciano.

O mesmo Paulo de Barros Carvalho, já citado em linhas anteriores, falando da “hipótese tributária” e de sua decomposição em critérios material, espacial e temporal, tacha de “vezo impróprio e descabido” o procedimento de se tomar como fato gerador do imposto apenas o critério temporal de sua hipótese tributária⁽¹¹⁾. Além disso, mencionado tributarista também ressalta a necessidade de esse aspecto temporal da hipótese tributária ser delimitado *com exatidão*, de o instante a partir do qual se aflora o fato eleito pelo legislador como desencadeante da obrigação tributária, *ser precisamente estabelecido*. Confira-se:

Sobrepassados esses aspectos, desponta a natural necessidade de que a norma tributária revele o marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato, abrindo-se aos sujeitos da relação o exato conhecimento da existência de seus direitos e de suas obrigações. Compreendemos o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações, contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para saber, com exatidão, em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a existir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto — o pagamento de certa prestação pecuniária.⁽¹²⁾

Com efeito, transportadas as lições do mestre para esta tormentosa questão, não pode haver dúvidas de que o “preciso instante” em que ocorre o fato descrito na norma tributária, o preciso momento em que se tem ciência inequívoca a respeito de sua existência, em sede de execução trabalhista, *só se dá depois que esse fato é reconhecido em Juízo e depois de extremados os seus efetivos limites*.

5. A contradição que confirma a tese aqui sustentada

Como já se disse ao início deste arrazoado, a execução previdenciária que se desenvolve

no âmbito do processo trabalhista padece de atecnia e de insegurança jurídica. As diversas modificações legislativas já levadas a efeito, com vistas às sucessivas alterações desse procedimento, muito mais baralharam as regras, do que trouxeram luzes à solução dos impasses criados. E com a Lei n. 11.941/2009, aqui analisada, não foi diferente.

Veja-se que ao mesmo tempo em que o novel § 2º, do art. 43, acrescentado pela mencionada Lei n. 11.941/2009, destaca que o fato gerador da obrigação previdenciária deve ser considerado como ocorrido na data da prestação de serviços, e o recém-criado § 3º do mesmo artigo estabelece que tais contribuições sociais devem ser apuradas “mês a mês”, mediante aplicação de alíquotas, limites máximos do salário de contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes em cada competência, esse mesmo § 3º é absolutamente explícito ao determinar que o recolhimento deva ser efetivado *no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado*, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito *em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas*.

Ora, como conciliar tão desencontradas determinações legais? Como conceber a existência de encargos moratórios desde o mês de competência ou de prestação de serviços, ao mesmo tempo em que se determina o recolhimento da contribuição social no mesmo prazo estabelecido para a quitação da verba trabalhista objeto de condenação ou de acordo judicial?

Tereza Aparecida Asta Gemignani, em artigo já citado anteriormente, destaca a diferença ontológica entre fato gerador e constituição em mora, inferindo que diante das peculiaridades que envolvem o crédito previdenciário executado no âmbito do processo do trabalho, tal mora só tem incidência quando o devedor,

(11) Ob. cit., p. 275.

(12) Ob. cit., p. 274-275.

citado para pagar, deixar de fazê-lo no prazo que lhe foi estabelecido⁽¹³⁾.

E nisso tem absoluta razão a ilustre desembargadora.

Mas, para além disso, ou exatamente por isso, é possível argumentar também com a própria perplexidade causada pela errática redação do mencionado texto legal, e a partir dessa incongruência aplicar o princípio tributário *in dubio pro contribuinte*, tal como previsto no art. 112 do CTN. Com efeito, segundo aludido texto legal, interpreta-se em favor do contribuinte o dispositivo legal que definir infrações ou cominar penalidades, quando de sua aplicação se afluem dúvidas quanto à capitulação legal do fato ou as suas circunstâncias materiais⁽¹⁴⁾.

Sacha Calmon Navarro Coêlho, comentando tal dispositivo do Código Tributário Nacional, empreende consistência à tese aqui defendida:

Por outro lado, este artigo relativiza a objetividade do ilícito fiscal, que dispensa para a sua caracterização a pesquisa do elemento subjetivo. Com efeito, qualquer dúvida ou imperfeita caracterização da ilicitude redundará em vantagem para o contribuinte. A decisão há de ser, necessariamente, em seu favor.⁽¹⁵⁾

Na hipótese aqui tratada, o simples fato de os dispositivos legais acrescentados ao art. 43, da Lei n. 8.212/1991, pela Lei n. 11.941/2009,

disponem de modo antagônico, tanto no que se refere à constituição em mora referente ao recolhimento da contribuição previdenciária executada no âmbito do processo do trabalho, quanto ao momento da exigibilidade desse tributo, autorizam a aplicação do aludido princípio *in dubio pro contribuinte*, para considerar que tal mora só se dá, efetivamente, com a extrapolação do prazo estabelecido em sede executória para a quitação dos valores trabalhistas e previdenciários, que somente foram aclarados em sentença liquidada e estão contidos no mandado executório.

O fato de o § 5º, do art. 43, da Lei n. 8.212/1991, também acrescentado pela Lei n. 11.941/2009, dizer que na “hipótese de acordo celebrado após ter sido proferida decisão de mérito, a contribuição será calculada com base no valor do acordo” corrobora tudo o que se expendeu nas linhas passadas. Afinal, como entender que o fato gerador da contribuição previdenciária a ser executada em sede trabalhista ocorreu na data da prestação de serviços, se transação posterior tem força jurídica para modificar o seu conteúdo?

6. Conclusão

Quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que promoveu a chamada “Reforma do Poder Judiciário” e com isso a sensível ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, na primeira coletânea de estudos a esse respeito, incentivada pela ANAMATRA, intitulada “Nova Competência da Justiça do Trabalho”⁽¹⁶⁾, Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, apresentando o trabalho à comunidade jurídico-trabalhista, disseram que essa ampliação de competência materializava a “conjugação da necessidade imperiosa de racionalização do Estado com o proveito da especialização” própria da Justiça do Trabalho, no que homenageado o princípio constitucional da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 constitucional. E disseram mais,

(13) Com efeito, se não houve lançamento nem inscrição em dívida ativa, e o débito previdenciário só foi constituído em decorrência de uma sentença trabalhista que o revestiu de certeza e de uma sentença de liquidação que lhe conferiu liquidez, a constituição em mora só se dá quando o devedor, citado para pagar, deixa de fazê-lo no prazo legal (*Ob. cit.*, p. 59).

(14) Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I – à capitulação legal do fato; II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

(15) In: *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 667.

(16) LTr, 2005. p. 12-13.

disseram que o então novo art. 114 constitucional fazia emergir “uma Justiça Social, aparelhada pela Constituição dos instrumentos necessários à proteção do núcleo fundante das relações sociais hodiernas: o trabalho”.

Agora, passados alguns anos, em novo trabalho, intitulado “Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho — cinco anos depois”⁽¹⁷⁾, Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern e Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, apresentando a nova coletânea, reforçam a necessidade de “um aprofundamento das reflexões sobre o tema, com o fito de se imprimir a máxima efetividade do novo comando constitucional, mais próximo e consentâneo com os propósitos da reforma do Poder Judiciário”.

Ora, a ampliação da competência trabalhista, tal como preconizada no art. 114 da Constituição Federal, teve por objetivo empreender tutela ao homem trabalhador. As diversas matérias que antes estavam afetas a outros ramos judiciais, foram trazidas à Justiça do Trabalho para lhes dar unicidade de tratamento e efetividade de aplicação. O Constituinte derivado, certamente, quando ampliou os horizontes da competência material trabalhista, teve em conta a própria promessa constitucional de prestígio à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, como dito no art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal.

Alexandre de Moraes, discorrendo a respeito da interpretação constitucional, destaca que pelo processo de interpretação jurídica não se chega a uma “verdade absoluta e imutável”, mas sim à escolha “motivada e razoável de uma das diversas possibilidades interpretativas”, para concluir que “interpretar um texto legal significa, em última análise, decidir por uma entre muitas possibilidades interpretativas que se apresenta como a mais pertinente, razoável e justa”⁽¹⁸⁾.

(17) LTr, 2009. p. 9-10

(18) *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101.

Luís Roberto Barroso, falando sobre pós-positivismo e normatividade dos princípios, ressalta a importância da Constituição como instrumento de interpretação de todo o ordenamento jurídico, vislumbrando a existência de um processo de “filtragem constitucional”, a partir do qual “toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”⁽¹⁹⁾.

A Justiça do Trabalho tem por primordial objetivo a pacificação das relações sociais, o que somente poderá ser alcançado mediante um processo célere, barato e efetivo. Pretender que esse ramo judiciário especial, além de promover, *ex officio*, a execução das contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir, ainda apure e execute pesados encargos moratórios, capazes de deixar a execução previdenciária mais cara do que a própria execução trabalhista é escolher a pior interpretação possível.

Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em contrário, especialmente nesta questão relacionada à execução previdenciária que se desenvolve no seio do processo trabalhista, não se pode proporcionar ao Estado arrecadador uma mina de ouro, à custa de atribuir ao homem trabalhador um poço de problemas.

7. Referências bibliográficas

<<http://www.stj.jus.br>>.

<<http://www.tst.jus.br>>.

BARROSO, Luís Roberto e outros. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde e outros (Coords.). *Ampliação da competência da justiça do trabalho — cinco anos depois*. São Paulo: LTr, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes e outro (Coords.). *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

(19) *A nova interpretação constitucional*. Barroso e outros. São Paulo: Renovar, 2008. p. 44.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 34, Campinas, 2009.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 34, Campinas, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental *ao* trabalho

Biannka Jabrayan Schmidt^(*)

Resumo:

- ▶ O homem, a partir do Texto de 1988, é alçado ao centro do sistema jurídico, para onde deve convergir toda atuação estatal. Dignidade da pessoa humana não se dissocia dos direitos trabalhistas, que surgem com a Revolução Industrial e encontram abrigo na Lei Maior, especialmente na Constituição Cidadã, vocacionados que são à justiça social, objetivo da República. O projeto, todavia, é frustrado, uma vez que direitos sociais, como o consagrado no art. 7º, I, da Carta da República, que assegura ao trabalhador proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, em regra, carecem de integração normativa, a qual é condicionada aos imprevisíveis ajustes parlamentares. Reconhecida como premissa a unidade de sentido e de valor que aproxima trabalho e dignidade da pessoa humana, pretende-se, a partir da apreensão da principiologia constitucional e da legitimidade da atuação protagonista do Poder Judiciário, apresentar, em vista da inércia legislativa de mais de vinte anos, vertentes interpretativas tendentes à concretização do direito fundamental *ao* trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Direito fundamental *ao* trabalho — protagonismo judicial — concreção.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Compreensão teleológica do direito do trabalho
- ▶ 3. Constitucionalização dos direitos trabalhistas: compromisso com a dignidade da pessoa humana
- ▶ 4. Protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais
- ▶ 5. Proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: hermenêutica emancipatória e concreção do direito *ao* trabalho

(*) Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Trabalho do TRT/24ª Região.

- ▶ 5.1. Eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988
- ▶ 5.2. Vigência e constitucionalidade da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho
- ▶ 5.3. Aplicação analógica do art. 165, da Consolidação das Leis do Trabalho: recurso à concreção do direito fundamental *ao* trabalho
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

“O indivíduo que trabalha acerca-se continuamente do autor de todas as coisas, tomando na sua obra uma parte, de que depende também a dele. O Criador começa e a criatura acaba a criação de si própria.”

(Ruy Barbosa, *Oração aos moços*, p. 11)

1. Introdução

Desde a Revolução Industrial, quando o trabalho livre e subordinado ganhou proeminência no contexto socioeconômico, especialmente no seu estágio liberal e individualista, que vigorou, notadamente, no século XIX, o capital submete o homem.

O sistema capitalista, fundado no valor econômico do trabalho, trouxe consigo desequilíbrio social, para o qual aquele estado liberal, animado pela máxima proteção da propriedade privada e pelo dogma da autonomia da vontade, não possuía respostas adequadas. Surge, então, e consolida-se o direito do trabalho, que se ocupou de harmonizar a tensão que é inerente à relação de emprego, na qual antagonizam capital e trabalho, de modo a equilibrar as forças, por natureza desiguais, e garantir, como ensina Mauricio Godinho Delgado, o patamar civilizatório mínimo em que se possa produzir com dignidade⁽¹⁾.

Sob essa perspectiva de preservação da dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas foram prestigiados e constitucionalizados, até alcançarem, no Brasil, no Texto de 1988, posição

de destaque. Direitos sociais que são, foram reconhecidos como fundamentais pela Lei Maior, daí por que sua concreção é exigência que se impõe.

A Carta Política promulgada em 5 de outubro de 1988, inspirada pela promoção do bem-estar do homem e pelo valor social do trabalho, erigidos a fundamento da República Federativa do Brasil, assegurou ao trabalhador proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, direito social, todavia, cuja regulamentação condicionou à lei complementar.

Decorridos, contudo, mais de vinte anos do advento da Constituição Cidadã, sem manifestação do Parlamento, o trabalhador se vê impedido do exercício do direito fundamental que lhe garante a Carta da República, permanecendo à mercê da vontade do empregador, que, sem desvelar os motivos da denúncia, rompe o contrato de emprego, fonte de sustento e de dignidade.

Surge a questão: é possível, quando o bem jurídico exposto a perigo é a dignidade da pessoa humana, aguardar que venham os ajustes legislativos?

É importante, portanto, em vista da inoperância parlamentar, trazer à discussão, a partir da apreensão da principiologia constitucional e de hermenêutica emancipatória, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na concreção do direito fundamental *ao* trabalho.

(1) *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

2. Compreensão teológica do direito do trabalho

O Direito, uma vez que representa valores e propósitos almejados por certa sociedade em determinado momento histórico, é, por natureza, teleológico. Essa é a premissa a partir da qual deve ser apreendido todo fenômeno jurídico, inclusive e especialmente o Direito do Trabalho, cujo caráter social e eminentemente finalístico determina sua gênese e seu desenvolvimento, os quais somente se justificam em razão do aperfeiçoamento progressivo das condições de trabalho.

Se o direito é a ciência do dever-ser, o direito do trabalho é além, é direito do “por vir”. Não se satisfaz com o que estabelecido, mas, ao reverso, aprimora-se com o objetivo de ampliar seu campo de proteção, seja em relação aos sujeitos da pactuação da força de trabalho, seja quanto às garantias que se lhe pretenda estender⁽²⁾.

Com efeito, não poderia ser diferente, uma vez que a formação do direito do trabalho remonta ao século XIX e é produto de suas transformações sociais, econômicas e políticas, representadas notadamente pela revolução industrial e pelo modelo produtivo, à época, inaugurado, o capitalismo.

O novo sistema produtivo, fundado na máxima acumulação de capital, trouxe consigo o aproveitamento desmedido da força de trabalho, a migração desenfreada de trabalhadores do campo para os centros urbanos, a concentração de renda e, como corolário, movimentos proletários de insatisfação, para os quais, aliás, a ordem jurídica vigente, liberal e individualista, não estava apta a reagir adequadamente. Afirma Jorge Luiz Souto Maior:

(2) Esse é o núcleo essencial do Direito do Trabalho, que se pode, aliás, inferir do texto constitucional, a saber: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
XXXIV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.”

Reitere-se. Foi a partir das diversas tensões da sociedade industrial em formação, no âmbito mundial, com todos os seus efeitos reais, guerras, greves, revoltas, reivindicações, mortes, mutilações, que se necessitou sair do modelo político liberal para se chegar ao Estado Social, ou Estado Providência, ou, ainda, Estado do Bem-Estar Social.⁽³⁾

Nessa quadra, houve contexto para o aparecimento de um ramo do direito especialmente voltado para equilibrar a tensão que é iminente à relação entre o capital e o trabalho, atuando sobre ela com intuito de minimizar os efeitos deletérios da incessante busca pelo lucro e de garantir dignidade àquele que, para subsistência, própria e de sua família, despende energia em favor da riqueza alheia, escopo, ademais, que lhe é atávico e o acompanha desde a sua formação. O direito do trabalho surge, portanto, como instrumento de justiça social, fim que lhe deve nortear a interpretação e a aplicação, assim como defende Jorge Luiz Souto Maior:

O direito do trabalho não pode ser examinado nos estritos contornos do direito em geral porque suas premissas são distintas. O direito do trabalho não é um direito de dominação, mas de subversão. Sua estrutura não deixa de ser marcada pelo positivismo, mas à sua base está, indiscutivelmente, uma preocupação com a justiça, mais especificamente com a justiça social.⁽⁴⁾

Com efeito, capital e trabalho antagonizam no contexto socioeconômico. Mas não estão em patamar de igualdade, já que o poderio daquele, confrontado com o cunho alimentar deste, desequilibra o conflito e submete o homem, atingindo-lhe a dignidade. Eis, então, a razão última do direito do trabalho, cujas regras, princípios e institutos orientam-se para, a par da

(3) Direito social, direito do trabalho e direitos humanos. In: *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*, p. 21.

(4) *O direito do trabalho com instrumento de justiça social*, p. 248.

desigualdade material presente entre os sujeitos contratantes, harmonizá-los juridicamente. “Busca-se remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades da desigualdade, não como forma compensatória, mas, como questão de ordem pública em defesa de interesses superiores e da realização da justiça.”⁽⁵⁾

E sob essa perspectiva teleológica os direitos trabalhistas, no Brasil, conquistaram *status* constitucional, integrando o texto da Carta Política, com especial abrangência na de 1988. Além disso, “a constitucionalização surge para promover o aprimoramento da sistematização do direito trabalhista como ciência, e da justiça do trabalho, como poder da República”⁽⁶⁾.

A estreita relação dos direitos trabalhistas com a dignidade da pessoa humana não passou, portanto, despercebida pelo Constituinte Originário de 1988, que, para sobrepujar a centralidade do homem no sistema, deferiu-lhes Capítulo próprio⁽⁷⁾ no Texto Constitucional, destacado do Título concernente à Ordem Social.

3. Constitucionalização dos direitos trabalhistas: compromisso com a dignidade da pessoa humana

Com a superação do Estado liberal, caracterizado pelo individualismo e pela valorização da propriedade privada, e o advento do Estado Social⁽⁸⁾, seguido da fase do “totalitarismo constitucional”, representado, no direito pátrio, pela Constituição Federal de 1988⁽⁹⁾,

houve significativa ampliação dos direitos sociais albergados no corpo da Lei Maior, entre os quais estão inseridos os direitos trabalhistas, alargamento esse revelador do compromisso com a promoção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 fez surgir novo marco axiológico-normativo no sistema, atraindo para si a consistente promessa de construção de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho. Nessa ótica, a constitucionalização dos direitos trabalhistas, historicamente compreendidos como instrumentos de justiça distributiva, ratificou o caráter dirigente da Carta da República.

Os direitos trabalhistas são direitos sociais cuja evolução jurídico-normativa confunde-se com a percepção da dignidade da pessoa humana como valor universal e apresentam estreita relação de pertinência com o novo constitucionalismo reproduzido pela Carta Cidadã.

O modelo de normatividade inaugurado está diretamente relacionado ao movimento iniciado no século XXI, denominado pós-positivismo⁽¹⁰⁾, que reconhece na Constituição mais do que mera Carta Política, norma jurídica com alta carga valorativa, vinculante e determinada para a concreção dos direitos fundamentais, entre os quais os trabalhistas, características que são destacadas por Walber de Moura Agra:

O seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença

(5) CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no direito do trabalho. In: *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*, p. 148.

(6) GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A constitucionalização dos direitos trabalhistas. Novo modelo de normatividade? In: *Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região*, p. 49.

(7) Observe-se que, na Constituição Federal de 1988, os direitos trabalhistas estão inseridos no Capítulo II, do Título II, que introduz os Direitos e Garantias Individuais.

(8) O Estado Social de Direito pode ser reconhecido na Constituição Federal de 1934.

(9) Veja-se o que ensina Uadi Lammêgo Bulos, para quem o totalitarismo constitucional é representativo das

constituições contemporâneas, marcadamente programáticas, dirigentes. Afirma o autor que “firmaram o compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo estatal. Isso fez com que ocorresse um alargamento dos textos constitucionais, isentando os indivíduos das coações autoritárias em nome da democracia política, dos direitos econômicos, dos direitos dos trabalhadores” (*Constituição Federal anotada*, p. 16-17).

(10) É importante destacar que são expoentes do pós-positivismo jurídico, no mundo ocidental, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

entre as normas constitucionais e infra-constitucionais era apenas de grau, no neo-constitucionalismo a diferença é também axiológica. A “Constituição como valor em si”. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.⁽¹¹⁾

Nessa fase do direito constitucional, a Constituição ocupa o centro do sistema, possui força normativa e reflete a aproximação do direito com a ética, a moral e a justiça. A pessoa humana passa a filtro axiológico do sistema político e jurídico, afinal o direito existe para o homem e não o homem, para o direito⁽¹²⁾.

Note-se, então, que o novo constitucionalismo anseia e exige a concretização dos direitos fundamentais e a efetiva promoção da dignidade da pessoa humana. É importante, sob esse prisma, que a Constituição vá além do mero simbolismo que se lhe possa pretender atribuir o legislador e produza os efeitos pressupostos e anunciados, sob o risco de, assim não sendo, resumir-se ao que Marcelo Neves denominou “constitucionalização simbólica”⁽¹³⁾.

Segundo o autor, a constitucionalização simbólica “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”⁽¹⁴⁾ e, entre

outras finalidades, busca o adiamento da solução dos conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios:

Nesse caso, divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio de ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.⁽¹⁵⁾

O legislador, no afã de adiar a solução do conflito para futuro imprevisto, traz ao corpo da Constituição programas que, sabidamente, não serão realizados segundo supuseram os interessados. A constitucionalização, nesse contexto, funciona como mecanismo para incutir na coletividade expectativa, embora vã, de que as metas serão atingidas. É comum que assim se dê nos países periféricos, como os latino-americanos, onde os fatores econômicos demandam, cada vez mais, a intervenção estatal na regulação da crise entre o capital e o trabalho, e de suas implicações sociais.

Os direitos trabalhistas, pela natureza social, prestacional, muita vez programática, com gênese em movimentos de classe, são, e costumam ser, objeto de normatização simbólica, que, como se disse, visa, ainda que provisoriamente, suplantir insatisfações e pacificar a coletividade, desejosa da interferência do Estado. Desse modo, à evidência, sob pena de aniquilamento do núcleo basilar sobre o qual se funda o sistema, a dignidade da pessoa humana, princípio que não se pode aceitar inefetivo, é tarefa dos que operam o Direito, a partir de interpretação sistemática, emancipatória, informada pela principiologia constitucional, superar o óbice da inoperância legislativa em prol da concretização do direito fundamental.

Quando o Constituinte Originário erigiu a fundamento da República o valor social do

(11) *Curso de direito constitucional*, p. 31.

(12) Veja-se, então, que, se o homem é o centro da Constituição e esta, o núcleo do sistema, não há como deixar de reconhecer que aquele é o fim último do Estado. É o que afirma Jorge Miranda, para quem “a Constituição confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática do sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: *Tratado Luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana*, p. 169)

(13) *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

(14) *Op. cit.*, p. 23.

(15) *Op. cit.*, p. 41.

trabalho, não o fez por diletantismo, mas para sobrelevar o novo paradigma axiológico que se instituiu, o homem. O direito ao trabalho é uma das facetas da dignidade da pessoa humana e, nessa condição, exige concreção. Aliás, como direito fundamental que é, merece o mesmo esforço de concretização dispensado aos direitos de defesa⁽¹⁶⁾, visto que apenas com inteireza a pessoa humana se afirma digna. Não há dignidade no homem livre se a liberdade não se faz acompanhar de recursos materiais mínimos para o autogoverno, como os que se busca garantir com a proteção do trabalho. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que faz merecer 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 e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁽¹⁷⁾

Diante disso, é consequência lógica concluir que trabalho e dignidade da pessoa humana são valores que se complementam para formar um todo indivisível e, mais, que trabalho não há sem dignidade, nem dignidade, sem trabalho. Daí por que recusar concreção aos direitos trabalhistas expõe a perigo a unidade do sistema, que aviltado em seu fundamento-matriz, perde coesão e legitimidade, o que não se pode admitir.

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico, acautelando-se, reconhece no Poder Judiciário o garantidor da coerência do sistema, nele

depositando a autoridade para a ponderação de eventuais tensões, com o que assegurará a efetividade da vontade constitucional.

O Estado-juiz, portanto, na conjuntura atual, em que direitos trabalhistas com sede constitucional e natureza fundamental, de que são exemplos o de proteção ao emprego, o de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e o de adicional de salário para exercício de atividades penosas, ainda estão à espera de regulamentação, imprevisível em razão dos variados óbices que se impõem às composições políticas na Casa Legislativa, há de, nos limites do que lhe autorizou o Constituinte Originário, interpretar a Carta da República a partir de hermenêutica que favoreça, o quanto possível, a concretização do direito fundamental relegado, atento para o que ensina Jorge Miranda, para quem “interpretar a Constituição é realizar a Constituição”⁽¹⁸⁾.

4. Protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais

Toda Constituição existe para ser cumprida, aplicada, para que seus programas alcancem os resultados pretendidos. Se toda Constituição democrática é síntese dos anseios da sociedade, já que nela esboça o projeto de Estado desejado, então, negar-lhe a devida concreção implica romper com os desígnios que animaram a nova ordem jurídica que se propôs construir. E é por essa razão que todos os esforços devem ser envidados, não apenas pelo Estado, mas igualmente pelos particulares, para que o projeto de nação depositado na Carta Política seja, de fato, alcançado.

Logo, a responsabilidade pelo êxito do programa constitucional é concorrente, compartilhada. E essa responsabilidade, certamente, acentua-se em face das normas programáticas, aquelas que, sem esgotarem-se em simples orientações, estabelecem os fins do Estado. Normas desse jaez exprimem a cisão com o Estado Liberal e indicam o avanço para a democracia

(16) São os direitos denominados de primeira dimensão, aqueles que limitam a atuação do poder político sobre o indivíduo.

(17) *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 60.

(18) *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 452.

social, em que os direitos trabalhistas, indissociáveis da dignidade da pessoa humana, já constitucionalizados, exigem, para a formação da sociedade justa e solidária a que se destinam, a participação ativa do Estado, destacadamente a do Estado-juiz.

Ademais, é natural que o seja, pois em tempo de má vontade política legislativa e de mora parlamentar na integração dos sem-número de direitos sociais, torna-se indispensável a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

O Estado-juiz, portanto, há de assumir postura afirmativa, protagonista, engajada com argumentação jurídica tendente à construção da democracia social projetada pela ordem constitucional, orientada pela interpretação que melhor atenda à concretização dos direitos sociais. São necessários, para esse mister, desprendimento do modelo positivista, apreensão do novo marco axiológico, adoção de hermenêutica apropriada e aproveitamento dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico. Cabe ao jurista:

Adaptar o direito às exigências da sociedade contemporânea, fazendo uso das mais variadas técnicas ou métodos de interpretação. Cabe especialmente ao jurista ampliar, a partir da prática jurídica cotidiana, os espaços democráticos do direito dominante, facilitando a emergência de um direito libertário e protetor da dignidade do homem.⁽¹⁹⁾

Com efeito, o operador do direito, especialmente o juiz, a quem é dado fazer atuar no caso concreto a vontade constitucional, é — e deve ser — ativo participante do processo de concretização dos direitos sociais. É a postura que, no novo constitucionalismo, se espera do Poder Judiciário e que, para Luís Roberto Barroso, é ativismo judicial, ou seja, “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o

seu sentido e alcance”⁽²⁰⁾. E prossegue o professor defendendo que “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”⁽²¹⁾.

O Poder Judiciário deixa de ser, portanto, mero aplicador da lei, como posta, para ser instrumento de concretização dos direitos fundamentais, como pressupostos. E o é na medida em que reconhece na Constituição Federal o substrato valorativo que a distingue da generalidade das normas. Não é por outra razão que a construção da democracia justa e solidária, objetivo da República, impescinde da participação do Poder Moderador, o qual o Texto Constitucional, assim como os demais Poderes, também incumbiu da missão de perseguir a justiça social, o que, releva dizer, nem poderia ser diferente, uma vez que, não obstante sob distintas funções, é uno o Poder Soberano.

A opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito não é mero discurso político. Contém juridicidade e imperatividade sobre os Poderes da República. O Estado não é apenas Democrático, é igualmente de Direito, daí por que não lhe bastará submissão à vontade popular, sendo-lhe exigida, com idêntica intensidade, conformidade à Norma Jurídica Ápice. São vertentes, destarte, que a Carta da República quis conjugadas e, se assim estabeleceu, é patente a legitimidade do Poder Judiciário para o enfrentamento das controvérsias decorrentes da inobservância dos comandos constitucionais, notadamente os que tocam os direitos sociais. Professora Lênio Luiz Streck:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo

(19) CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para crítica do direito contemporâneo*, p. 204.

(20) Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica da OAB*, p. 6.

(21) *Op. cit.*

Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica.⁽²²⁾

Nesse diapasão, infere-se que o neoconstitucionalismo não apenas favorece o protagonismo judicial, como nele reconhece ferramenta para a construção da democracia social. O Estado-juiz, frente às violações recorrentes aos ditames constitucionais, posiciona-se afirmativamente⁽²³⁾. A passividade de outrora, autocontenção judicial extremada, passa a ser incompatível com o modelo de normatividade inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

Ao Poder Judiciário não deve passar despercebida a inércia legislativa na regulamentação dos incontáveis direitos sociais trabalhistas, fundamentais que são. Registre-se que o direito fundamental ao trabalho, com previsão no art. 7º, I, da Lei Suprema, carece, desde a sua promulgação, em 1988, da regulamentação a que se refere a norma constitucional. E enquanto os ajustes políticos não se viabilizam no Parlamento, e lá se vai mais de vinte anos, o homem perde a centralidade do sistema. A democracia,

que se pretendeu social, permanece política e o projeto de nação, almejado e determinado pela Constituição Federal, resta frustrado.

É premente o protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais. Ameaçada está a dignidade da pessoa humana e maculada, assim, a unidade valorativa do sistema.

Ademais, é importante que se diga, a atuação do Poder Judiciário, que não se dá por vontade própria, mas porque assim estabeleceram o Constituinte Originário e a soberania popular, não se deve engessar sob o argumento de suposta afronta ao princípio da Separação dos Poderes⁽²⁴⁾.

A tripartição do Poder Soberano, assim como delineada por Montesquieu, justifica-se na tentativa de coibir arbítrios, isto porque, dividido em funções distintas, imputadas a órgãos diversos, os excessos, quando não evitados, são corrigidos. Trata-se do sistema de freios e contrapesos, que, ao contrário de limitar o campo de atuação judicial, há de ser compreendido como ferramenta necessária à consolidação do Estado Democrático de Direito, com o qual é inconciliável o ancilamento das funções constitucionais.

Além disso, o Estado-juiz não se limita aos contornos do jurídico, uma vez que toda decisão prolatada traz consigo um propósito político, porquanto destinada à pacificação social e ao bem comum. Há de repercutir no seio da coletividade. Assim não fosse, limitar-se-ia à tese acadêmica ou a mero diálogo com os jurisdicionados. Não é, todavia, esse o escopo do Judiciário, que, como Poder da República, em atenção ao que estatui a Constituição Federal, finaliza a distribuição de justiça social e, como consectário, a construção de uma sociedade justa e solidária. Esclarece Mauro Cappelletti:

Os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do Direito e da nova

(22) *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 54-55.

(23) É exemplo de protagonismo judicial a atuação do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, na efetivação do direito à greve, assegurado ao servidor público pelo art. 37, VII, da Constituição Federal, norma ainda pendente de complementação pelo legislador infraconstitucional. A Corte Suprema, na hipótese, em vista da contumácia legislativa, removeu o obstáculo que se impunha ao pleno exercício do direito fundamental, o que fez sem ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, já que atuou nos estritos limites do que lhe autoriza a Carta da República (Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712).

(24) Releva notar o que ensina Dalmo de Abreu Dallari, para quem “o reconhecimento da politicidade do direito, nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais” (*O poder dos juízes*, p. 96).

função do estado do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas finalidades e princípios o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social (...). É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais (...) toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.⁽²⁵⁾

Desse modo, o Poder Judiciário, para o fiel cumprimento de sua missão constitucional, valer-se-á, em face da inoperância legislativa referentemente aos direitos sociais ainda pendentes de regulamentação, no bojo dos quais está, como já se disse, o direito *ao* trabalho, de hermenêutica que lhe permita concretizar o preceito fundamental preterido, conferindo-lhe interpretação condizente com a natureza de que se reveste o bem jurídico que se busca proteger, a dignidade da pessoa humana⁽²⁶⁾.

Aliás, para Clèmerson Merlin Clève, “os direitos fundamentais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular,

emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”⁽²⁷⁾.

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como dogmática constitucional emancipatória, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da ideia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.⁽²⁸⁾

É o que se espera na interpretação do direito *ao* trabalho: esforço hermenêutico em favor da concreção do preceito fundamental.

5. Proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: hermenêutica emancipatória e concreção do direito ao trabalho

O desemprego assola a sociedade capitalista, que identifica na rotatividade da mão de obra oportunidade para redução de custos e majoração de lucro. Enquanto o trabalhador aspira à continuidade do vínculo empregatício, fonte de sustento, o empregador, impulsionado pelo acúmulo de capital, defende a flexibilização dos direitos trabalhistas e resiste à aderência do empregado à empresa, propugnando o direito potestativo ilimitado de ruptura do pacto laborativo.

(25) *Juízes legisladores*, p. 40.

(26) Leciona Clèmerson Merlin Clève que “o ofício do jurista eticamente ligado com a práxis libertária assumirá vastas proporções, em face das inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas”. *Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo*. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima (Org.). *Lições de direito alternativo*, p. 114).

(27) A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 30.

(28) CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 29.

O direito fundamental *ao* trabalho, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, conforme o qual é garantido ao trabalhador “relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, é penhor de vida digna. O homem se reconhece íntegro no momento em que se percebe, produtivamente, inserido no seio social, economicamente estável e seguro⁽²⁹⁾.

Mas note-se que, decorridos mais de vinte anos do advento da Carta Cidadã, o direito fundamental *ao* trabalho, ainda, carece de efeitos práticos. Diga-se a propósito, para Norberto Bobbio, “o grave problema de nosso tempo com relação aos direitos não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los”⁽³⁰⁾.

O Constituinte Originário, comprometido com a dignidade da pessoa humana e cômico dos efeitos deletérios gerados pelo desemprego, que não se resumem a prejuízos materiais, mas atingem no âmago o homem, assegurou ao trabalhador proteção contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa, garantia que, vale observar, transcende os interesses individuais que se busca preservar, uma vez que, ao exigir a exposição dos motivos do desfazimento do pacto laborativo, proporciona ao empregado a segurança necessária à ativa participação nos movimentos operários, que, por outro lado, se fortalecem coletivamente na defesa de melhoria das condições de trabalho.

A garantia constitucional, demais disso, caminha ao encontro da função social do contrato de emprego e do princípio da boa-fé e da confiança, porquanto traz à tona os motivos

da ruptura contratual — que sempre há —, permitindo a correção de eventuais abusos e arbitrariedades, que não são apenas danosos ao homem trabalhador, mas também o são à sociedade⁽³¹⁾.

Destarte, a proeminência do direito *ao* trabalho, e que é própria de sua fundamentalidade, reclama esforço hermenêutico para que o resultado caminhe ao encontro da plena efetivação da garantia constitucional.

5.1. Eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988

O direito *ao* trabalho, como já se disse, é indissociável da dignidade da pessoa humana. O trabalho é meio de sobrevivência e instrumento de inserção social. E se assim o é, nenhum óbice haveria de se sobrepor à concreção do direito previsto pelo art. 7º, I, da Carta da República, cuja incidência direta sobre as relações jurídicas se afiguraria decorrência, aliás, da força normativa da Constituição, especialmente em face da natureza fundamental do preceito que se pretende aplicar.

A Constituição, no novo direito constitucional, goza de imperatividade, pois, como salienta Konrad Hesse, é norma jurídica em que se reconhece além de um ser, um dever-ser. Nessa qualidade, repousa a segurança de que os direitos fundamentais nela albergados serão efetivados⁽³²⁾.

Se a Lei Suprema estabelece em favor do trabalhador, como direito social, fundamental, proteção do emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, assim deve ser. E mais, há de ser independentemente do advento da lei complementar a que se refere a norma constitucional. Esse é o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior, que professa a eficácia imediata do preceito:

(29) Segundo Hannah Arent, é o trabalho que traz propósito à vida humana, uma vez que “tudo o que o labor produz destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana e este consumo, regenerando o processo vital, produz — ou antes, reproduz — nova ‘força de trabalho’ de que o corpo necessita para seu posterior sustento” (*A condição humana*. 5.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 111).

(30) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25.

(31) SOUZA, Rodrigo Trindade de. *A função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

(32) HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

Da previsão constitucional não se pode entender que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que tal proteção se trata de uma norma de eficácia plena. A complementação a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.⁽³³⁾

Logo, a garantia constitucional, para incidir imediatamente nas relações jurídicas, prescindiria de regulamentação, o que também decorreria da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, os quais, na atual fase do constitucionalismo, espraiam-se às relações privadas, já desequilibradas pelo poder social e econômico, conformando-as ao Texto Maior.

Nesse sentido, aliás, é o Enunciado n. 2, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada, pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), entre 21 e 23 de novembro de 2007:

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.⁽³⁴⁾

Ocorre que, segundo se pode inferir da manifestação do Supremo Tribunal Federal, em caráter precário, porquanto em medida cautelar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF, em que se discutiu a compatibilidade da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, com

a Constituição Federal, a norma do art. 7º, I, da Lei Maior⁽³⁵⁾, não prescinde de lei complementar que lhe regulamente o conteúdo, daí por que, a despeito das controvérsias doutrinárias que ainda possam ser consideradas sobre o tema, em sede jurisprudencial, o debate, nesse estágio, revelar-se-ia inócuo.

5.2. Vigência e constitucionalidade da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho

Admitindo-se, portanto, em respeito à manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, a quem cabe interpretar, definitivamente, o Texto Constitucional, conferindo-lhe o sentido e o alcance devidos, a eficácia limitada da norma do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, é possível, por outra vertente interpretativa, argumentar, no intento de alcançar a sua máxima efetividade, concretizando o direito social que veicula, que, conquanto programática e condicionada à intermediação legislativa, a integração normativa restou consolidada com a ratificação da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, Diploma Internacional mediante o qual o país se obrigou à proteção ao trabalho por meio de vedação à denúncia contratual sem justo motivo.

O Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, ao término da 1ª grande guerra mundial, e, nessa qualidade, ratificou sua Convenção n. 158, que, após aprovação pelo Congresso Nacional mediante Decreto Legislativo n. 68, de 16 de setembro de 1992, e depósito na Repartição Internacional do Trabalho, em 5 de janeiro de 1995, tornou-se pública, em 11 de abril de 1996, por meio do Decreto presidencial n. 1.855, e vigente, doze

(33) *Curso de direito do trabalho — a relação de emprego*. v. II, p. 435.

(34) Enunciado extraído do sítio da ANAMATRA: <<http://www.anamatra.org.br/>>.

(35) Releva salientar que houve perda superveniente do objeto da ADIn em decorrência do Decreto Presidencial de Denúncia n. 2.100. É possível encontrar a decisão no sítio do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1480&processo=1480>>.

meses após seu depósito, ou seja, a partir de 6 de janeiro de 1996.

Trata-se de Diploma Internacional que veda o desfazimento da relação de emprego sem justo motivo. Anote-se o que dispõe a Convenção, em seu art. 4º:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

De início, contudo, releva aferir a vigência interna desse Diploma Internacional, porquanto, em 23 de dezembro de 1996, por força do Decreto n. 2.100, foi denunciado isoladamente pelo Presidente da República, sob a autoridade da competência que lhe asseguraria o art. 84, IV⁽³⁶⁾, da Constituição Federal.

A celebração de tratados internacionais, segundo inteligência do art. 84, VIII, da Lei Maior, é competência privativa do Presidente da República, sujeita, todavia, a referendo do Congresso Nacional. E observe-se que a Carta da República, com coerência, em seu art. 49, I, imputa a este órgão competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Assim há de ser pela peculiaridade do ato, afinal a ratificação e a internalização do tratado internacional ao ordenamento jurídico doméstico não é somente ato de soberania, mas também de expressão da vontade popular.

Admitir-se, portanto, que o Presidente da República, unilateralmente, independentemente de manifestação do Congresso Nacional, desobrigue o país do Diploma Internacional, fere a lógica que anima o sistema. Se é da essência do ato a conjugação de vontades, deve ela estar

presente no seu desfazimento, tal qual na sua formação, porque, fosse diferente, por obviedade, a exigência se afiguraria estéril.

A denúncia da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, não se fez acompanhar de aprovação do Parlamento, daí por que extrapolou de sua competência. O ato normativo padece de vício formal de inconstitucionalidade e é, vale notar, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/DF, cujo julgamento aguarda conclusão⁽³⁷⁾.

Lado outro, é discutível a constitucionalidade material do decreto presidencial de denúncia, isto porque, ainda que superado estivesse o vício de forma, remanesceria o de substância, na medida em que o ato normativo representou manifesto retrocesso social, o que é inconciliável com a principiologia constitucional⁽³⁸⁾. Ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

(...) os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a

(37) É elucidativo o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa, que sobre a questão posta nessa ADI, assim se pronunciou:

"Em primeiro lugar, como já antecipado no trecho citado de Hamilton, a intervenção parlamentar é essencial para que o tratado exista internamente. A intervenção parlamentar não significa um mero controle da atividade executiva, ela é essencial para a existência do próprio ato, o tratado internacional, internamente. Se é da própria natureza do tratado, do ponto de vista do direito interno, que o parlamento atue na sua constituição, parece óbvio que o parlamento também precise atuar na desconstituição do tratado. Um tratado, do ponto de vista do direito interno, somente obriga (ou desobriga) com a intervenção parlamentar. Pensar de modo contrário significa desvirtuar a existência do tratado internacional em uma república democrática que atribui a órgãos e poderes competências específicas" (*Diário da Justiça*, n. 110, de 16.6.2009).

(38) Ingo Wolfgang Salert ensina que "(...) os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez deduzido do princípio do Estado Democrático de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado" (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 139).

(36) "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução."

constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (...). A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”.⁽³⁹⁾

Ao ingressar no ordenamento jurídico pátrio, a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, trouxe consigo efetividade ao direito fundamental ao trabalho, consolidando a garantia já assegurada pela Carta da República, avanço que passou a integrar o patrimônio social da nação, intangível como cláusula pétrea, por interpretação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal⁽⁴⁰⁾, e em relação ao qual não se admite, nem sequer por manifestação do Poder Constituinte Derivado, retroceder⁽⁴¹⁾.

É de se observar que o não retrocesso social é consectário do respeito ao princípio-matriz da dignidade da pessoa humana. Com efeito, reconhecida a fundamentalidade do direito, sua supressão importa mácula ao sistema, porquanto afrontado naquilo que lhe é nuclear. Os direitos fundamentais hão de ser progressivos, prospectivos. E cumpre notar que, nessa perspectiva, a cabeça do art. 7º, da Constituição

Federal, introduz o rol de direitos do trabalhador, os quais, conforme expressa ressalva, não afastam outros que traduzam melhoria à sua condição social.

Se a ordem constitucional está assentada na premissa de que o homem é o fim último do Estado, é forçoso concluir que as melhorias já atingidas, ainda que por intermediação legislativa infraconstitucional⁽⁴²⁾, devem ser preservadas. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais formam uma unidade de sentido e de valor, de modo que suprimir, reduzir ou afrontar qualquer um deles, não importa a dimensão em que se subsumam, implica alteração da identidade constitucional, o que é inconcebível. São oportunas, para melhor compreensão da relevância do tema, as palavras de Paulo Bonavides:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e como matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60, da Constituição Federal. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos — e foram tantos na sua liquidez inatacável —, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fluem, por conseguinte, numa intangibilidade que os colocam inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.⁽⁴³⁾

(39) *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 338-339.

(40) “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

(41) Veja-se o que, no mesmo voto-vista proferido na ADI n. 1.625/DF, que versa sobre a constitucionalidade do Decreto Presidencial 2.100, afirmou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa: “Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção n. 158 da OIT o status de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional.” (*Diário da Justiça*, n. 110, de 16.6.2009).

(42) Destaque-se que os direitos fundamentais não estão limitados ao texto constitucional, já que, segundo inteligência do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, os nela expressamente previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizer parte.

(43) *Curso de direito constitucional*, p. 594-595.

O decreto presidencial, portanto, extrapolou de sua competência e implicou indevido retrocesso social. Sendo assim, é ato írrito, inapto para produzir o efeito pressuposto e cuja nulidade faz retornar as coisas ao seu *status quo*, do que se pode concluir a vigência do Diploma Internacional no ordenamento jurídico interno.

Mas, conquanto se tenha por incompatível com a Lei Maior o decreto presidencial de denúncia e vigente internamente a Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, seria ela compatível com a Constituição Federal? Respondem positivamente Arnaldo Süssekind⁽⁴⁴⁾, Jorge Luiz Souto Maior⁽⁴⁵⁾, Marco Túlio Viana⁽⁴⁶⁾, entre outros.

O Diploma Internacional, assim como a Constituição Federal, veda a dispensa arbitrária, porém, vai adiante para explicitar as hipóteses excludentes da ilegalidade no exercício do direito potestativo de rompimento do contrato de emprego. Ao contrário de afrontar o preceito do art. 7º, I, da Lei Maior, a Convenção n. 158 integra-lhe o conteúdo, complementando-o naquilo que o legislador ordinário, não obstante o comando constitucional, não fez.

Diga-se a propósito que a Convenção n. 158, como tratado internacional que versa sobre direitos humanos, ingressou no ordenamento jurídico interno, a despeito de anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004, com qualidade de norma materialmente constitucional, já que integrante do bloco de constitucionalidade⁽⁴⁷⁾. Por certo, houve integração do preceito

constitucional, ao qual, aliás, bastaria regulamentação mediante lei complementar.

Porém, veja-se que nada obsta a que a integração da norma fundamental se opere por meio de lei de jaez distinto. Sob essa ótica, ainda que se recuse qualificação constitucional à Convenção n. 158, sua natureza seria supralegal, isso em consonância com o *status* reconhecido, em maioria⁽⁴⁸⁾, pelo Supremo Tribunal Federal, aos tratados de direitos humanos internalizados antes da reforma pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Demais disso, a inércia legislativa, por mais de vinte anos, no cumprimento do ditame constitucional, legitima a integração da norma do art. 7º, I, da Lei Maior, pela Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, vigente e válida, uma vez que confere concretude ao direito fundamental que se pretende efetivar, o direito *ao* trabalho, corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

5.3. Aplicação analógica do art. 165, da Consolidação das Leis do Trabalho: recurso à concreção do direito fundamental ao trabalho

O ordenamento jurídico, como se pode perceber, dispõe de normas capazes de integrar o preceito do art. 7º, I, da Constituição Federal. O sistema é dotado de instrumentos adequados à concretização do direito fundamental *ao* trabalho, como o art. 165, da Consolidação das

(44) A ratificação da convenção da OIT sobre despedida arbitrária. In: *Jornal Trabalhista*, p. 193-194.

(45) *Curso de direito do trabalho*. v. II, p. 440-449.

(46) Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista de Direito do Trabalho*, p. 153-164.

(47) Nesse sentido, é o entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, Eros Grau, Ellen Greice e Celso de Mello, este, aliás, em revisão de anterior compreensão sobre a matéria, exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF, cujo trecho do voto segue transcrito: "Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão

em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (*RTJ*, 179:493), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho a expor, qualificação constitucional." (Supremo Tribunal Federal, HC n. 87.585-8/TO, Sessão Plenária de 12.3.2008)

(48) A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à reforma, é orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal em razão do entendimento de seus Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Alberto Menezes Direito.

Leis do Trabalho, cumprindo ao intérprete fazer bom — e racional — uso deles.

O discurso jurídico deve estar orientado pelo novo paradigma axiológico identificado na Constituição Cidadã de 1988, o homem. A dignidade da pessoa humana é o centro para onde deve convergir toda atuação estatal. Reconhecida a premissa, não há, pois, como negar ao Poder Judiciário, por natureza, vocacionado para garantir a efetividade da vontade constitucional, já que assim o quis a soberania popular, o poder-dever de extrair do ordenamento jurídico a norma — regra e princípio — que melhor atenda à concreção do direito *ao* trabalho.

Se o ordenamento jurídico contém norma com disposição para regulamentar o preceito constitucional, proporcionando-lhe aplicação imediata, tem-se campo para legítima atuação do Estado-juiz, em postura proativa, afirmativa, protagonista.

O art. 7º, I, da Constituição Federal, condiciona a aplicabilidade da norma à legislação complementar, à qual caberia dispor sobre as hipóteses de dispensa arbitrária e de ruptura sem justa causa, assim também sobre os seus efeitos. Ocorre que, como se disse, já se vai mais de vinte anos sem manifestação do Parlamento, inércia maculada de flagrante inconstitucionalidade e que rende ensejo à integração pela aplicação analógica do art. 165, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conquanto o dispositivo constitucional faça referência à legislação complementar, nada impede, ao reverso, em face da omissão Parlamentar e da fundamentalidade do direito, autoriza, que a integração se dê com recurso à lei ordinária, em especial porque nenhuma distinção de relevo há entre essas espécies normativas. Apartam-se somente em relação à matéria e ao quórum de aprovação. Se ambas extraem seu fundamento de validade da Carta da República, nada há que as diferencie quanto à autoridade⁽⁴⁹⁾.

(49) A Corte Suprema adota entendimento de ausência de hierarquia entre leis ordinárias e complementares

O Texto Consolidado, em seu art. 165, veda a dispensa dos empregados titulares das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA), quando arbitrária, assim considerada a denúncia que não se funde em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Os conceitos, destarte, são depreendidos do ordenamento jurídico. A norma constitucional, naquilo que remetido para lei complementar, está plenamente integrada.

Denúncia sem justa causa (ou justo motivo) é aquela fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, uma vez que, nessas hipóteses, arbitrária não será.

Ademais, é de se observar que a esperada lei complementar, em atenção ao princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho, estará contingenciada pela previsão das excludentes de arbitrariedade já albergadas na norma celetista. Diante disso, a futura lei poderá, sim, para aprimorar, melhorar a condição do trabalhador, restringir as hipóteses de legalidade da dispensa, mas não lhe será autorizado ampliá-las.

Por outro lado, quanto aos efeitos do direito assegurado, o ordenamento jurídico dispõe, igualmente, de ferramenta apta à concreção da garantia constitucional, que, registre-se, não se limita à indenização compensatória.

A Lei Maior veda a denúncia arbitrária, que é ato nulo e, como consequência de lógica jurídica, implica reintegração do trabalhador ao emprego, tutela específica que se deve privilegiar porque “fórmula mais eficaz de cumprir a função social do direito”⁽⁵⁰⁾.

A indenização compensatória referida terá cabimento tão somente se impossível ou desaconselhável o cumprimento específico da obrigação — reintegração —, quando, então, em caráter subsidiário, a exemplo do que estabelece

(MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho* — a relação de emprego. v. II, p. 445-446).

(50) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho* — a relação de emprego. v. II, p. 439.

o art. 496⁽⁵¹⁾, da Lei Celetista, os danos ao patrimônio serão indenizados ou compensados, na medida de sua exata extensão, consoante vaticina o art. 944, do Código Civil⁽⁵²⁾.

Ao que se pode constatar, portanto, a norma celetista é valiosa ferramenta à disposição do Estado-juiz na missão que lhe foi afeta pelo Texto de 1988, qual seja, afiançar o cumprimento da vontade constitucional, garantindo que o direito fundamental *ao* trabalho, assim reconhecido pelo Constituinte Originário, alcance concretude e plena efetividade.

6. Considerações finais

O Direito do Trabalho surge e, historicamente, se consolida à medida que o modelo produtivo se desenvolve para alcançar o estágio capitalista, sistema incorporado no contexto socioeconômico e em razão do qual o Estado foi instado a intervir nos vínculos privados, tutelando o prestador hipossuficiente, submetido que é, na desigual relação com o tomador do trabalho, pela força do capital.

Esse ramo do Direito revelou-se, portanto, instrumento de justiça social, ferramenta necessária para a construção da democracia justa e solidária, e, nessa qualidade, foi paulatinamente inserido no Texto Constitucional, alcançando, no de 1988, abrangência e posição de relevo, especialmente pelo vínculo de pertinência com a principiologia inaugurada com a Carta Cidadã, que fez do homem o centro e o filtro axiológico do sistema, sobrelevando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A constitucionalização dos direitos trabalhistas e o novo modelo de normatividade representado pela Lei Maior, reconhecida como norma jurídica, dotada de substrato valorativo, imperatividade e de força vinculante, repercutiram na

hermenêutica constitucional, exigindo do intérprete adequação das técnicas de desvelamento da norma para que o discurso jurídico alcance, orientado pelo novo paradigma — a dignidade da pessoa humana —, a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, cuja concretização, frequentemente, é condicionada à atuação complementar do Poder Legislativo, inoperante, todavia.

A Constituição, como norma jurídica, expressão de um dever-ser, aspira e exige a concretização dos direitos sociais anunciados, sem a qual é frustrado o projeto de construção de sociedade justa e solidária. Enquanto os ajustes políticos parlamentares não se perfazem, o valor social do trabalho é, dia a dia, aviltado, o homem deixa de ser o fim último do Estado, a dignidade da pessoa humana perde a centralidade do sistema, que é privado da carga valorativa que lhe garante unidade e coerência.

É dever do Estado, portanto, especialmente do Estado-juiz, em vista da inatividade do Parlamento, envidar esforços — hermenêuticos — para o êxito dos comandos constitucionais. O Poder Judiciário, nessa nova fase de constitucionalismo contemporâneo, assume papel de destaque na efetivação dos incontáveis direitos trabalhistas relegados pelo Poder Legislativo, de que é exemplo o previsto no art. 7º, I, da Lei Maior, que protege a relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, porquanto pendentes de regulamentação há mais de vinte anos.

O trabalho não merece proteção apenas pelo sustento que dele se pode extrair, mas também pelos benefícios físico e mental que proporciona ao homem. Não é, pois, mercadoria, é meio de sobrevivência e instrumento de inserção social. Sem trabalho não se pode cogitar de dignidade da pessoa humana.

Sob essa perspectiva, é premente o protagonismo judicial. O Poder Judiciário, por determinação do Constituinte Originário, expressão da soberania popular, é garantidor da efetividade dos ditames constitucionais e deve ser, no Estado

(51) “Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.”

(52) “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Democrático de Direito, em diálogo harmônico com os demais Poderes, ativo participante na distribuição da justiça social.

Nesse mister, contingenciado, mas não anciloso, pelo princípio da Separação dos Poderes, o Estado-juiz, proativo, valer-se-á de hermenêutica jurídica emancipatória, comprometida e tendente à concreção do direito fundamental *ao* trabalho, atento, inclusive, para os recursos de integração oferecidos pelo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal assegura o trabalhador contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas condiciona a aplicabilidade do preceito à lei complementar, que ainda não veio. Nada obstante, no ordenamento jurídico, o Estado-juiz encontra fundamento para concretizar o preceito, seja acolhendo sua plena eficácia, a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição Federal, seja pela integração do comando do art. 7º, I, da Carta da República, pela Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho, vigente internamente e de manifesta legitimidade constitucional, ou, ainda, pela aplicação analógica do art. 165, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Se a Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho a fundamentos da República, e, imbuída desse propósito, garantiu ao homem, por meio de proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, o direito *ao* trabalho, assim há de ser.

De todos são o dever e a responsabilidade pelo êxito do Pacto político e jurídico encerrado na Lei Maior. Mas, para isso, há de se abandonar antigos dogmas e apreender o valor que anima a nova ordem constitucional, o homem.

7. Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. In: *Revista da Esmape*, Recife, v. 2, n. 6, 1997.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Eletrônica da OAB*, 4. ed., jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.

_____. *O direito e os direitos*: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 54, São Paulo: RT, jan./mar. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A constitucionalização dos direitos trabalhistas. Novo modelo de normatividade? In: *Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, n. 29, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev29Art2.pdf> Acesso em: 17 mar. 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE; Kanarik Boujikain; SEMER,

Marcelo (Coords.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Curso de direito do trabalho — a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. II.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A ratificação da Convenção da OIT sobre despedida arbitrária. In: *Jornal Trabalhista*, v. 12, n. 544, p. 193-194, fev. 1995.

VIANA, Marco Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista de Direito do Trabalho*, ano 34, n. 130, p. 153-164, abr./jun. 2008.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho



Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho

- **AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAU PROCEDIMENTO. “COLA” DURANTE PROVA NO CURSO DE FORMAÇÃO. JUSTA CAUSA. DESPROVIMENTO.** Considerado pelo eg. TRT que o ato de improbidade do empregado, por “cola” durante prova de curso de formação, caracteriza justa causa prevista no art. 482, *a*, da CLT, diante do mau procedimento, e porque não demonstrada divergência jurisprudencial na apreciação da matéria, não há como admitir o recurso de revista interposto, eis que não demonstrada ofensa à literalidade do dispositivo invocado. Aplicação da Súmula n. 296 do c. TST. Agravo de instrumento desprovido.

TST – AIRR – 382240-96.2008.5.09.0654

Data de publicação: 24.9.2010

ACÓRDÃO

6ª Turma

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST – AIRR-382240-96.2008.5.09.0654, em que é Agravante CIRO PINHEIRO FERRARI e Agravado PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRAS.

Contra o r. despacho de fls. 197/198, que negou seguimento ao seu recurso de revista, o reclamante interpõe agravo de instrumento, cujas razões encontram-se sintetizadas às fls. 1/6.

Contraminuta apresentada à fls. 205/209.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos legais de processamento, conheço do agravo de instrumento.

II – MÉRITO

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. JUSTA CAUSA

O Eg. Tribunal Regional, ao negar provimento ao recurso ordinário do reclamante, com relação ao reconhecimento de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, o fez sob o fundamento de que:

— Conforme documento de fls. 18/20 — correspondência dirigida ao Autor pelo Gerente Geral da Refinaria Presidente Getúlio Vargas — o Autor foi eliminado do curso de formação da empresa e teve o seu contrato de trabalho rescindido por justa causa sob os seguintes motivos, em suma:

1. Vossa Senhoria, na condição de participante do Curso de Formação de Técnico de Operação Júnior, previsto no Edital do Processo Seletivo Público PSP-RH-01/2008, no dia 15.10.2008, teve a prova que realizava recolhida pelo coordenador do curso e anulada por estar se utilizando de meio fraudulento para a realização da prova, qual seja, consulta não autorizada a anotações durante a prova.

2. Seu comportamento no caso representou infração ao Código de Ética e demais normas internas da Companhia, bem como ao Edital do Processo Seletivo Público.

Consta do Edital de Concurso Público do qual o Autor participou (fls. 21/33) e que resultou na sua admissão na Ré — em 26.6.2008, conforme CTPS de fls. 15 — que “16.1 Os(As) candidatos(as) que vierem a ser admitidos(as) ou readmitidos(as) no cargo de Técnico(a) de Operação Júnior participarão de Curso de Formação, de caráter obrigatório e eliminatório. (...)” e que “16.5 Serão eliminados(as) do Curso de Formação os(as) participantes que não obtiverem as notas definidas no plano de desenvolvimento do curso ou, ainda, infringirem as normas da Petrobrás. 16.6 O(A) participante admitido por ter sido aprovado(a) nesse processo seletivo que for desligado(a) do Curso de Formação, qualquer que seja o motivo, terá consequentemente, seu Contrato Individual de Trabalho rescindido, aplicando-se, em cada caso, o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”.

Portanto, o Autor tinha plena ciência de que o Edital de Concurso exigia a participação dos candidatos admitidos ao cargo em Curso de Formação, de caráter obrigatório e eliminatório, não sendo demais ressaltar o brocardo jurídico de que “o Edital faz lei entre as partes”. A exigência em questão não afronta nenhum princípio norteador da administração pública, senão otimiza o certame, que deve primar pela escolha de candidatos que se mostrem aptos para o exercício do cargo. A participação dos empregados em curso de formação profissional destina-se a propiciar o melhor desempenho da atividade laboral, o que vem ao encontro do princípio da eficiência de que trata o *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

(...)

No que toca ao fato tido como certo pelo MM. Juízo *a quo* — de que o Autor efetivamente tinha anotações em uma de suas

mãos que eram afetas à disciplina que estava sendo posta em teste (fls. 221) — a sentença não merece nenhum reparo. Em verdade, as evasivas constantes da petição inicial a esse respeito permitem até mesmo considerar que o Autor não se insurge contra essa acusação, como seria de se esperar caso não refletissem a realidade. Nesse sentido, observem-se os argumentos de que “A alegada tentativa de ‘cola’ não caracteriza ato de improbidade do empregado. Se possuía ou não o autor anotações na mão, como motiva o empregador, tal fato é irrelevante, pois não se pode punir por mera tentativa. Não se pune a intenção, a exemplo do que ocorre com a sistemática do direito penal. A simples intenção do empregado que não tenha sido exteriorizada, jamais significará manifestação punível, porquanto o desejo não tem reflexo jurídico”.

Com a devida *venia*, o fato de o empregado ser flagrado com “cola” na mão durante a realização de prova em Curso de Formação promovido pela empregadora não pode ser entendido como “mera tentativa” ou “intenção não exteriorizada” de realizar ilícito, senão revela traços de personalidade que prejudicam o vínculo de confiança que deve existir entre as partes, como bem considerou o MM. Juízo de primeiro grau. Plenamente cabível, assim, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa por ato de improbidade (art. 482, *a*, da CLT), na esteira da elucida doutrina de Valentin Carrion:

(...)

Acrescente-se que o fato de o Autor ter sido flagrado colando na prova restou comprovado pelas declarações da testemunha Cinthia Letícia Ramos, nos seguintes termos:

(...) corrobora em Juízo o conteúdo do documento a fl. 136; o autor apresentou atestado de acompanhamento em consulta da esposa e a regra era fazer uma prova substitutiva sem consulta; isso foi informado a ele depois do fato do atestado; não tem certeza se a prova anterior seria com consulta,

mas havia a opção dos examinadores; o autor consultou a mão três vezes na frente dela; ela pediu para ver a mão dele e lá estava o conceito de nafta craqueada pedida na prova; os demais viram o fato quando ela levou o autor até a outra sala e tirou a prova; ele disse que era a palavra dela contra a dele; o código de ética é entregue antes de qualquer coisa na ambientação conforme fls. 181; o curso visa também repassar valores, faltava pouco para terminar o curso; existe muito investimento no curso que acaba sendo referência; outras pessoas viram a discussão; ela diz que recolheu a prova e o autor disse que não seria justo; a etapa era eliminatória e não teria outra chance; foram três semanas entre uma prova e outra; diz que na mão estava escrito “nafta craqueada” e que a testemunha não tinha condições técnicas de conhecer os conceitos em questão, mas pela palavra escrita viu que era isso; diz que leu com o autor; era uma questão subjetiva e acha que o autor estava formulando questão e consultando; uma pessoa apenas viu, mas não pegou na mão do autor que será testemunha também; o autor teve situações de procurar médico na empresa, mas ela não sabe de doenças específicas; tinha empregados da empresa na sala ao lado; não chamou outros empregados para analisar ou testemunhar no momento porque já havia as outras pessoas na sala. (fls. 194)

De igual modo, as declarações da testemunha Alan Henrique de Sousa também confirmam que o Autor possuía anotações na mão quando da realização da prova: “viu a mão do autor, tinha coisa escrita, mas não dava para ler; viu a mão depois que o autor já tinha sido pego; (...); estava escrito na palma da mão”.

Destaca-se, também, a declaração da testemunha ouvida por indicação do próprio Autor, Edison Vitor da Costa, diretor do sindicato da Petrobrás: “o autor procurou um dos diretores do sindicato na apresentação inicial e depois detalhou; disse que estava

acontecendo algo estranho e que seria demitido; disse que o motivo seria supostamente ter colado na prova; disse que tinha anotado o endereço de um amigo na mão ou algo assim e que teriam pensado que era ‘cola’” (fls. 195).

Como se nota, restou suficientemente comprovado que o Autor possuía anotações na mão, não merecendo nenhuma credibilidade a justificativa apresentada perante o diretor do sindicato de que se tratava de “endereço de um amigo ou algo assim”, fato que nem sequer fora narrado na petição inicial. É evidente que o Autor não iria realizar a prova com anotações nas mãos que não se tratassem de “cola”, expondo-se a risco de ter a sua conduta inevitavelmente colocada sob suspeita. Prevalecem, aqui, as declarações da testemunha Cinthia, que viu a mão do Autor e identificou que lá estava o conceito de nafta craqueada pedido na prova.

Por fim, saliente-se que se tratam de meras alegações, desprovidas de qualquer prova, o fato de que a dispensa decorreu de perseguição em razão do estado de saúde e da idade (relativamente) avançada do Autor.

Em suas razões de recurso de revista, cujos argumentos são repetidos no agravo de instrumento, o reclamante alega que a suposta “cola” não caracteriza ato de improbidade, não ensejando, assim, a dispensa por justa causa. Diz que referida consulta somente poderia ser considerada ato faltoso, caso demonstrado prejuízo real ou potencial para o patrimônio e imagem da reclamada. Indica violação do art. 482, *a*, da CLT, e colaciona arestos para demonstração de divergência jurisprudencial.

Conforme consta no v. acórdão do Regional, o reclamante, participante do Curso de Formação de Técnico de Operação Júnior, de caráter obrigatório e eliminatório, teve a sua prova anulada, por estar utilizando de meio fraudulento para a sua realização, consistente na consulta não autorizada a anotações durante a prova, o que acarretou na sua dispensa por justa causa.

Registra, ainda, o Eg. Tribunal de origem, com base na prova testemunhal, que o reclamante efetivamente tinha anotações em uma de suas mãos que eram afetas à disciplina que estava sendo posta em teste, fato que não é passível de reexame nesta instância recursal, a teor do disposto na Súmula n. 126 deste Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

Diante desse contexto, em que demonstrado que a participação do reclamante no curso de formação era obrigatória e tinha caráter eliminatório, e que, comprovado que o reclamante utilizou-se de artifício inidôneo durante a realização do processo seletivo, ante a consulta não autorizada de anotações constantes em uma de suas mãos, não há que se falar em violação do art. 482, *a*, da CLT, por caracterizada a falta grave ensejadora da dispensa por justa causa, diante do mau procedimento demonstrado.

O recurso de revista também não se viabiliza por divergência jurisprudencial, na medida em que os arestos paradigmas, oriundos do TRT da 4ª Região (fls. 4/5), consignam

genericamente a tese de que a validade da dispensa por justa causa depende da comprovação inequívoca do ato de improbidade, não guardando, assim, identidade com o v. aresto impugnado, em que a falta grave restou devidamente comprovada. Aplicação da Súmula n. 296 desta C. Corte Superior.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 08 de setembro de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro Relator

Firmado por assinatura digital em 10.9.2010 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

- **EMENTA:** AÇÃO AJUIZADA NO EXTERIOR E AÇÃO PROPOSTA NO BRASIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA AINDA NÃO HOMOLOGADA PELO STJ. LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. Nos termos do art. 90 do CPC, “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Portanto, é indiferente à justiça brasileira que a ação ajuizada no exterior e a demanda proposta no Brasil tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, não induzindo a litispendência e tampouco a coisa julgada, uma vez que a decisão proferida por Tribunal estrangeiro somente terá eficácia no Brasil após a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, originariamente, tal processamento e julgamento (art. 105, I, i, da CF/88). Nesse sentido, a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “2. *Litispendência. À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. O juiz brasileiro deve ignorá-la e permitir o regular prosseguimento da ação.* 3. *Coisa julgada. Mesmo que a ação já tenha sido decidida no país estrangeiro, com trânsito em julgado, tal circunstância deve ser ignorada pelo juiz brasileiro, que deve determinar a continuação do processo de ação ajuizada no Brasil (...). Somente depois de homologada pelo STJ (...) é que a sentença estrangeira terá eficácia no Brasil.*” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 283).

Processo: TRT-00404-2006-111-03-00-2-RO

Recorrentes: 1) MENDES JÚNIOR PARTICIPAÇÕES S.A. E OUTRAS; 2) JOSÉ AURÉLIO DUTRA JACINTO

Recorridos: 1) OS MESMOS; 2) JÉSUS MURILLO VALLE MENDES; 3) EDIFICADORA S.A.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 32ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, em que figuram, como recorrentes, 1) MENDES JÚNIOR PARTICIPAÇÕES S.A. E OUTRAS e 2) JOSÉ AURÉLIO DUTRA JACINTO, e,

como recorridos, 1) OS MESMOS, 2) JÉSUS MURILLO VALLE MENDES e 3) EDIFICADORA S.A.

RELATÓRIO

Ao relatório de f. 1.871/1.878 que adoto e a este incorporo, acrescento que a Exma. Juíza Renata Batista Pinto Coelho, em exercício na 32ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, pela r. sentença de f. 1.871/1.878, acolheu a preliminar de coisa julgada em relação ao FGTS + 40% anterior a 14.12.95, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, quanto a eles, nos termos do art. 267, V, do CPC; rejeitou

as demais preliminares arguidas; acolheu a prescrição dos créditos com exigibilidade anterior a 02.05.01, extinguindo o processo, com resolução do mérito, quanto a eles (art. 269, IV, do CPC), exceto no que tange ao FGTS + 40%, cuja prescrição é trintenária, observado o limite de 14.12.95; reconheceu a unicidade contratual, de 7.2.89 a 25.11.05, e determinou a retificação da CTPS do autor, para fazer constar o término do contrato em 25.11.05; julgou improcedente a ação em face de JÉSUS MURILLO VALLE MENDES e julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados por JOSÉ AURÉLIO DUTRA JACINTO em desfavor de MENDES JÚNIOR PARTICIPAÇÕES S.A. – MENDESPAR (1ª), MENDES JÚNIOR TRADING ENGENHARIA S.A. (2ª); MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S.A. – MJESA (3ª), MENDES JÚNIOR INTERNATIONAL COMPANY – MJICO (4ª), CIA. MINEIRA DE PARTICIPAÇÕES INDUSTRIAIS E COMERCIAIS (5ª) e EDIFICADORA S.A. (6ª), para condenar as reclamadas, de forma solidária, a pagarem ao reclamante as verbas relacionadas no dispositivo de f. 1.895/1.896.

Julgados improcedentes os embargos de declaração opostos pelas reclamadas e pelo reclamante (f. 1.897/1.901, 1.902/1.908 e 1.910/1.911).

A primeira, segunda, terceira, quarta e quinta reclamadas interpõem o recurso ordinário de f. 1.912/1.949. Alegam a nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional e por cerceamento de defesa, ante o indeferimento da oitiva da testemunha Otacílio Pinto Vilela e da limitação a três do número de testemunhas. Afirmam que a sentença é *ultra petita* e condicional, importando em violação aos arts. 2º, 128 e 460 do CPC, e que deveriam integrar o polo passivo da ação as empresas para as quais o reclamante trabalhou no Chile. Sustentam que o processo deve ser extinto parcialmente em relação aos pedidos veiculados na demanda ajuizada no exterior, haja vista a incidência da coisa julgada e que, caso assim

não se entenda, deve ao menos ser suspenso o processo até que seja decidida a ação proposta no Chile. Argumentam, outrossim, que está prescrito o contrato de trabalho encerrado em 14.12.95; que o depoimento da testemunha ouvida a rogo do reclamante é imprestável como meio de prova; que são incomunicáveis os contratos de trabalho celebrados pelo autor no Brasil e no Chile, devendo ser determinada a dedução dos valores recebidos nas rescisões contratuais; que é indevida a devolução dos valores descontados a título de plano de saúde e seguro de vida; que o reclamante gozou regularmente as férias; que é descabida a multa do art. 477 da CLT, bem como os prêmios e o aviso prévio. Requer, ainda, que seja afastada a cominação de multa para o caso de descumprimento da obrigação de anotação da CTPS do autor.

Comprovantes de recolhimento das custas processuais e do depósito recursal às f. 1.950/1.951.

O reclamante apresenta contrarrazões às f. 1.956/2.004 e interpõe o recurso ordinário adesivo de f. 2.006/2.030. Alega ser devido o adicional de transferência e sustenta que o sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES, deve ser condenado ao menos de forma subsidiária. Pugna, ainda, pela retificação de erro material na sentença; pela compensação dos valores recebidos e não apenas daqueles deferidos no processo chileno; pela adoção da taxa de câmbio relativa à cotação de fechamento para venda do PESO/CHILE; pelo reconhecimento da projeção do aviso prévio e pela exclusão da sentença da determinação de compensação de eventual valor que venha a receber no Chile a título de “indemnización por años de servicios”. Requer, por fim, a condenação das reclamadas por litigação de má-fé.

Contrarrazões pelas reclamadas às f. 2.033/2.048. Sustentam que o recurso não deve ser provido e requerem que sejam riscadas dos autos as expressões deselegantes contidas no

apelo do autor, bem como a sua condenação ao pagamento de multa por litigação de má-fé.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela primeira, segunda, terceira, quarta e quinta reclamadas, exceto do requerimento de que seja determinada a compensação de todas as parcelas recebidas pelo reclamante em razão das rescisões contratuais anteriores da 25.11.05, por falta de interesse recursal.

Com efeito, observa-se que o juízo primevo determinou na sentença a dedução dos valores comuns que vierem a ser deferidos ao reclamante na ação que é movida no Chile, bem como a importância de \$ 29.840.824 (vinte e nove milhões, oitocentos e quarenta mil, oitocentos e vinte e quatro pesos chilenos) recebida a título de liquidação do contrato com a BB-MJ, além de *“todos os valores pagos ao mesmo título no curso do contrato de trabalho, durante o período não prescrito, para se evitar o enriquecimento sem causa”* (f. 1.893).

Conheço do recurso ordinário adesivo manejado pelo reclamante.

Considerando que a sexta reclamada, EDIFICADORA S.A., não integra a relação das recorrentes de f. 1912 (petição de encaminhamento do recurso), determino a retificação da autuação para também constar dentre os recorridos a (3) EDIFICADORA S.A.

JUÍZO DE MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS

NULIDADE DA DECISÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alegam as recorrentes a nulidade da decisão de f. 1.910/1.911, proferida no julgamento dos embargos de declaração, por negativa de

prestação jurisdicional, sob o fundamento de que o juízo primevo não justificou a decisão, incorrendo em violação ao art. 832 da CLT e ao art. 93, IX, da CF/88.

Sem razão.

Pela leitura da sentença de f. 1.871/1.896 e da decisão dos embargos de declaração (f. 1.910/1.911), conclui-se que não pode ser acolhido o ericado, considerando-se que o juízo de origem decidiu a matéria objeto da lide, demonstrando, de forma clara, os fundamentos que formaram o seu convencimento, em conformidade com o disposto nos arts. 93, IX, da CF/88 e 131, do CPC, não se vislumbrando, na espécie, a suposta ausência de prestação jurisdicional, tampouco o menor indício de ofensa aos preceitos da Constituição e de lei federal indigitados.

Frise-se que as questões discutidas pelas reclamadas nos embargos de declaração (f. 1.897/1.901), referentes ao seguro de vida e à compensação, foram detidamente apreciadas na sentença, tendo a MM. juíza *a quo* apresentado seus fundamentos, segundo o princípio do livre convencimento motivado.

Não bastasse, cabe ressaltar que o recurso devolve ao Tribunal o conhecimento das matérias impugnadas. Exegese do art. 515 do CPC.

Rejeito.

NULIDADE DA SENTENÇA — CERCEAMENTO DE DEFESA — INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHA

Aduzem as reclamadas a ocorrência de cerceamento de defesa, pelo indeferimento da oitiva da testemunha Otacílio Pinto Vilela. Afirmam que o referido senhor *“não é mais representante da ex-empregadora do recorrido”* (f. 1.919) e que o art. 405 do CPC não se aplica ao Processo do Trabalho, que dispõe de regra própria, no aspecto (art. 829 da CLT). Asseveram que, nesse contexto, a decisão em questão importou em violação ao devido processo legal e ao direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).

Sem razão.

Conforme documento de f. 950, em 25.10.05, o Sr. Otacílio Pinto Vilela foi nomeado representante permanente da MJ-CHILE, não havendo, à época em que proferido o despacho de f. 1.282, que indeferiu a sua oitiva como testemunha, qualquer documento comprovando a sua destituição desse encargo.

Portanto, correto o indeferimento do pedido de expedição de carta rogatória para a sua oitiva como testemunha, haja vista o disposto no art. 405, § 2º, III, do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho, por força do art. 769 da CLT.

Frise-se que, em substituição a essa testemunha, as reclamadas indicaram o Sr. Mário Faustino Bufante Centena, cujo depoimento foi colhido às f. 1.642/1.643, pelo que não há que se falar em cerceamento de defesa e em violação ao art. 5º, LIV e LV, da CF/88.

Rejeito.

NULIDADE DA SENTENÇA — CERCEAMENTO DE DEFESA — LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS

Alegam as reclamadas que importou em cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de oitiva de outras três testemunhas. Afirmam que “*pouco importa a existência ou não de grupo econômico*”, pois “*havendo litisconsórcio passivo, como no caso dos autos, cada uma delas poderá ouvir até três testemunhas*” (f. 1.924). Invocam os arts. 820 e 821 da CLT, os arts. 332 e 400 do CPC e o art. 5º, LIV e LV, da CF/88.

Sem razão.

Nos termos do art. 821 da CLT, “*cada uma das partes não poderá indicar mais de três testemunhas (...)*”.

Com efeito, considerando-se que as reclamadas fazem parte de um mesmo grupo econômico, estando, inclusive, representadas em juízo pelo mesmo preposto e pelos mesmos procuradores, podem ouvir apenas três testemunhas, como ocorreu no presente caso.

Demais disso, é importante pontuar que as questões debatidas no processo restaram devidamente esclarecidas pelas provas documental e oral coligidas aos autos, revelando-se, de qualquer modo, desnecessária a oitiva de novas testemunhas, aplicando-se à hipótese o art. 130 do CPC.

Rejeito.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO

Pontuam as recorrentes que, “*embora exista pedido de condenação solidária das reclamadas, sob a alegação de grupo econômico, jamais poderia a demanda ser dirigida contra supostos devedores solidários, sem incluir-se, no polo passivo as devedoras principais*” (f. 1.929). Alegam que a hipótese é de litisconsórcio passivo necessário, ante a indivisibilidade do seu objeto, conforme art. 47 do CPC. Invocam o art. 5º, LIV e LV, da CF/88.

Ao exame.

Nos termos do art. 47 do CPC, “*há litisconsórcio 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; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*”.

No presente caso, o reclamante alega, na inicial, que todas as reclamadas pertencem a um mesmo grupo econômico e requer a condenação solidária das empresas, conforme art. 2º, § 2º, da CLT.

Não nega o autor que, a partir de 01.12.94, foi transferido para o Chile, passando a laborar para as empresas Mendes Júnior & Associados S.A. — MJ-Chile e, em 2005, para a Balfour Beatty Mendes Júnior — BB-MJ.

No entanto, tratando-se de grupo econômico e, portanto, de um empregador único, não há óbice a que o trabalhador eleja as empresas que devem integrar o polo passivo da ação, ainda que não relacione, dentre elas, algumas para as quais prestou serviços.

Saliente-se, outrossim, que o autor pretende, *in casu*, o reconhecimento da unicidade contratual, no período de 7.2.89 a 25.11.05, e que foi contratado, em 07.02.89, pela CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S.A., atualmente denominada MENDES JÚNIOR ENGENHARIA S.A., estando esta empresa relacionada no polo passivo da demanda.

Com efeito, não vinga o argumento das recorrentes de violação ao art. 47 do CPC e ao art. 5º, LIV e LV, da CF/88.

Rejeito.

EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO — COISA JULGADA — LITISPENDÊNCIA — SUSPENSÃO DO PROCESSO

Aduzem as recorrentes a ocorrência da coisa julgada, por ter o autor ajuizado, no Chile, ação trabalhista contra a Construtora Mendes Júnior Chile S.A. Sustentam que “a regra do art. 90, do CPC, não pode prevalecer ante os princípios que combatem o enriquecimento sem causa e que impedem, por meio de norma de ordem pública, a repetição de demandas (...)” (f. 1.932).

Caso assim não se entenda, sustentam que o processo deve ser suspenso, por força do art. 265, IV, *a*, do CPC.

Ao exame.

Nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 301 do CPC, há litispendência quando se repete ação que está em curso e há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso, sendo uma ação idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

No entanto, embora seja incontroverso ter o autor ajuizado, perante a justiça chilena, ação pleiteando parcelas devidas em relação ao contrato firmado com a Mendes Júnior & Associados S.A. — MJ-CHILE, no período de 5.10.89 a 31.12.04, ao caso aplica-se o disposto no art. 90 do CPC, segundo o qual “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz

litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”.

Com efeito, diante da expressa disposição legal, não procede a alegação das reclamadas de litispendência ou de coisa julgada, sendo certo que eventual decisão proferida no exterior somente terá eficácia no Brasil após a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, originariamente, tal processamento e julgamento (art. 105, I, *i*, da CF/88), o que não ocorreu no caso em comento.

Nesse sentido, a doutrina Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“2. *Litispendência.* À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. O juiz brasileiro deve ignorá-la e permitir o regular prosseguimento da ação.

3. *Coisa julgada.* Mesmo que a ação já tenha sido decidida no país estrangeiro, com trânsito em julgado, tal circunstância deve ser ignorada pelo juiz brasileiro, que deve determinar a continuação do processo de ação ajuizada no Brasil (...). Somente depois de homologada pelo STJ (...) é que a sentença estrangeira terá eficácia no Brasil.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 283).

Impende ressaltar que sequer haverá enriquecimento sem causa do autor, pois ele próprio requereu, na inicial, a dedução dos valores devidos na presente ação do montante das parcelas a serem recebidas no Chile.

Por consequência, também não é o caso de suspensão do processo, com fulcro no art. 265, IV, *a*, do CPC, pois o presente feito não é dependente do julgamento daquela ação ajuizada no Chile. Além disso, se é possível a propositura, no Brasil, da mesma ação já ajuizada no exterior, isso significa que os processos são totalmente independentes.

Rejeito.

CONTRADITA DA TESTEMUNHA DO AUTOR

Pretendem as reclamadas o acolhimento da contradita da testemunha indicada pelo autor, por ser seu amigo íntimo, o que teria sido comprovado pela afirmação de que *“já foi na residência do autor em um aniversário”*.

Também, nesse aspecto, não lhes assiste razão.

O fato de a testemunha ter ido *“na residência do reclamante em um aniversário”* não significa que seja dele amigo íntimo, mesmo porque, como esclarecido em juízo, *“outros colegas de serviço também compareceram”*, o que revela muito mais a ocorrência de uma confraternização de trabalho do que uma amizade íntima, expressamente negada pela testemunha (f. 1.639).

Rejeito.

PRESCRIÇÃO TOTAL — PRIMEIRO CONTRATO DE TRABALHO

Pugnam as reclamadas pela declaração da prescrição total em relação ao contrato de trabalho vigente de 7.2.89 a 14.12.95. Afirmam que o autor reconheceu a legalidade da rescisão contratual ao ajuizar ação perante esta Justiça Especializada para reclamar verbas dela decorrentes que não haviam sido quitadas, conforme documentos de f. 656/728.

Sem razão.

Tratando-se de pedido de reconhecimento da unicidade contratual, no período de 7.2.89 a 25.11.05, da extinção do último contrato começa a fluir o prazo prescricional do direito de ação. Nesse sentido, a Súmula n. 156 do TST.

Frise-se, outrossim, que o fato de o autor ter ajuizado demanda trabalhista objetivando o recebimento das verbas referentes ao período contratual de 07.02.89 a 14.12.95 não afasta o eventual reconhecimento da ilicitude da rescisão do contrato de trabalho na referida data de 14.12.1995.

Desprovejo.

UNICIDADE CONTRATUAL — GRUPO ECONÔMICO — LEI N. 7.064/82 — DIREITOS RECONHECIDOS

As recorrentes não se conformam com o reconhecimento da unicidade contratual no período de 7.2.89 a 25.11.05 e com a sua condenação, solidária, ao pagamento das verbas trabalhistas previstas na legislação brasileira, mais benéfica que a do local da prestação de serviços, haja vista o disposto na Lei n. 7.064/82. Alegam, em síntese, que, após a transferência para o Chile, em outubro de 1994, o reclamante não manteve qualquer relação obrigacional com a empresa brasileira, tendo sido rescindido o contrato de trabalho com tal empregadora, e que ele negociou sua ida para o exterior, depois de receber convite prodigioso de trabalho, uma vez que as condições contratuais no Chile eram mais vantajosas, sendo evidente o seu interesse em ir laborar naquele país. Asseveram, outrossim, que a participação acionária na empresa chilena não significa qualquer ingerência, de modo que não há que se falar em grupo econômico.

Ao exame.

É incontroverso que o reclamante foi admitido em 7.2.1989 pela Construtora Mendes Júnior S.A., atual Mendes Júnior Engenharia S.A. — MJESA; que foi transferido para o Chile, em 5.12.89, laborando para a Construtora Mendes Júnior Chile Ltda., atual Mendes Júnior e Associados S.A. — MJ-CHILE; que em 30.9.92 retornou para o Brasil e que, em 1º.12.94, foi novamente transferido para a MJ-CHILE.

É certo, ainda, que o contrato de trabalho do autor com a MJESA, iniciado em 7.2.89, foi rescindido em 14.12.95, conforme cópia da CTPS (f. 60) e TRCT de f. 697, tendo o autor proposto ação perante a Justiça do Trabalho, vindicando parcelas do referido período contratual, conforme documentos de f. 701/722.

Outrossim, não discordam as partes de que o reclamante foi transferido em 1º.12.94 para

a MJ-CHILE, como relatado em linhas volvidas, e que permaneceu vinculado a essa empresa até 31.12.04, tendo o autor proposto reclamação trabalhista em Santiago no Chile, visando ao recebimento de verbas desse contrato, não pagas quando da rescisão contratual, em razão da dificuldade econômica financeira da MJ-CHILE, em processo de recuperação judicial.

Contudo, antes do término do contrato com a MJ-CHILE, o reclamante passou a cumular suas funções, a partir de 1º.01.04, com o trabalho para a Bealfour Beatty GmbH e Mendes Júnior Ltda. — BB-MJ, vindo o contrato a ser rescindido em 25.11.05, data em que o autor pretende ser reconhecida como a do término do pacto, sob o fundamento de que sempre laborou para o mesmo grupo econômico.

Pois bem.

A questão primordial para o deslinde da controvérsia reside na discussão acerca da validade da rescisão do contrato de trabalho firmado entre o autor e a empresa brasileira MJESA, em 14.12.95, e, portanto, na existência, ou não, de um único contrato de 7.2.89 a 25.11.05, haja vista o labor para empresas do mesmo grupo econômico. Isso porque, tratando-se de um único contrato, iniciado em 7.2.89 no Brasil, aplica-se o disposto no art. 3º da Lei n. 7.064/82, que prevê:

“Art. 3º. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I – os direitos previstos nesta Lei;

II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas em relação a cada matéria”. (grifos acrescentados)

É bem verdade, como se infere pela análise da prova documental e oral coligida aos autos, que o autor, quando transferido em 1º.12.94 para o Chile, passou a receber salário e vantagens

superiores às aquelas percebidas no Brasil. Contudo, não há elementos nos autos aptos a confirmarem o argumento das reclamadas de que tal transferência realizou-se unicamente no interesse do reclamante.

Pelo contrário. Na defesa, as reclamadas revelam que, nos anos de 1994 e 1995, a Mendes Júnior Engenharia S.A. — MJESA — “passou à quase inatividade, sem possibilidade de alcançar novas obras e mesmo participar de processos de licitação (...)”, motivo pelo qual “muitos dos seus empregados (...), como o autor, pelo grau de capacitação profissional e especialidade, passaram a ser requisitados por empresas do ramo, em face do processo de desmantelamento do patrimônio técnico e humano da MJESA” (f. 654).

Portanto, o que se nota é que a transferência para o Chile não ocorreu por livre e espontânea vontade do reclamante. Consistiu, na verdade, na sua única opção, dada a crise enfrentada pelo grupo Mendes Júnior no Brasil.

Pontue-se, ademais, que o mais relevante no presente caso é o fato de que o reclamante foi transferido para a MJ-CHILE em 1º.12.94, quando em vigor o contrato com a MJESA, empresa nacional, o que atrai a aplicação da Lei n. 7.064/82, por força do seu art. 2º, I, e, consequentemente, a obrigatoriedade de observância da legislação brasileira naquilo que mais favorável ao trabalhador.

Veja-se que na própria ficha de registro de empregado do autor consta a informação de que foi transferido em 1º.12.94 (f. 694).

Saliente-se, outrossim, que a prova oral também confirma as referidas ponderações acerca dos motivos que levaram o autor a trabalhar no Chile, bem como a existência da figura do grupo econômico entre as reclamadas e as empresas MJ-CHILE e Bealfour Beatty-MJ, para as quais trabalhou o autor no citado país.

Vejam-se as declarações do preposto das reclamadas (f. 1.638/1.639, 9º vol.):

“que imagina que a Mendes Júnior Chile faz parte do grupo econômico Mendes Júnior,

não sabendo a participação; (...) que Mendes Júnior Chile Ltda., Mendes Júnior Chile S.A. e Mendes Júnior e Associados são a mesma empresa com associações diferentes; (...) que nos idos de 1994 a Mendes Júnior do Brasil passou por uma grave crise financeira, sendo que muitos empregados foram dispensados; que a Mendes Júnior do Chile, que estava em fase de expansão, convidou os empregados dispensados e aqueles que estavam em via de serem dispensados a integrarem os seus quadros; que a gerência do Chile, inclusive composta por muitos oriundos do Brasil, entrava em contato com os funcionários para saber a sua disponibilidade; (...) que em 1995 foi feita uma rescisão em massa, contemplando mais de 30 mil empregados no Brasil inteiro; (...) que o reclamante estava licenciado no Brasil, quando a Mendes Júnior Engenharia S.A. decidiu dispensá-lo para quitar o passivo trabalhista; que o reclamante estava efetivamente contratado pela Mendes Júnior Chile; que a quitação se deu com relação à Mendes Júnior Engenharia; que a rescisão ocorreu após a ida do reclamante para o Chile; (...).”

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Gastão Penna Ratto, indicada pelo autor (f. 1.639/1.642, 9º Vol.):

“que trabalhou na Mendes Júnior de 1986 a 2005, tendo trabalhado na Mendes Júnior Engenharia e na Mendes Júnior Chile; que foi trabalhar na Mendes Júnior Chile em 1995; que outros brasileiros também foram para o Chile, pois a Mendes Júnior possuía projeto neste país; (...) que no final de 1995 a Mendes Júnior promoveu uma dispensa em massa de todos os funcionários, noticiando que também foi dispensado; que foi para o Chile em setembro de 1995, sendo que o seu contrato somente foi rescindido em novembro de 1995, juntamente com todos os funcionários da Mendes Júnior; que quando da dispensa não houve quebra de continuidade

da prestação de serviços do depoente; (...) que no final de dezembro de 2004 foi dispensado pela Mendes Júnior Chile, sendo contratado pela Bealfour Beatty Mendes Júnior em outubro de 2004 ou janeiro de 2005; que o reclamante trabalhava com o depoente na Mendes Júnior Chile, sendo que também foi trabalhar na Bealfour Beatty Mendes Júnior com o depoente; que trabalharam na obra do metrô de Santiago, na montagem das vias da linha 4 e 4A; (...) que no período da Bealfour Beatty Mendes Júnior e da Mendes Júnior Chile a patrocinadora do Mendes Prev sempre foi a Mendes Júnior Engenharia; (...)” (testemunha Gastão Penna Ratto (f. 1.639/1.642, 9º vol.).

Também nessa linha, o depoimento da testemunha Sérgio Eduardo Campos, de parte do reclamante, ouvido por carta precatória (f. 1.496) e das testemunhas Sérgio Eduardo Campos e Marcela Andréa Muñoz Bacho, ouvidas por carta rogatória (f. 1.346/1.420).

Não se olvida que, segundo a testemunha Mário Faustino Bufante Centena, arrolada pelas reclamadas, a empresa MJ-CHILE era independente das reclamadas, possuindo autonomia administrativa e financeira. Afirmou a testemunha que *“quando trabalhava no Chile não se reportava a ninguém do Brasil; que nas obras em que o depoente trabalhou, seus colegas também não se reportavam a ninguém do Brasil; que a Mendes Júnior Chile possuía administração autônoma; (...) que era a Mendes Júnior do Chile quem decidia acerca da contratação dos funcionários, ainda quando era do exterior; que era a própria Mendes Júnior do Chile quem fazia o recrutamento dos funcionários, inclusive do exterior; que a empresa Mendes Júnior do Chile era independente; que à época as condições de trabalho no Chile eram melhores, sendo os salários 03/04 vezes melhor que no Brasil; (...)”* (f. 1.642/1.643, 9º Vol.).

Isso, contudo, não afasta o reconhecimento da unicidade contratual e a nulidade da rescisão ocorrida em 14.12.95, mesmo porque, nos

termos do art. 9º da Lei n. 7.064/82, “o período de duração da transferência será computado no tempo de serviço do empregado para todos os efeitos da legislação brasileira, ainda que a lei local de prestação do serviço considere essa prestação como resultante de um contrato autônomo e determine a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação” (grifos acrescidos).

Cabe pontuar que a figura do empregador único e da unicidade contratual também é demonstrada pela constatação de que o autor filiou-se ao Plano de Previdência Privada, MENDESPREV, em 1º.8.91, tendo a MJESA figurado como copatrocinadora desse plano até novembro de 2005, não obstante a rescisão contratual em 14.12.95, como admitido pelas reclamadas na defesa (f. 668). As próprias rés, nesse ponto da defesa, afirmam que “*é de bom conselho esclarecer que as reclamadas não negam a existência do Grupo Econômico*” (f. 668).

Demais disso, não altera as conclusões expostas o fato de o autor ter continuado a residir no Chile, mesmo após o término do contrato com as reclamadas em 25.11.05, por ter firmado contrato de trabalho com outra empresa construtora, como declarado no seu depoimento pessoal (f. 1.637).

Destarte, considerando-se o labor ininterrupto para as empresas do GRUPO MENDES JÚNIOR, no período de 7.2.89 a 25.11.05, deve-se manter a declaração da nulidade da rescisão contratual havida em 14.12.95, o reconhecimento da unicidade contratual no citado período, bem como a aplicação ao caso da Lei n. 7.064/82.

Nego provimento.

DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS

Insurgem-se as reclamadas contra a condenação à restituição dos valores descontados do salário do reclamante a título de seguro de vida e assistência médica, conforme se apurar em liquidação. Sustentam a validade dos descontos, por ser o salário pactuado sobre o valor líquido e em razão de condição especial de

contratação do seguro e do plano de saúde. Dizem que restou provado que o autor pagou por um serviço diferenciado e que a empregadora arcava com o benefício ordinário que era oferecido a todos os empregados.

Ao exame.

Nos termos dos arts. 21 e 22 da Lei n. 7.064/82, está o empregador obrigado a fornecer, gratuitamente, ao empregado que presta serviços no exterior, seguro de vida e acidentes pessoais, além da assistência médica.

No entanto, os documentos de f. 473/524 comprovam os descontos do seguro de vida e assistência médica do salário do autor.

Impende ressaltar que o autor nega a alegação das reclamadas de que tenha optado por apólice de seguro e assistência médica mais vantajosas. Com efeito, cabia às reclamadas a prova da afirmação em contrário (art. 818 da CLT e art. 333, II, do CPC).

No aspecto, afirmou a testemunha Gastão Penna Ratto, indicada pelo reclamante, que “*no Chile possuíam direito a seguro de vida e assistência médica, que era pago pela Mendes Júnior e descontado do funcionário, não se recordando do percentual de desconto; (...) que sabe que o autor possuía plano de saúde, não sabendo se era diferenciado*” (f. 1.640 e 1.641, 9º vol.).

Disse, ainda, a testemunha Mário Faustino Bufante Centena, arrolada pelas reclamadas, que “*havia um seguro de vida em nível diferenciado, noticiando que o plano de saúde era no mesmo nível para todos os funcionários; que o seguro de vida diferenciado não era descontado dos funcionários*” (f. 1.642, 9º vol.).

Vê-se que, embora a testemunha Mário Faustino tenha afirmado que havia um seguro de vida em nível diferenciado, disse que ele não era descontado do salário. Declarou, ainda, a testemunha que o desconto referia-se ao plano de saúde, que era do mesmo nível para todos os empregados.

Por outro lado, segundo a testemunha Sérgio Eduardo Campos, de parte das reclamadas, “a

empresa Chilena pagava o plano de saúde, seguro de vida e seguro de assistência trabalhista; que isto era pago para todos os que trabalharam no projeto; que pediu para ampliar o benefício e pagou pela ampliação; (...) que o depoente e seus colegas sofriam descontos para ressarcimento de plano de saúde e seguro” (f. 1.496, 8º vol).

Pontue-se que o depoimento da testemunha Moacir Fernandes Paiva Vieira (f. 1.469, 8º vol.) foi colhido em outro processo e não houve a sua admissão como prova emprestada, motivo pelo qual não deve ser considerado como meio probatório nesta demanda.

Ademais, o documento de f. 97 (anexo ao contrato de trabalho firmado com a BB-MJ em 01.11.04) apenas respalda a constatação de que era descontado do salário do autor o “pagamento obrigatório de saúde”.

Portanto, analisado o processado, conclui-se que havia um plano de saúde básico, mas que poderia ser ampliado, para um benefício melhor, a pedido do empregado.

Desse modo, o valor correspondente à diferença desse benefício complementar e diferenciado deve ser suportado pelo trabalhador, não podendo o encargo ser atribuído à empregadora.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para deferir a exclusão da restituição dos valores atinentes a seguro de vida e assistência médica, naquilo em que os valores ultrapassarem o básico garantido pela empresa, conforme se apurar em liquidação.

FÉRIAS

Afirmam as recorrentes que o reclamante gozou regularmente suas férias, sendo que as referentes aos anos de 2004 e 2005 foram quitadas pelo documento de f. 113.

Ao exame.

A concessão das férias prova-se mediante recibo e/ou anotação na CTPS, documentos esses não apresentados nos autos pelas reclamadas.

Além disso, o documento de f. 84/88 revela que o reclamante usufruía suas férias de forma

parcelada, havendo saldo remanescente não gozado.

Em razão disso, o fato das testemunhas Marcela Andréa e Mário Faustino terem afirmado que usufruíam férias (f. 1.412 e 1.642) não significa que o autor tenha usufruído integralmente esse direito.

Com efeito, diante do documento emitido pela MJ-CHILE (f. 84/87), revelando a existência de saldo de férias, são devidas as férias vencidas e não gozadas, cumprindo destacar que foi determinada, na sentença, a dedução de todos os valores pagos ao mesmo título no curso do contrato de trabalho, onde se inclui, por certo, a importância informada no documento de f. 113.

Nego provimento.

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT

As recorrentes não se conformam com a condenação ao pagamento da multa do art. 477, § 8º, da CLT. Invocam a aplicação da OJ n. 351 da SBDI-1 do TST.

Sem razão.

Encerrado o contrato de trabalho em 25.11.05, deveria a empregadora do reclamante ter realizado o acerto rescisório até 5.12.05, conforme art. 477, § 6º, b, da CLT.

Com efeito, diante da quitação das verbas rescisórias somente em 26.12.05, conforme documento de f. 114/116, devida a multa do § 8º, do art. 477 da CLT, não se aplicando ao caso a OJ n. 351 da SBDI-1 do TST, que foi, inclusive, cancelada.

Nego provimento.

PRÊMIOS

Insurgem-se as reclamadas contra a condenação ao pagamento dos prêmios, alegando que não há nos autos nenhum documento que comprove o resultado, a pactuação, o valor e a aprovação do pagamento do “prêmio” ao autor pela alegada participação nas obras.

Ao exame.

O reclamante requereu, na inicial, o recebimento “dos prêmios, conforme compromissos assumidos pelo Grupo Reclamado, por conceito de participação pelo cumprimento e/ou superação de metas de resultados prefixadas, cujo valor total ascende a R\$ 372.568,85 (...)”, relacionando às f. 23/24 as obras e os respectivos valores devidos.

As reclamadas, na defesa (f. 673), afirmaram que o autor não comprovou “a existência do plano de metas, o atingimento das hipotéticas metas previstas e a participação do mesmo nos ditos resultados (...)”.

Pois bem.

A prova oral não deixa dúvida de que a MJ-CHILE e a BB-MJ efetuavam o pagamento de prêmios em relação às obras concluídas.

Afirmou a testemunha Gastão Penna Ratto, indicada pelo reclamante, que “na Mendes Júnior sempre houve política de pagamento de prêmio; que a apuração do valor do prêmio na Mendes Júnior do Chile ocorria como sempre foi feito, com a apuração do valor no final da obra; que existia um plano de ação; que o responsável pelo projeto negociava com o gerente geral da empresa, sr. José Jorge de Araújo, para negociar o prêmio; que os documentos de fls. 561 a 590 foram assinados pela Mendes Júnior Chile, referindo-se ao procedimento de plano de ação e apuração de resultados e prêmios; que a maior parte dos documentos foi assinada pelo gerente geral sr. José Jorge de Araújo; que a assinatura do gerente geral significa que ele está de acordo com o que foi combinado;” (f. 1.640).

Outrossim, declarou a testemunha Mário Faustino Bufante Centena, arrolada pelas reclamadas, que “no Chile havia política de pagamento de prêmios, sendo que o fechamento era gerenciado pela matriz de Santiago; que havia plano de ação, não sabendo informar se neste havia pactuação com relação ao percentual a título de prêmio; que havia avaliação e apuração do resultado; que não sabe informar se os prêmios eram pagos conforme a apuração,

pois o depoente não participava do fechamento;” (f. 1.642).

A testemunha Sérgio Eduardo Campos também confirmou a existência dos prêmios (f. 1.387).

Com efeito, analisando os documentos de f. 560/598, verifica-se que, em vários deles, consta a indicação do nome do reclamante com o valor ou percentual do resultado da obra devido a título de bonificação (como exemplo os docs. de f. 562, 563, 567).

Assim, impende destacar que competia ao reclamante a prova do direito à participação nos prêmios em relação às obras relacionadas na inicial e às reclamadas a prova do pagamento ou de que o reclamante não teria cumprido os requisitos para o recebimento da parcela (art. 818 da CLT e art. 333, I e II, do CPC).

Quanto ao ônus do reclamante é de se ver que dele se desincumbiu, ainda que parcialmente, tendo em vista, não só a prova testemunhal referida, como os documentos de f. 560/598. Isso porque os pedidos ao título com os respectivos valores não ressaem expressamente dos aludidos documentos, demandando meticulosa análise para a aferição inclusive do *quantum* devido.

Por outro lado, a reclamada nenhuma comprovação trouxe aos autos no sentido de que efetuara o respectivo pagamento ou de que o reclamante não cumprira os requisitos a tanto necessários.

Assim, dou parcial provimento ao apelo das reclamadas, para limitar o direito do reclamante aos prêmios comprovados como devidos pela documentação de f. 560/598, observando-se o período não prescrito e, se for o caso, o limite da inicial, conforme se apurar em liquidação.

MULTA — OBRIGAÇÃO DE FAZER

Afirmam as reclamadas que a multa fixada na sentença, para o caso de descumprimento da obrigação de anotação da CTPS do autor, importa em violação ao art. 39, § 1º, da CLT.

Sem razão.

Autoriza o § 5º do art. 461 da CLT a fixação de multa para o caso de descumprimento de obrigação de fazer, com o fim de compelir a parte à satisfação do direito na forma específica.

Com efeito, somente no caso de impossibilidade de retificação da CTPS pelo próprio empregador deve-se observar o disposto no art. 39, § 1º, da CLT, pois é inegável que as anotações na carteira de trabalho do trabalhador pela Justiça do Trabalho podem lhe causar prejuízos profissionais.

Desprovejo.

AVISO PRÉVIO

Aduzem as reclamadas que pela rescisão contratual de novembro de 2005 o reclamante recebeu o valor devido a título de “aviso” e que, como não houve solução de continuidade de janeiro de 2004 a novembro de 2005, não lhe é devido nenhum pagamento a título de aviso prévio pela suposta rescisão havida em dezembro de 2004.

Examino.

Na sentença, deferiu-se ao reclamante apenas o aviso prévio referente ao término do contrato de trabalho em 25.11.05, e não em razão do encerramento do vínculo com a MJ-CHILE em 31.12.04.

Além disso, embora conste no documento de f. 112/113 o pagamento da parcela “1 mês de aviso”, observa-se que o valor quitado (\$ 5.331.000) é inferior ao salário de outubro de 2005 (\$ 7.211.680, f. 1.105), motivo pelo qual deve permanecer a condenação, no aspecto.

De qualquer modo, impende reiterar que não haverá prejuízo às reclamadas, pois do valor devido ao reclamante serão descontadas as parcelas já pagas sob idêntico título.

Nego provimento.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA

Pretende o reclamante o recebimento do adicional de transferência. Alega que a sua

transferência decorreu da real necessidade de serviço (art. 469, §§ 1º e 3º, da CLT) e que ela tornou-se duradoura, mas nunca definitiva. Acrescenta que “a distinção entre transferência provisória e definitiva nada mais é do que uma construção jurisprudencial, não havendo qualquer amparo legal” (f. 2.008). Salienta, ainda, que a Lei n. 7.064/82 somente exclui o adicional em questão nos casos de transferência por período inferior a 90 dias, não mencionando que somente seria devido o adicional no caso de provisoriedade do tempo no exterior. Argumenta, também, que, inicialmente, deveria permanecer no Chile por apenas dois anos, o que revela ser provisória a transferência.

Ao exame.

Nos termos do art. 4º da Lei n. 7.064/82, “mediante ajuste escrito, empregador e empregado fixarão os valores do salário-base e o do adicional de transferência”.

Com efeito, o adicional de transferência, regulamentado pelo art. 469, § 3º, da CLT, somente é devido no caso de transferências provisórias, como, inclusive, pacificado na jurisprudência, a teor da OJ n. 113 da SBDI-1 do TST.

Desse modo, indevido o adicional em questão, pois não se reconhece a transitoriedade da transferência que perdurou por mais de dez anos. Frise-se que o autor, transferido para o Chile em 1º.12.94, não mais retornou ao Brasil, tendo sido o seu contrato extinto em 25.11.05.

Saliente-se que não amparam a tese do reclamante as ponderações no sentido de que não se confundem a transferência duradoura com a definitiva, mesmo porque, no caso do reclamante, ele permaneceu no Chile, trabalhando para outra empresa, após o término do contrato com o grupo Mendes Júnior.

Nego provimento.

ERRO MATERIAL

Diz o autor que houve um erro material na sentença, pois “ao converter a importância de \$ 29.840.824, constou (...) o valor de R\$

171.101,02 (...), quando, na verdade, o valor correto é R\$ 127.101,02 (...).

Com razão.

Na inicial, requereu o autor a dedução da importância de \$ 29.840,824, equivalente a R\$ 127.101,02, valores esses não impugnados na defesa.

Assim, dou provimento ao recurso, no aspecto, para, retificando erro material, determinar que, onde se lê no quinto parágrafo de f. 1.893 “R\$ 171.101,02” deve-se ler “R\$ 127.101,02”, ressaltando-se, no entanto, que, na apuração dos valores a serem deduzidos do crédito do autor, deve-se considerar o critério definido no item 2.13.13 da sentença, ou seja, o “*câmbio na data da constituição da obrigação*” (f. 1.854).

Provejo.

COMPENSAÇÃO

Requer o reclamante que “*a compensação relacionada com o processo chileno, autorizada na r. sentença recorrida, seja promovida restritamente AOS VALORES EFETIVAMENTE PAGOS AO RECORRENTE pela Mendes Júnior & Associados naquele processo, o que deverá ser comprovado na etapa de execução*” (f. 2.020).

Com razão.

Considerando o disposto no art. 90 do CPC, e, portanto, a independência do presente processo em relação ao ajuizado perante a Justiça Chilena, apenas os valores efetivamente recebidos pelo autor em razão da referida demanda devem ser deduzidos do crédito a ser apurado na presente ação.

Frise-se que, caso contrário, será necessário que, na fase de execução, sejam comparadas a decisão exequenda no presente processo e a que foi proferida em juízo estrangeiro e que sequer foi homologada pelo STJ, contrariando o disposto no art. 475-N, VI, do CPC.

Provejo.

CONVERSÃO

Requer o recorrente que seja esclarecido que, quanto à taxa de câmbio, deve ser observada

aquela “*relativa à cotação de fechamento para venda do PESO/CHILE (Taxa de Venda) publicada diariamente pelo Banco Central do Brasil* (...).”

Examino.

Considerando que as reclamadas não aduzem ser outra a taxa de câmbio a ser utilizada (f. 2.039), acolho o requerimento do autor, no aspecto.

Provejo.

PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO

Pretende o reclamante que seja reconhecido o direito à projeção do aviso prévio.

Sem razão.

O reclamante requereu, na inicial, o reconhecimento da unicidade contratual no período de 7.2.89 a 27.11.05 (f. 21) e as parcelas trabalhistas referentes aos últimos cinco anos do contrato de trabalho, nada mencionando sobre a projeção do aviso prévio.

Com efeito, sob pena de violação aos arts. 128 e 460 do CPC, inviável o acolhimento da pretensão do autor, no aspecto.

Nego provimento.

COMPENSAÇÃO — FGTS

Sustenta o reclamante que não deve ser determinada a compensação da parcela “*indemnización por años de servicios*” com o FGTS, pois não há equivalência entre essas parcelas.

Sem razão.

Como ressaltado na sentença, o próprio nome da parcela (“*indemnización por años de servicios*”) decorrente da legislação trabalhista chilena revela que ela tem a mesma natureza jurídica do fundo de garantia por tempo de serviço, regulamentado pela Lei n. 8.036/90.

Além disso, a dedução, no caso, é autorizada pelo § 1º do art. 9º da Lei n. 7.064/82, que dispõe que “*na hipótese de liquidação de direitos prevista neste artigo, a empresa empregadora fica autorizada a deduzir esse pagamento dos*

depósitos do FGTS em nome do empregado, existentes na conta vinculada de que trata o art. 2º da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966”.

Nego provimento.

RECURSO ORDINÁRIO DAS RECLAMADAS E RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO RECLAMANTE

RESPONSABILIDADE DO 7º RECLAMADO — JÉSUS MURILLO VALLE MENDES — JULGAMENTO *ULTRA PETITA* — DECISÃO CONDICIONAL

Sustenta o reclamante ser devida a condenação, ao menos subsidiária, do sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES, haja vista a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o fato de ser ele o diretor-presidente de praticamente todas as reclamadas.

Por sua vez, as reclamadas afirmam que a sentença violou os arts. 128 e 460 do CPC ao prever a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do empregador na fase de execução. Alegam que a sentença, nesse aspecto, é condicional, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC.

Ao exame.

Em primeiro lugar, insta ressaltar que o juízo primevo não extinguiu o processo sem resolução do mérito em relação ao sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES. Julgou improcedentes os pedidos contra ele formulados, haja vista a sua condição de sócio/diretor, ressaltando-se, no entanto, a possibilidade de discussão na fase de execução, da desconsideração da personalidade jurídica das empresas reclamadas.

Também é importante ressaltar que nada obsta o exame da responsabilidade do sócio ou do administrador na fase de conhecimento e a sua inserção, se for o caso, no título executivo, como responsável subsidiário, evitando-se, assim, a transferência da discussão para a fase executória.

No entanto, no presente caso, considerando-se que são seis as empresas reclamadas e que

todas elas são sociedades anônimas ou sociedade limitada por ações (MENDES JÚNIOR INTERNATIONAL COMPANY), conforme estatutos sociais de f. 809/863, não se revela adequado, nesta fase processual, o exame da responsabilidade do seu diretor, com fulcro no art. 50 do CC/02.

Contudo, considerando-se a possibilidade de exame da questão na fase de execução, o processo, no aspecto, deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC e não julgado improcedente o pedido, o que inviabilizaria qualquer nova discussão acerca da responsabilidade do sétimo reclamado, na fase de execução.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso do reclamante, no aspecto, para afastar a improcedência dos pedidos em relação ao sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES, e extinguir o processo, em relação a ele, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, ficando prejudicado o julgamento do recurso das reclamadas no aspecto.

DA APENAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES

O reclamante, no recurso ordinário adesivo, pretende a condenação das reclamadas por litigância de má-fé. Afirma que as rés agiram com intuito meramente protelatório ao requererem, mediante a petição de f. 1.522/1.523, o retorno da carta rogatória para o Chile, não obstante ela já estar devidamente cumprida.

As reclamadas, por sua vez, também requerem, em contrarrazões, a apenação do autor por litigância de má-fé, por falta de lealdade processual.

Contudo, não se vislumbra nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC a configurar litigância de má-fé, tendo as partes apenas exercido o direito de defenderem seus interesses em juízo, como garantido pela Constituição Federal.

Quanto às reclamadas, cumpre destacar que não há elementos suficientes nos autos para se afirmar que a sua omissão quanto à tradução da f. 45 da carta rogatória teve intuito meramente protelatório.

Além disso, observa-se que a determinação de retorno da carta rogatória ao Chile, pelo despacho de f. 1.421, decorreu de questões outras, não imputáveis a eventual má-fé das rés.

Rejeito.

DO REQUERIMENTO DAS RECLAMADAS, EM CONTRARRAZÕES, DE QUE SEJAM RISCADAS AS EXPRESSÕES OFENSIVAS LANÇADAS NO RECURSO DO AUTOR

Pretendem as reclamadas, em contrarrazões, que sejam riscadas do recurso ordinário adesivo do reclamante as expressões ofensivas lançadas nessa peça recursal.

Ao exame.

É vedado às partes e aos seus advogados, conforme exposto no art. 15 do CPC, o emprego de expressões injuriosas no processo, ou seja, de expressões ofensivas, infamantes e afrontosas, as quais devem ser riscadas, por determinação do juiz, haja vista o seu poder de polícia e o dever de velar pelo alto nível dos debates da causa.

No presente caso, examinadas as razões do recurso ordinário adesivo do reclamante, conclui-se não ser o caso de aplicação do art. 15 do CPC, pois, considerando-se o contexto em que utilizadas, no tópico relativo ao pedido de apenação das rés por litigação de má-fé, não se consideram injuriosas as expressões “desleal conduta processual” (f. 2.024); “(...) sua *artimanha*” (f. 2.025); “*trapaceando para fazer crer* (...)” (f. 2.028).

Saliente-se que a discussão mais acalorada entre as partes não significa a ocorrência de agressões verbais.

Rejeito.

CONCLUSÃO

Determino a retificação da autuação para também constar dentre os recorridos a (3) EDIFICADORA S.A. Conheço do recurso ordinário interposto pela primeira, segunda, terceira, quarta e quinta reclamadas, exceto do requerimento de que seja determinada a compensação de todas as parcelas recebidas pelo reclamante em razão das rescisões contratuais anteriores a 25.11.05, por falta de interesse recursal; conheço do recurso ordinário adesivo manejado pelo reclamante; no mérito, rejeito as alegações das reclamadas de nulidade da decisão dos embargos de declaração por negativa de prestação jurisdicional; de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; de julgamento *extra e ultra petita*; de litispendência e coisa julgada e dou-lhe parcial provimento para limitar o direito do reclamante aos prêmios comprovados como devidos pela documentação de f. 560/598, observando-se o período não prescrito e, se for o caso, o limite da inicial, conforme se apurar em liquidação; ao recurso do reclamante, dou-lhe parcial provimento para: 1) determinar que, onde se lê, no quinto parágrafo de f. 1.893, “R\$ 171.101,02”, deve-se ler “R\$ 127.101,02”; 2) estabelecer que apenas os valores efetivamente recebidos pelo autor em razão da ação ajuizada no Chile sejam deduzidos do crédito a ser apurado na presente demanda; 3) determinar a utilização da taxa de câmbio de venda, publicada pelo Banco Central do Brasil, para a apuração dos valores recebidos no Chile; 4) afastar a improcedência dos pedidos em relação ao sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES, e extinguir o processo em relação a ele, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, ficando prejudicado o julgamento do recurso das reclamadas, no aspecto; 5) deferir a exclusão da restituição dos valores atinentes a seguro de vida e assistência médica, naquilo em que os valores ultrapassarem o básico garantido pela empresa, conforme se apurar em liquidação. Rejeito os pedidos recíprocos das partes de aplicação da pena por litigação de

má-fé, bem como o requerimento das reclamadas de que sejam riscadas as expressões supostamente injuriosas contidas no recurso do reclamante. Mantenho inalterado o valor da condenação, por compatível.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Oitava Turma, preliminarmente, determinou a retificação da autuação para também constar dentre os recorridos a 3) Edificadora S.A.; à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela primeira, segunda, terceira, quarta e quinta reclamadas, exceto do requerimento de que seja determinada a compensação de todas as parcelas recebidas pelo reclamante em razão das rescisões contratuais anteriores da 25.11.05, por falta de interesse recursal; conheceu do recurso ordinário adesivo manejado pelo reclamante; no mérito, sem divergência, rejeitou as alegações das reclamadas de nulidade da decisão dos embargos de declaração por negativa de prestação jurisdicional; de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa; de julgamento *extra* e *ultra petita*; de litispendência e coisa julgada e deu-lhe parcial provimento para limitar o direito do reclamante aos prêmios comprovados como devidos pela documentação de f. 560/598, observando-se o período não prescrito e, se for o caso, o limite da inicial, conforme se apurar em liquidação; ao recurso do reclamante, unanimemente, deu-lhe parcial provimento

para: 1) determinar que, onde se lê, no quinto parágrafo de f. 1.893, “R\$ 171.101,02”, deve-se ler “R\$ 127.101,02”; 2) estabelecer que apenas os valores efetivamente recebidos pelo autor em razão da ação ajuizada no Chile sejam deduzidos do crédito a ser apurado na presente demanda; 3) determinar a utilização da taxa de câmbio de venda, publicada pelo Banco Central do Brasil, para a apuração dos valores recebidos no Chile; 4) afastar a improcedência dos pedidos em relação ao sétimo reclamado, JÉSUS MURILLO VALLE MENDES, e extinguir o processo em relação a ele, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, ficando prejudicado o julgamento do recurso das reclamadas no aspecto; 5) deferir a exclusão da restituição dos valores atinentes a seguro de vida e assistência médica, naquilo em que os valores ultrapassarem o básico garantido pela empresa, conforme se apurar em liquidação; à unanimidade, rejeitou os pedidos recíprocos das partes de aplicação da pena por litigação de má-fé, bem como o requerimento das reclamadas de que fossem riscadas as expressões supostamente injuriosas contidas no recurso do reclamante; mantido inalterado o valor da condenação, por compatível.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2010.

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora Relatora

DAH/kaar

Acórdão da 22ª Vara de Trabalho de Manaus – AM

Processo: TRT RO-15661/25006-012-11-00-3

Acórdão

1ª Turma

Recorrentes: RAIMUNDA FIGUEIREDO BARBOZA – Advogados: Dr. Winston Feitosa de Sousa e Outros; RLA — RICO LINHAS AÉREAS S/A. – Advogados: Dr. Armando Cláudio Dias dos Santos Júnior e Outros

Recorridos: OS MESMOS: EMBRAER — EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA – Advogados: Dra. Priscilla Rosas Duarte e Outros

COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DA EMPREGADA. AÇÃO AJUIZADA PELOS DEPENDENTES.

Nos termos do art. 114 da CR, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, é competente a Justiça do Trabalho para julgar os pedidos de danos morais e materiais fundados em acidente que decorra da relação empregatícia. A norma constitucional não especifica que a ação indenizatória deva ser ajuizada pelo próprio trabalhador para que esteja abrangida pela regra insculpida no inc. IV do art. 114. Assim, a indenização pleiteada pelos dependentes da empregada e que tem como causa acidente de trabalho que resultou na morte da mesma subsume-se à hipótese legal mencionada.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

A ação para haver danos morais é de natureza pessoal, sujeitando-se a prazo extintivo

previsto no Estatuto Civil. O destinatário dela é qualquer pessoa, independentemente de manter contrato de trabalho, tanto que não se insere no elenco dos direitos sociais constantes do art. 7º da CR. É previsto no art. 5º, incs. V e X, da CR. Portanto, não há como buscar outro ramo do direito para instrumentar o instituto à reparação do dano moral, pois estar-se-ia malferindo os princípios e regras de interpretação das leis. Na hipótese sob análise, aplica-se o prazo extintivo de 10 anos previsto no art. 205 do CCB. Incabível a alegação de prescrição bienal ou trienal, considerando que o prazo foi interrompido com a demanda ajuizada em 16.8.2004, tendo o acidente e o término do contrato ocorrido em 30.8.2002 e a presente demanda ajuizada em 29.6.2006. Logo, tem-se que a prescrição não se consumou.

TRANSAÇÃO. LESÃO CONFIGURADA. ANULAÇÃO.

Tendo havido erro na origem da transação levada a efeito pelas partes, causando lesão aos recorrentes, que não podiam manifestar livremente sua vontade, uma vez que estavam sob violenta emoção, capaz de afastar a desproporção entre o valor transacionado e a vida ceifada prematuramente de sua filha, não pode ser outra a solução senão a nulificação daquele contrato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, oriundos da MM. 12ª Vara do Trabalho de Manaus, em que são partes, como recorrentes, RAIMUNDA FIGUEIREDO BARBOZA e RLA — RICO LINHAS AÉREAS S/A. e, como recorridos, OS MESMOS e EMBRAER — EMPRESA BRASILEIRA DE AERONÁUTICA.

Os autores ingressaram com reclamação trabalhista postulando a anulação de acordo extrajudicial e o pagamento das parcelas de danos morais (R\$ 250.000,00) e materiais (R\$ 1.659.083,33), além de honorários advocatícios, justiça gratuita, juros e correção monetária.

Após regular instrução do feito, a MM. Vara do Trabalho rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e a prejudicial de prescrição, e julgou improcedentes os pedidos formulados na presente ação (fls. 560/565).

Irresignados com o *decisum*, os reclamantes interpuseram Recurso Ordinário (fls. 570/580) e a reclamada, Recurso Adesivo (fls. 633/656).

Contrarrazões pela litisconsorte (fls. 586/628), pela reclamada (fls. 657/670) e pelos reclamantes (fls. 674/670).

É o **RELATÓRIO**.

VOTO

Conheço dos recursos porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Imperiosa a apreciação conjunta dos recursos por versarem sobre matérias vinculadas entre si. Contudo, deverão ser apreciadas primeiramente a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e a prejudicial de prescrição, suscitadas no recurso adesivo da reclamada, e nas contrarrazões da litisconsorte, dado o seu caráter de precedência.

Alega a reclamada que, conquanto não tenha sofrido condenação em pecúnia, houve sucumbência quanto aos fundamentos processuais utilizados em sede de defesa, no que pertine a preliminar de incompetência e prejudicial de mérito alegadas em contestação, estando plenamente justificada a interposição do recurso adesivo. Renova a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e a prejudicial de prescrição. No mérito, sustenta que a transação extrajudicial levada a efeito entre as partes produz a eficácia da coisa julgada, podendo ser desconstituída somente quando demonstrado vícios de vontade, o que não ocorreu, razão pela qual requer a extinção do feito sem

resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC. Aduz que os autores pretendem seja fixada indenização por dano material (lucros cessantes) com base em um rendimento médio nunca demonstrado e em critérios não ajustados a realidade dos fatos. Alega ser indevida a indenização por danos morais e materiais ante o acordo celebrado e a inexistência de vício de consentimento a maculá-lo.

Preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho

A reclamada alega a incompetência da Justiça do Trabalho por entender que não está abrangido pela competência desta Especializada direito de natureza indenizatória reivindicado por familiares de trabalhador que faleceu em decorrência de acidente do trabalho, como no caso dos autos em que os reclamantes são os pais da ex-empregada KÁTIA REGINA DE FIGUEIREDO BARBOSA, morta em desastre aéreo no exercício das suas atividades funcionais. Invocam a ausência de relação de emprego entre as partes, restando claro que o liame entre ambos é eminentemente de natureza civil.

Razão não lhe assiste.

A competência material é estabelecida em face do pedido e da causa de pedir posta em Juízo. No caso, é evidente que o acidente decorreu da relação de emprego. A vítima estava no exercício da função para a qual fora contratada (comissária de bordo), prestando trabalho na aeronave da empresa quando ocorreu o sinistro. Assim, o dano sofrido pelos reclamantes decorreu da relação de emprego que sua filha mantinha com a reclamada, o que atrai a competência desta Justiça Especializada.

Nos termos do art. 114 da CR, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, é competente a Justiça do Trabalho para julgar os pedidos de indenização por danos morais e materiais fundados em acidente que decorra da relação empregatícia. A norma constitucional não especifica que a ação indenizatória deva ser ajuizada pelo trabalhador para que esteja

abrangida pela regra insculpida no inciso IV do art. 114. Assim, a indenização pleiteada pelos dependentes e que tem como causa acidente de trabalho que resultou na morte da empregada subsume-se à hipótese legal mencionada.

É irrelevante para a questão da competência que a ação seja proposta pelos pais da empregada morta em típico acidente do trabalho. Trata-se de direito patrimonial que com o falecimento do trabalhador transmitiu-se aos seus sucessores. Essa transferência dos direitos sucessórios tem arrimo no art. 1.784 do CCB ao dispor que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, conferindo a eles, desse modo, legitimidade para a propositura da ação indenizatória, de cunho patrimonial.

Inconcebível que as normas definidoras da competência sejam modificadas em face da qualidade das partes. Em verdade, a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pela obreira. E se este decorreu da relação de emprego e a controvérsia implica a análise dos contornos e conteúdo desse vínculo jurídico, é inarredável a competência da Justiça do Trabalho.

Neste sentido são os julgados colhidos da mais alta Corte de Justiça:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA PARA JULGAR AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO PROPOSTA PELOS SUCESSORES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL. AGRAVO IMPROVIDO. I – É irrelevante para definição da competência jurisdicional da Justiça do Trabalho que a ação de indenização não tenha sido proposta pelo empregado, mas por seus sucessores. II – Embargos de declaração convertidos em agravo regimental a que se nega provimento (Supremo Tribunal Federal, RE-ED-482797, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.6.2008).

I. Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. II. Competência. Justiça do Trabalho. Ação de indenização por danos resultantes de acidente do trabalho, proposta contra o empregador perante a Justiça estadual, que pendia de julgamento de mérito quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/04. 1. Ao julgar o CC n. 7.204, 29.6.2005, Britto, Inf. STF n. 394, o Supremo Tribunal, revendo a entendimento anterior, assentou a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos, morais ou materiais, decorrentes de acidente de trabalho, ajuizadas após a EC n. 45/04. 2. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito (v. g., AI 506.325-AgR, 23.5.2006, 1ª T., Peluso; e RE n. 461.925-AgR, 4.4.2006, 2ª T., Celso), o que ocorre na espécie. 3. Irrelevante para a questão da competência que se cuide de ação proposta por viúvo de empregada das embargantes, falecida em decorrência do acidente de trabalho: trata-se de direito patrimonial, que, com a morte do trabalhador, se transmitiu aos sucessores. 4. Agravo regimental desprovido (Supremo Tribunal Federal, RE-ED-509353/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.8.2007).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA OU ASSUMIDA PELOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIAL. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior. Precedente: CC n. 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido (Supremo Tribunal

Federal, RE-AgR-503043/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 1º.6.2007).

Também neste sentido colhem-se arestos do TST:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO.

1. Publicado o acórdão recorrido na vigência da Lei n. 11.496/2007, que conferiu nova redação ao art. 894 da CLT, somente é cabível recurso de embargos por divergência jurisprudencial.

2. Na hipótese, conquanto a reclamante seja dependente do *de cujus*, busca direito decorrente de fato — acidente de trabalho — cujo liame com a relação de emprego havida entre o empregado e a reclamada é indiscutível. Dessa forma, não há como afastar a competência da Justiça do Trabalho, porquanto o pedido é decorrente da relação de emprego, permanecendo, pois, inalterada a causa de pedir. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento (E-RR-529/2006-118-15-00.1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 11.9.2009).

RECURSO DE REVISTA. 1. ACIDENTE DO TRABALHO. ÓBITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AÇÃO AJUIZADA PELA VIÚVA E FILHOS DO TRABALHADOR FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1.1. Diante do conteúdo do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes das relações de trabalho, aí incluídas aquelas fundadas em acidente do trabalho (Súmula n. 392 do TST). 1.2. A competência, no caso, se estabelece em razão da matéria (STF, Conflito de Competência n. 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto). 1.3. Com efeito, foge ao propósito das regras definidoras da competência da Justiça do Trabalho pretender que a qualidade das partes modifique o juízo competente para a apreciação da causa. Se a lide está calcada na relação de trabalho, se a controvérsia depende da análise dos contornos e do conteúdo dessa relação, a competência é da Justiça especial (STF, RE-AgR n. 503.043/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

1.4. A competência para processar e julgar ação de indenização por danos morais, decorrentes de acidente do trabalho, ainda que ajuizada pela viúva e dependentes do trabalhador falecido, é da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e desprovido (RR-1341/2005-015-03-00.8, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Bressiani, DJ 25.4.2008).

RECURSO DE REVISTA — PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO — INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL — AÇÃO MOVIDA POR SUCESSORES. O art. 114 da Constituição da República, em seu inciso IV, dispõe que compete a esta Justiça Especializada processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho. Portanto, é incontroversa a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização por danos moral e material provenientes de infortúnio do trabalho pelo empregado (*ex vi* Súmula n. 392 do TST). Ademais, esta Corte tem pacificado entendimento no sentido de que a competência material assim consolidada não sofre alteração na hipótese de, falecendo o empregado, o direito de ação for exercido pelos seus sucessores. Por conseguinte, a transferência dos direitos sucessórios deve-se à norma do art. 1.784 do Código Civil de 2002, a partir da qual os sucessores passam a deter legitimidade para a propositura da ação, em razão da transmissibilidade do direito à indenização, por não se tratar de direito personalíssimo do *de cujus*, dada a sua natureza patrimonial, mantida inalterada a competência material do Judiciário do Trabalho, em virtude de ela remontar ao acidente de que fora vítima o ex-empregado. Conhecida e provida (RR-1143/2006-001-18-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 7.12.2007).

Ressalte-se, por oportuno, que a Súmula n. 366 do STJ, que dispunha em sentido contrário, ao estabelecer que ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho, compete a Justiça estadual, foi cancelada quando do Julgamento

do CC n. 101.977-SP, pela Corte Especial, na sessão de 16.9.2009.

Assim, rejeita-se a preliminar.

Prescrição

Aduz a recorrente que o direito de ação dos reclamantes encontra-se prescrito, posto que o contrato de trabalho cessou em 30.08.2002 e a demanda somente foi ajuizada em 30.6.2006. Frisa que o direito de ação não foi exercido no lapso de 2 anos, nos termos do art. 7º, inc. XXIX, da CR, e mesmo que se aplicasse o prazo do Código Civil, ainda assim estaria fulminado o direito, na medida em que expirado o lapso de 3 anos previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do CC, uma vez que não houve a interrupção do prazo prescricional com a ação anteriormente ajuizada, seja porque os pedidos da presente demanda não foram objetos da anterior, seja porque se foram, estão albergados pela coisa julgada. Alega, ainda, ser inaplicável a prescrição vintenária prevista no Código Civil de 1916, considerando o disposto no art. 2.028 do CC/2002.

Não merecem guarida os argumentos expendidos.

O direito à reparação do dano encontra-se previsto no ordenamento jurídico pátrio, a princípio no art. 159 do CCB de 1916 e, atualmente nos arts. 186 e 927, do mesmo estatuto, assim como na Carta Magna (art. 5º, incs. V e X).

Imperioso não confundir os **créditos de natureza puramente trabalhista** decorrentes da relação de emprego, como salário, horas extras, férias etc., com os de **natureza híbrida** decorrentes da relação de trabalho, de que é exemplo a indenização por danos morais. Aqueles se sujeitam à regra prescricional própria constante do art. 7º, inc. XXIX, da CR, enquanto estes, à prescrição do Código Civil.

Neste sentido, colhe-se o seguinte aresto:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida

a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, **ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista...**

Desta forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos. TST – E-RR-00871-2002-900-02-00.4 – Ac. SDI-1 – Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa – DJ 5.3.2004.

Persiste na doutrina e jurisprudência nacional grande controvérsia acerca do prazo para haver o ressarcimento de dano. Há os que entendem ser o vintenário (art. 177 do CCB de 1916), adequado à hipótese do art. 2.028 do CCB/2002, conforme a data do nascimento do direito à ação. Outros defendem a prescrição decenal, de que trata o art. 205/CCB, uma vez que a lei não lhe fixou prazo específico. Uma terceira corrente concebe a de 3 anos, estampada no art. 206, § 3º, inc. V, do mesmo diploma. Existindo, ainda, os que sustentam a bienal ou quinquenal, previstos nos arts. 7º, inc. XXIX/CR, e 11/CLT, aplicáveis aos créditos trabalhistas.

Desde há muito vimos esposando a tese de que, existindo regras prescricionais próprias para a ação de indenização no Código Civil, e para reclamação trabalhista, na Constituição da República e na CLT, se venha a desprezar o que pertine a cada uma para transportar preceitos de uma para outra onde não se encaixam. Portanto, não há como buscar outro prazo, senão o do direito civil, para instrumentar o instituto à reparação do dano moral, pois estar-se-ia malferindo os princípios e as regras de interpretação das leis. Segundo as lições de Black, citado por Carlos Maximiliano (*Hermenêutica*

e aplicação do direito. 02. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 267): “Uma lei deve aplicar-se à ordem de coisas para a qual foi estabelecida. Os objetos que são de ordem diversa não podem ser decididos pelas mesmas leis.”

No campo da interpretação há de se observar que sendo as leis de prescrições restritivas e limitativas de direito, não podem abranger situações previstas em outros títulos, saindo do contexto a que estão ligadas. Assim sendo, se é a norma do direito civil que trata da reparação do dano estabelecendo prazos prescritivos próprios, não existe meio de se aplicar a prescrição bienal ou quinquenal que vincula exclusivamente os créditos de natureza trabalhista.

Frise-se que a indenização por dano é sempre e unicamente de natureza civil. É essa unicidade que faz com que não existam danos morais trabalhistas, comerciais, administrativos, tributários, mas apenas danos morais. Seu prazo de prescrição encontra-se no Código Civil.

Neste sentido manifestou-se o Colendo TST:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuta a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil,

em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos (Proc. TST-E-RR- 08871/2002-900-02-00.4; SDI-I, Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa, DJU de 5.3.2004).

Não se diga que pelo fato de a reclamatória ter curso na Justiça do Trabalho aplicar-se-iam os prazos extintivos das obrigações trabalhistas. Ora, a prescrição jamais pode ser fixada levando em conta a competência do juízo para conhecer do pedido, já que esta decorre da natureza da matéria discutida, independentemente do ramo do Judiciário que deva apreciar o litígio. Deste modo, na hipótese *sub judice*, restam afastadas as prescrições bienal e quinquenal.

Ao contrário do sustentado pela empresa recorrente, também não tem guarida o prazo de 3 anos do art. 206, § 3º, inc. V, do CCB, já que este se refere expressamente às reparações civis inerentes aos danos causados ao patrimônio material *stricto sensu*. *In casu*, trata-se de dano moral de natureza híbrida — material e pessoal, com prejuízo à vida, à saúde física ou psíquica do trabalhador, para cuja ação reparatória não há prazo específico. Nestas circunstâncias, ou se aplicaria a prescrição de 20 anos do CCB/1916, considerando que o art. 2.028/NCCB é enfático ao dispor que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada” (o que não é o caso); ou adotar-se-ia o prazo geral de 10 anos de que trata o art. 205/CCB (hipótese dos autos), já que não há um prazo específico para a ação de reparação de danos morais.

No caso dos acidentes de trabalho, por exemplo, os danos causados são de origem material, moral, estéticos, pessoais, com prejuízo à vida, à saúde física e/ou psíquica, à imagem, à intimidade do cidadão trabalhador, porquanto assegura a Constituição, como

fundamento da República Federativa do Brasil e da livre-iniciativa, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o trabalho com qualidade e o respeito ao meio ambiente (arts. 1º e 170), além de assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inc. XXIII).

Entendo que ao caso é aplicável a norma do art. 205 do CCB, que prevê o prazo prescricional de 10 anos, por esta socorrer os casos de omissão regulatória sobre a prescrição.

Por força do princípio da *actio nata*, o prazo prescricional começa a fluir a partir do momento em que nasce a pretensão, a qual por sua vez, surge com a violação do direito. No caso presente, com a ocorrência do acidente e o rompimento do contrato de trabalho (30.8.2002). Logo, ainda não transcorreram 10 anos, nos termos do art. 205 do CCB.

Ainda que assim não fosse considerado, tem-se que o prazo prescricional foi suspenso com a demanda anteriormente ajuizada em 16.8.2004 (fls. 43/45), pois ao contrário do alegado pela empresa, entre os pedidos postulados naquela ação, constam os de anulação do termo de transação firmado entre as partes e o de indenização por danos morais e materiais, objetos da presente demanda. Assim, não há falar em prescrição bienal ou trienal, posto que a presente ação foi ajuizada em 29.6.2006 (interrompido o prazo extintivo em 16.8.2004).

Desta forma, rejeito a prejudicial de prescrição.

MÉRITO

Pretendem os reclamantes a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos de anulação da transação efetivada com a reclamada e de indenização por danos morais e materiais. Alega a existência de vícios insanáveis na transação, por caracterizar autêntica renúncia a direitos, incompatível com o contrato de transação, além de demonstrar o enriquecimento sem causa de um dos contratantes, uma

vez que com o acidente aéreo a seguradora garantiu uma indenização milionária à empresa. Aduz restar evidente que o acordo feriu o princípio da boa-fé objetiva que norteia todo o ordenamento jurídico, considerando que a reclamada aproveitando-se do momento de dor vivenciado pela família da vítima, omitiu fatos relevantes, como o real valor do salário da *de cujus*, bem como os valores segurados, o que implica no *quantum* recebido a título de indenização. Sustentam que diante do dolo praticado pela empresa e da lesão sofrida pelos recorrentes, deve ser reformada a sentença, a fim de que seja anulada a transação avençada e deferidas as indenizações pleiteadas.

Emerge dos autos que a filha dos autores trabalhou na reclamada a partir de 13.1.1997, exercendo as funções de assistente-administrativa até 1º.1.1998, e de comissária de bordo, a partir de 22.6.1998. Em 30.8.2002, no exercício de suas atividades laborais, foi vítima de acidente aéreo que ceifou-lhe a vida. Passados menos de três meses do acontecimento, os pais da vítima como herdeiros, firmaram um acordo com a empresa, através do qual receberam uma indenização no montante de R\$ 214.223,64 (fls. 41/42), dando plena, ampla, irrestrita e irrevogável quitação de quaisquer obrigações e/ou reivindicações decorrentes ou originárias do falecimento de KÁTIA REGINA FIGUEIREDO BARBOSA no acidente do voo RLE 4823 – Cruzeiro do Sul – Tarauacá – Rio Branco, em 30 de agosto de 2002, às 17h50 (hora local), nas proximidades do Aeroporto Internacional de Rio Branco, Estado do Acre – Brasil. Referido acordo incluiu a quitação por danos materiais, morais, psicológicos e/ou qualquer outro tipo de dano equivalente a danos punitivos e/ou de natureza punitiva, e/ou exemplares, e/ou compensatórias, e/ou consequenciais. Houve expressa renúncia a quaisquer outros eventuais direitos existentes, presentes ou futuros, para nada mais reclamar em tempo algum, no Brasil ou no exterior, a qualquer título ou pretexto.

A transação é um contrato e deve ser vista sob os efeitos do direito contratual, o que pode ser confirmado pela inserção da pena convencional, prevista no art. 847 do Código Civil. Analisando o art. 849 do mesmo diploma legal, que versa especificamente sobre a anulação da transação, pode-se estabelecer um paralelo com o art. 1.030 do CC/1916, que também tratava do tema, estabelecendo que ela produzia entre as partes o efeito da coisa julgada.

Ocorre que, agora, o legislador inova ao evitar comparar a transação à coisa julgada, corrigindo, com isso, superfetação do legislador de outrora que, quando dizia, no art. 1.030, que a transação produzia entre as partes os efeitos da coisa julgada, pretendia, na verdade, apenas, dar a entender que a transação, ao extinguir uma relação jurídica controvertida pela eliminação de sua incerteza (seu principal efeito), acabava (até em virtude de sua inegável natureza contratual) fazendo lei entre as partes, tal como, em última análise, ocorre com a composição de uma lide mediante pronunciamiento judicial definitivo.

Silvio de Salvo Venosa, acertadamente, assim traça seus fundamentos acerca do tema:

“O fato de a transação ter efeitos de coisa julgada, expressão evitada pelo presente Código, não significa que seja idêntica à coisa julgada. Tudo o que tem necessidade de equiparação não é idêntico, senão nada haveria que se equiparar. O instituto deve ser visto como um contrato.

A transação decorre da vontade das partes, enquanto a coisa julgada emana de um ato do Estado, que é a sentença. Já aí existe uma diferença de raiz. Ademais, a transação pode ser anulada pelos vícios de vontade e pelos vícios sociais em geral, o que não ocorre na sentença. A sentença pode sofrer alteração em parte na via recursal; tal não ocorre na transação por sua indivisibilidade.” (Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009).

A transação é um negócio jurídico bilateral modificativo ou extintivo de obrigações. Não é simplesmente negócio declaratório para dirimir controvérsia, porque é de sua essência a reciprocidade de concessões, possuindo caráter constitutivo em face da inevitável modificação a que tais concessões levam. Pode criar relação jurídica, eficácia que não teria se de negócio declaratório estivessemos tratando.

De acordo com Orlando Gomes, “*Transação é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica.*” (Contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997). A incerteza de uma relação jurídica não precisa ser objetiva, pois basta que seja incerta sob o ponto de vista subjetivo. Tudo conceder e nada receber não é transigir.

O contrato de transação é *bilateral, oneroso, comutativo e formal*. As obrigações que se originam são interdependentes, cada parte se obriga porque a outra se obrigou, característica inequívoca dos contratos sinalagmáticos.

Em se tratando de contrato comutativo, a equivalência das concessões deve ser apreciada de modo subjetivo. Cada um é juiz de seus interesses, desde que expresse, livre e conscientemente, sua vontade.

Para que se invalide a transação, necessário que o erro incida: a) numa circunstância que, segundo a transação, se considerava litigiosa ou incerta; b) numa circunstância que afeta à situação de fato não litigiosa e que os transatores tomaram como verdadeira; c) no conteúdo das declarações que integram a transação.

A finalidade do contrato não pode ser alcançado em todas as hipóteses apontadas, razão pela qual justifica-se a anulação. Conquanto haja erro nos *motivos*, a transcendência jurídica avulta, porque contaminam a base do negócio jurídico.

Pois bem, dentre os pressupostos contratuais estão alguns extrínsecos e intrínsecos, fazendo a doutrina moderna distinção entre

pressupostos e requisitos. Aqueles são as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato; estes são elementos intrínsecos indispensáveis à validade de qualquer contrato: a) o consentimento; b) a causa; c) o objeto; d) a forma.

A comunicação é condição necessária à formação do consentimento, pertencendo a proposta e a aceitação à categoria das declarações receptícias ou recipiendas de vontade. Para a conclusão do contrato é preciso o intercâmbio das duas declarações precedido, frequentemente, de negociações preliminares. A troca de declarações não é, entretanto, suficiente, faz-se imperativo que as duas declarações se ajustem, integrando-se uma na outra.

A vontade de cada interessado na conclusão de um contrato há de ser manifestada com o propósito real de realizá-lo. Não vale a declaração que se faz sob *coação física ou psíquica (vis absoluta)*, ao contrário da que se emite sob *vis compulsiva*, que torna anulável o contrato por *vício de consentimento*.

Fundamental para a conclusão a que chegaremos nesta decisão a lição de Orlando Gomes que escreve:

“Para o consentimento ser perfeito, não basta que a vontade de celebrar o contrato seja livre e séria. Inexiste propósito de contratar in abstracto. A declaração de vontade há de ser emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atento ao fim que o move a contratar. Muitas vezes ocorre divergência entre a vontade real e a declarada. Quando se origina de certa causa, diz-se que o consentimento é viciado.” (Obra cit.)

A proposta deve ser inequívoca, precisa e completa, determinada de tal sorte que, em virtude da *aceitação*, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento da parte a quem é dirigida implique a formação do contrato.

O contrato firmado entre as partes não pode ser classificado como *aleatório*, como entendeu a sentença, uma vez que neste a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte, o que não se coaduna com o móvel da transação levada a efeito nestes autos.

Trata-se de contrato *comutativo*, porque as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si, ou pelo menos devem guardar uma relativa equivalência de valores. Como assinala Caio Mário da Silva Pereira “*Não se exige a igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objetos dos contratos não têm valoração precisa. Podendo ser, portanto, estimadas desde a origem; os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem*”.

Vejamos o teor da transação feita pelas partes, relativamente ao objeto:

Damos a mais PLENA, AMPLA, IRRESTRITA E IRREVOGÁVEL QUITAÇÃO de quaisquer obrigações e/ou reivindicações decorrentes ou originárias do falecimento de KÁTIA REGINA FIGUEIREDO BARBOSA no acidente epigrafado, incluindo, mas não se limitando, a quitação por danos materiais, morais, psicológicos, e/ou qualquer outro tipo de dano equivalente a danos punitivos e/ou de natureza punitiva e/ou exemplares e/ou compensatórios e/ou consequenciais.

Trata-se de enunciado, inapelavelmente, catastrófico para os recorrentes, uma vez que estes se obrigam a nada mais reclamar, ainda que não saibam o que poderiam deixar de reclamar no futuro. Este detalhe, de *per se* contaminaria a avença, dado o valor em jogo: A VIDA. E sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta, consoante art. 848 do CCB.

As prestações mostravam-se desequilibradas desde o início, sim, pois não se pode admitir que a absurda e nociva cláusula de QUITAÇÃO pudesse sobrepor-se a um estado de premente necessidade dos pais de uma jovem de vinte e

nove anos que acabara de ver sua vida ceifada em um acidente aéreo, portanto movidos por inominável emoção. Agrava-se ainda a questão, pelo fato de sequer a transação apontar os critérios utilizados para o estabelecimento do *quantum* indenizatório.

Pretender afirmar que as bases da transação não traziam contaminação na origem parece tentativa de brincar com a dor alheia, dor de um pai e uma mãe que jamais pretenderiam quando a conceberam, traduzir os afagos, carinhos, beijos, amor e sede de vida, em míseros R\$ 214.223,64. Míseros, sim, para tentar minimizar o sofrimento de quem nunca deixará de sofrer pela perda irreparável que tiveram, nunca mais terão a juventude de sua filha de volta, jamais poderão afagá-la de novo.

Sob o plano da equivalência subjetiva das prestações, quem em sã consciência poderia avaliar a vida de uma jovem com R\$ 214.223,64, se é que alguém pode fazer este tipo de avaliação. Não estamos pretendendo criar padrão para as indenizações de danos, mas, convenhamos, não percamos a sensibilidade de indignação diante de uma situação tão aviltante.

Qual fora a concessão feita pela recorrida? Pagar os R\$ 214.223,64 aos pais de uma jovem que perdera a vida de forma trágica, trabalhando para a empresa que avaliara sua vida em tão mísera quantia? Talvez o fato de “adiantar” a tão “significativa” quantia, sem qualquer intervenção judicial?

Realmente, difíceis são as respostas, mormente, quanto ao fato da transação não se haver pautado em critérios que pudessem sustentar o consentimento dos pais que há menos de 3 meses haviam perdido sua filha.

Por outro lado, as concessões feitas pelos pais da jovem foram absurda e desproporcionalmente nocivas, restando caracterizada a lesão, nos moldes do art. 157 do CC, uma vez que, como já encarecido, a VIDA de uma jovem não pode ser QUITADA com tal valor, se uma média indenizatória por danos morais de relativa gravidade, se é que assim podem

ser classificados alguns desses danos, iguala-se praticamente ao valor transacionado.

Outrossim, os valores relativos ao seguro de responsabilidade civil contratado pela RICO podem bem demonstrar a desproporção entre o valor pago aos pais da vítima, porque U\$ 2.300.000,00 para assegurar o “casco” da aeronave é muitíssimo desproporcional ao valor que lhes foi indenizado, a não ser que se queira avaliar o “casco humano” de forma tão reduzida, se cotejada com o valor da apólice para cobertura do “casco da aeronave”. Como negar a desproporção diante de tamanha e didática clareza matemática?

Ora, tendo havido erro na origem da transação levada a efeito, porque causou lesão aos recorrentes, que não podiam manifestar livremente sua vontade, uma vez que estavam sob violenta emoção, capaz de afastar a desproporção entre o valor transacionado e a VIDA ceifada prematuramente de sua filha, não pode ser outra a solução senão a nulificação daquele contrato.

Tome-se ainda como reforço o valor indenizado pela empresa aos herdeiros de outra vítima do acidente que foi no montante de R\$ 446.223,64, bem acima do recebido pelos reclamantes, conforme consta do Relatório da sentença extraída do Proc. R-03536/2006-001-11-00 oriundo da 1ª Vara do Trabalho de Manaus (fl. 316/326). Será que uma vida vale mais que outra? A dor sofrida é diferente?

Destarte, reforma-se a sentença para anular a transação avençada, com fulcro nos arts. 157 e 849 do CC, ante a lesão sofrida pelos recorrentes, considerando a desproporção do valor indenizado ao do bem maior que é a vida, condenando a reclamada a proceder as reparações pecuniárias devidas.

Trata-se de responsabilidade objetiva do empregador, em que não se perquire sobre dolo ou culpa, sendo suficiente a ensejá-la o mero exercício da atividade empresária em condições de risco. Os arts. 186, 734 e 927, parágrafo único, do CBB, sedimentam tal entendimento.

Relativamente ao *quantum* da condenação, deve ser capaz de produzir na vítima um estado tal de neutralização do sofrimento impingido, de forma a **compensar a sensação de dor** experimentada e representar uma **satisfação igualmente moral**. Não se pode olvidar que a presente ação, nos dias atuais, não se restringe a ser apenas compensatória; vai mais além, é verdadeiramente sancionatória, na medida em que o valor fixado a título de indenização representa uma espécie de pena civil.

No caso vertente, considerando o quadro que se descortinou, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, a idade da vítima (contava apenas com 29 anos), e a própria capacidade financeira do empregador, defiro a indenização por danos morais e materiais em termos de 432 salários da *de cujus*, no valor de R\$ 403.859,52, considerando o salário de R\$ 934,86 que, conforme informado na inicial, era o recebido em contracheque, já que outro não restou provado, levando em conta a idade que tinha e a expectativa da vida humana em 65 anos ($65 - 29 \text{ anos} = 36 \text{ anos} \times 12 \text{ meses} = 432 \text{ meses} \times \text{R\$ } 934,86$), devendo ser deduzido deste *quantum* o valor recebido por ocasião da transação (R\$ 214.223,64), restando R\$ 189.635,88.

A correção monetária e os juros devem incidir a partir do ajuizamento da ação, consoante art. 883 da CLT.

Incabíveis os honorários advocatícios, consoante Súmula n. 219, item I, do TST, vez que os autores não estão assistidos por Sindicato. Aliás, o pedido não foi renovado no apelo.

Por igual, os recorrentes deixaram de se reportar à litisconsorte EMBRAER nas razões recursais, motivo pelo qual deve ser excluída da lide, até por não ter ficado muito clara a causa para sua condenação. Caso se arrime apenas no fato de ter construído a aeronave sinistrada, tal circunstância é insuficiente para

caracterizar a solidariedade passiva no âmbito da Justiça do Trabalho, já que a ex-empregada não tinha qualquer relação de cunho laboral com a litisconsorte. Se para a indenização meramente civil é possível, para a que se desenvolve neste Judiciário não, pois precisa de um vínculo contratual trabalhista que lhe dê suporte. Ademais, a solidariedade não se presume, resulta de lei ou de contrato.

Por estas razões, conheço dos recursos e rejeito a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e a prejudicial de prescrição; no mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento parcial ao recurso dos reclamantes para, reformando a sentença originária, anular a transação efetivada entre as partes e deferir a indenização por danos morais e materiais, nos termos da fundamentação. Invertendo-se o ônus da sucumbência, comina-se custas pela reclamada, na quantia de R\$ 3.792,71.

ISTO POSTO,

ACORDAM os Desembargadores Federais e Juízes Convocados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho e a prejudicial de prescrição; no mérito, negar provimento ao recurso da reclamada, dar provimento parcial ao recurso dos reclamantes para, reformando a sentença originária, anular a transação efetivada entre as partes e deferir a indenização por danos morais e materiais, nos termos da fundamentação. Inverta-se o ônus da sucumbência, cominando-se custas pela reclamada, na quantia de R\$ 3.792,71.

Assinado em 9 de março de 2010.

FCA. RITA A. ALBUQUERQUE

Desembargadora Federal do Trabalho

Relatora

Obs.: Publicação DOJT11 – dia 18.3.2010



Jurisprudência

Sentenças



63ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP

- **EMENTA.** Honorários advocatícios. Diferenciação entre relação de trabalho e relação de consumo. Conceito perante a EC n. 45. Será relação de trabalho aquela originária dos contratos de prestação de serviços “intuitu personae” em relação ao prestador, excluídas as matérias atinentes ao direito do consumidor quanto aos atos ou vícios do produto ou serviço, salvo quando julgadas incidentalmente.

Autos n. 00393200606302007

Reclamante: Tatiana dos Santos Camardella

Reclamado: José Alvares

SENTENÇA

Vistos.

I. RELATÓRIO

Do rito. Tratando-se de pedido que envolve verba ilíquida — honorários de sucumbência —, o rito a ser observado é o ordinário, ausentes os pressupostos descritos no art. 852-A, e seguintes da CLT.

Da suma do trâmite. Intentou, a Reclamante, ação por meio da qual pretendeu receber as verbas que entendeu inadimplidas. Pleiteou, em síntese: honorários advocatícios contratados e honorários de sucumbência. Deu valor à causa de R\$ 9.009,84. Pugnou pela procedência. Juntou procuração e documentos.

Em audiência de 15.9.06, compareceram as partes.

O Réu apresentou defesa oral afirmando que aderiu à proposta de acordo do Governo Federal. Pugnou pela improcedência. Juntou documentos.

Não havendo mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Todas as propostas de conciliação restaram infrutíferas.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

Decido.

II. DA PRELIMINAR. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Da objeção processual acolhida de ofício. Pleiteou a Autora a condenação do Réu no pagamento dos honorários de sucumbência, estes devidos pela Ré no processo movido pelo Reclamado, perante a Justiça Federal.

Note-se que o ora Réu saiu-se vencedor naquela demanda, tendo a parte adversária incidido no fato objetivo da derrota, definição jurídica da sucumbência havida no processo civil.

Veja-se que o Réu aderiu ao acordo instituído pela Lei Complementar n. 110/2001, não tendo a Autora sequer noticiado a extinção da execução (CPC, art. 794, II ou III), ou a expressa desistência dela (LC n. 110/01, art. 6º, III), ou, ainda, o arbitramento dos honorários com a aplicação do art. 26, § 2º, do CPC (art. 23, da Lei n. 8.906/94).

De se verificar que, ausente a narrativa do ocorrido na causa de pedir, o pedido poderia ser declarado inepto, nos termos do art. 295, I, do CPC.

Mas, uma questão processual antecede a declaração de inépcia, nos termos da ordem legal que se insere no art. 301 do CPC. Inepto ou não, não há competência desta Justiça para apreciar o pedido em realce, fato que o macula pela ausência de pressuposto processual de validade.

E isto porque os honorários de sucumbência, se devidos, devem ser executados perante o Juiz da causa que os fixou (art. 24, § 1º da Lei n. 8.906/94, delimitado pelo art. 575, II, do CPC, segundo RJTJESP n. 98/37), nos termos do que preceitua o já citado art. 23 da Lei n. 8.906/94. E tal execução deve se dar em face de quem sucumbiu (adversário) e não em face do cliente do vencedor.

Com fulcro nos arts. 267, IV e VI; 301, II, X, todos do CPC, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de condenação nos honorários de sucumbência.

Da competência ora reconhecida. Da proteção do trabalho “intuitu personae”. Historicamente, a Justiça do Trabalho possui a atribuição de pacificação de conflitos sociais surgidos com o capitalismo, tornando equilibradas, por direito, as forças que, de fato, se mostram desequilibradas. O princípio que se torna mais evidente no Direito do Trabalho é o princípio protetor, que atua como vetor dessa pacificação.

Como ensina Mauricio Godinho Delgado: *“Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro — visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato do trabalho.”* (in *Curso de direito do trabalho*. 3. tir. São Paulo: LTr. p. 192-193).

É certo que a evolução social trouxe à Justiça do Trabalho conflitos nos quais esse desequilíbrio parece não se mostrar presente. Mas, em regra, o princípio protetor, em sua roupagem

ainda voltada à pessoa do empregado, abrange a maioria dos conflitos, mormente ante a condição econômica do país, em que o emprego formal e os recursos financeiros são escassos.

Entendo porém, que a EC n. 45/04, no âmbito de sua aplicação agora voltada a todas as relações de trabalho, tenha “despersonificado”, em parte, o princípio protetor, passando a ter como verdadeiro endereçamento o trabalho prestado *intuitu personae* e não o próprio trabalhador. A diferença é sutil, mas se faz presente na medida em que o tomador dos serviços, e não o prestador, pode ser o único hipossuficiente da relação contratual.

Despersonificar o princípio é dar azo à proteção da força de trabalho de um indivíduo (força de trabalho singular), que, dada sua característica de direito social constitucional, propulsor da ordem econômica financeira, ainda merece toda a proteção legal.

Repita-se, a nova roupagem do sistema normativo não protege o trabalhador, mas sua força de trabalho, daí porque deve ter menor relevância para o direito material o fato de que o prestador de serviços possa ter maior poderio econômico que o tomador.

Tal fato poderá ter, apenas, relevância processual, podendo haver confrontos entre a inversão do ônus da prova de que fala o art. 6º do CDC e as correntes presunções que se operam em favor do trabalhador.

Em tais casos, não é demais destacar, de se observar a regra de que em confrontos de presunções *juris tantum*, a inversão não ocorre, devendo cada parte suprir seu ônus probatório.

As relações societárias, ou as pretensões deduzidas pelos prestadores em sociedade (de fato ou de direito), continuam excluídas da nova competência, tendo em vista tratar-se de liames em que não se observa a prestação de serviços *intuitu personae*.

No caso em tela se verifica que o Réu não contratou o escritório de advocacia, mas a própria Autora, o que permite concluir que o

requisito do labor *intuitu personae* mostra-se presente.

Das relações de trabalho e consumo. Sempre nos pareceu inusitada a possibilidade de interseção de grupos por elementos comuns a ambos. Podem duas pessoas possuir mais de uma relação jurídica? Poder-se-ia admitir que um mesmo liame possibilitasse a proteção de ambos os contratantes quanto a fatos distintos?

Assim é que uma diferenciação não exauriente enquadraria todas as relações de prestação de serviço, assim descritas no § 2º do art. 3º do CDC, como relações de consumo, tendo em vista a descrição de “fornecedor” explicitada no referido art. 3º. O enquadramento se daria, desta feita, tendo em vista a existência de um fornecedor e um consumidor final nos polos da relação jurídica, e a prestação de serviços como objeto.

Um parêntese. Alguns respeitáveis Doutrinadores, no afã de diferenciar a relação de consumo da de trabalho, propugnaram pela adoção dos critérios da observação do “tomador final” e do atinente a inserção do prestador no mercado. Ao que parece, porém, os ensinamentos não resolvem a questão da necessária diferenciação da relação trabalhista da consumerista.

Nos contratos de empreita, o beneficiário dos serviços é o tomador é final e tal fato não teria o condão de qualificar a relação como de consumo, mormente se os direitos do pequeno empreiteiro são tutelados pela Justiça do Trabalho muito antes da EC n. 45/04.

Segundo tal corrente, se o critério do consumidor final não atender a hipótese do prestador de serviços domésticos (v. g., do jardineiro), o critério complementar da oferta do serviço “no mercado” resolveria a questão, pois o prestador doméstico não estaria enquadrado nessa hipótese, estando, então, inserto na relação de trabalho e não na relação de consumo.

Todavia, a definição de “mercado” é econômica e não jurídica. “Mercado” é, pois, “*lugar teórico onde se processam a oferta e a procura*

de determinado produto ou serviço” (in *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2001. p. 1.897).

Bastaria que o jardineiro ofertasse seus serviços por meio de uma placa em sua residência, ou por um *site* na *internet*, para que seus serviços estivessem, segundo a definição econômica, no mercado, à disposição do consumidor final.

Ora, a definição da competência não pode ficar a mercê de conceitos abertos, subjetivos, não exauridos pela lei, dependentes de definições econômicas e de fatos juridicamente irrelevantes. A definição, deve, pois, residir em conceitos jurídicos, destacados nas próprias leis que regem cada uma das relações.

Ou isso, ou o Juiz teria de criar uma fase instrutória somente para a apuração da competência, pois a instrução relativa aos fatos da causa não poderia ser limitada pelo número de testemunhas também necessárias para a apuração dos fatos relativos à competência.

Não podemos deixar de notar que teimamos em qualificar as relações jurídicas pelas pessoas (empregado e empregador, consumidor e fornecedor, tomador final e prestador que atua no mercado, etc.), ainda que esta qualificação tenha sido completamente abandonada pela definição constitucional.

Se o CDC qualifica as partes, o faz como critério secundário, posto que é pelo objeto da relação ou matéria — **fatos ou vícios do produto ou do serviço** —, que toda a lei foi edificada.

Ora, não qualificamos uma relação penal pela pessoa da vítima e do criminoso, uma relação civil pelo parentesco ou pela posição contratual dos sujeitos, uma relação de consumo somente pela qualidade de fornecedor e consumidor ou, ainda, a relação de emprego pelas pessoas do empregado e empregador. O que seria dessas qualificações pessoais se estivesse ausente o liame (crime, contrato civil, fatos do serviço ou contrato de trabalho, respectivamente), esse sim, qualificador das relações?

Bem se sabe que “a competência material (ratione materiae) leva em conta a matéria, a natureza da causa ou da lide, o ramo do direito material em que se funda. Em outras palavras, a competência material é determinada de acordo com o pedido formulado pelo Autor (que é qualificado pela causa de pedir)” (Patrícia Miranda Pizzol. *CPC interpretado*. Coord. Prof. Antonio Carlos Marcato, Atlas).

Não se pode olvidar que o CDC é voltado à proteção e defesa do consumidor, consoante se infere do art. 1º do diploma em comento. As relações de consumo se qualificam por essa proteção intrínseca, que se destaca pelo arrolamento dos direitos do consumidor e apenas de deveres do fornecedor, sempre quanto aos fatos ou vícios do produto ou do serviço.

Os fatos do produto ou serviço acima referidos retratam os defeitos decorrentes da prestação de serviços em razão de má execução ou informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Já os vícios atingem a qualidade que tenha a capacidade de tornar impróprios os produtos ou serviços ou lhes diminuir o valor.

O CDC não se atém, então, aos direitos do fornecedor, o fazendo de forma apenas oblíqua quando, v. g., prevê prazos para o exercício do direito do consumidor, que ultrapassados, consolidam o direito do fornecedor. Ainda que o fornecedor e o consumidor estejam relacionados pela prestação dos serviços, os direitos imediatos de cada qual possuem natureza diversa. O consumidor tem os direitos arrolados na lei que, especificamente, os protege, enquanto que o fornecedor encontra a guarda de seus direitos na lei comum (como nos art. 206, § 5º, II; art. 593 e seguintes; art. 610 e seguintes; parágrafo único do art. 658, todos do Código Civil vigente), e agora na lei trabalhista.

Tal variação de direitos e, conseqüentemente, de matérias, nunca representou problemas de definição de competência, porque a Justiça Civil era competente para apreciar ambas as

espécies de conflitos. Mas a EC n. 45/04 mudou tal definição.

Esta também parece ser a opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho, que destaca que:

“poderão figurar, doravante, em um dos polos da relação processual, trabalhadores autônomos em geral, como: contadores, contabilistas, consultores, engenheiros, arquitetos, eletricitistas... Nessas situações, como é evidente, o juiz não aplicará a legislação trabalhista, mas, sim, a legislação civil reguladora da relação jurídica material, intersubjetiva, segundo as particularidades do caso concreto” (in: A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Artigo publicado na *Revista LTr*, ano 69, p. 14, jan. 2005).

Assim é que, se a matéria (definida pela causa de pedir e pedido) for afeta aos fatos ou vícios do serviço, a competência será da Justiça Comum. Ao revés, se a matéria for afeta a direitos do fornecedor (prestador de serviços), como honorários ou remuneração, instrumentos de trabalho, verbas atinentes à dissolução contratual, não observância de cláusula contratual que preveja direitos do prestador, etc., a competência será da Justiça do Trabalho.

Nesse ponto, não é demais destacar que o advogado deve buscar a tutela de suas pretensões na Justiça do Trabalho, mas seus deveres, ao contrário do que destacou a Autora em sua inicial, estão, sim, previstos expressamente no CDC, como se infere da leitura do art. 14 do diploma em referência.

Tal artigo menciona, em seu § 4º, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, ainda que diferenciada.

Quanto à definição de profissional liberal, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Profissional liberal é o não empregado, aquele que trabalha por conta própria, seja em profissão de nível universitário ou não,

exercendo atividade científica ou artística. É geralmente autônomo, exercendo sua atividade por livre opção e havendo faculdade na sua escolha pelo cliente. Para que o profissional seja considerado liberal, não deve haver vínculo empregatício, com subordinação hierárquica. Não são profissionais liberais as empresas ou pessoas jurídicas em geral, ainda que explorem serviços de procuração judicial, medicina, engenharia etc., como hospitais, casas de saúde, empreiteiras, construtoras, escolas etc. A relação de consumo é celebrada com profissional liberal, para efeitos do CDC 14, § 4º, se o for intuitu personae.” (in CPC Comentado. 2. ed. São Paulo: RT. p. 1.663-1.664).

Não é demais mencionar que responsabilidade pessoal do profissional liberal se apura por culpa, inaplicável, em regra, a responsabilidade objetiva observada no sistema consumerista (§ 4º, do art. 14).

Assim é que a previsão expressa da responsabilidade dos profissionais liberais quanto a seus serviços, leva a corroborar a tese de que o CDC somente destacou os deveres dos profissionais liberais, relegando à lei civil e trabalhista a previsão de seus direitos.

É certo que o tomador pode alegar a deficiência do serviço em defesa, o que não fastia a competência da Justiça do Trabalho, uma vez que, como já explanado, a competência se define pelo pedido, este ligado à causa de pedir (CPC, arts. 128 e 460). Só não será mantida a competência se o **pedido, veiculado em ação ou reconvenção**, for afeto a fatos ou vícios do serviço.

A competência não se altera se a contrariedade trazer matéria consumerista, mormente porque a apreciação incidente de matéria criminal (como a existência ou não de furto para os efeitos de apuração da justa causa), tributária (como a definição da responsabilidade pelos recolhimentos fiscais incidentes sobre a condenação), ou administrativa (como a questão da

responsabilidade subsidiária da Administração nos casos da retomada de objeto havida nos contratos de concessão) é corrente na Justiça Especializada.

Nem a questão de eventual trâmite concomitante de ações na Justiça Comum (movida pelo consumidor) e na Justiça Especializada (movida pelo prestador), significa óbice na adoção do critério de definição de competência ora adotado.

Ainda que conexas, as matérias não se qualificam como idênticas, uma vez observados os três *eadem*. Não seria o caso, pois, de litispendência, mas de eventual prejudicialidade externa de que fala o art. 265, IV, *a*, do CPC.

Desta feita, e diante de todas as razões expendidas, de se definir a novel competência da Justiça do Trabalho segundo o critério destacado no CDC, ainda que utilizado de forma residual: **será relação de trabalho aquela originária dos contratos de prestação de serviços *intuitu personae* em relação ao prestador, excluídas as matérias atinentes ao direito do consumidor quanto aos fatos ou vícios do produto ou serviço, salvo quando julgadas incidentalmente.**

Estando a hipótese dos autos enquadrada em tal definição, a Justiça do Trabalho é absolutamente competente para a causa, nos termos do art. 114 da Constituição Federal.

III. DO MÉRITO. DOS HONORÁRIOS

Da ausência de contestação específica. O Réu não se voltou contra os fatos e valores descritos na inicial, a permitir a aplicação do disposto no art. 302 do CPC.

Assim é que, ante o mandamento que emana do § 4º, do art. 24, da Lei n. 8.906/94, combinado com o art. 422 do CC, os pedidos de honorários contratuais procedem.

Como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e,

ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 442. O BGB § 242, que inspirou a norma brasileira sob comentário, mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual nem tampouco a pós-contratual, nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias no âmbito de sua aplicação (BOHEMER, Grundlagen. v. II. t. II, § 25, p. 77-79 e § 26, p. 99; Gunther H. Roth, MunchKommBGB, vol. II, p. 88-289). Portanto, estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado... os ex-contratantes — o contrato já se findou pela sua execução — também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais). (in: CC anotado e legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: RT. p. 339).

Demais deferimentos. Descontos fiscais e previdenciários são deferidos na forma da Súmula n. 368 do C. TST, observados os critérios do art. 3º do Provimento CG/TST n. 1/96 e art. 6º do Provimento CG/TST n. 2/93, sob pena de execução direta pela quantia equivalente

(Constituição Federal, art. 114, § 3º), não incidindo a contribuição previdenciária sobre as parcelas de natureza indenizatória arroladas no art. 28 da Lei n. 8.212/91.

Juros e correção monetária, na forma da lei, observando-se quanto a segunda a Súmula n. 381 do C. TST.

IV. CONCLUSÃO

Do dispositivo. Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, quanto ao pedido de honorários de sucumbência; julgo **PROCEDENTES** os pedidos formulados por **TATIANA DOS SANTOS CAMARDELLA** em face de **JOSÉ ALVARES** para condenar o Réu a pagar à Autora o valor equivalente aos honorários advocatícios contratuais, no importe de R\$ 9.009,84.

Descontos fiscais e previdenciários são autorizados.

Juros e correção monetária, na forma da fundamentação.

Custas, pelo Reclamado, incidentes sobre o valor da condenação de R\$ 9.009,84, no importe de R\$ 180,19.

Int. Nada mais.

OLGA VISHNEVSKY FORTES

Juíza do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Araucária – PR

Autos n. 3822/2008

TERMO DE AUDIÊNCIA

Aos vinte e seis dias do mês de junho do ano de dois mil e nove, às 17h18min, na sala de audiências da Vara do Trabalho de Araucária, na presença do MM. Juiz do Trabalho, DR. FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA, foram apregoados os litigantes dos autos RT-3822-2008:

Reclamante: CIRO PINHEIRO FERRARI

Reclamada: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.

Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

CIRO PINHEIRO FERRARI, qualificado à fl. 02, demanda em face de PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRAS, igualmente qualificada. Postula, em síntese, a condenação da reclamada nos pedidos elencados na prefacial, além de antecipação de tutela para que seja reintegrado ao cargo, bem como assegurado o direito de realizar as provas restantes do curso de formação, com recebimento dos salários.

O valor atribuído à causa foi de R\$ 18.000,00.

A decisão sobre o pedido de tutela antecipada se encontra às fls. 143, tendo sido negado.

Regularmente citada, a reclamada compareceu à audiência, tendo apresentado contestação escrita, onde impugna os pedidos elencados na peça de ingresso e requer a improcedência da ação.

Documentos foram juntados.

Foram ouvidas duas testemunhas pela ré e uma pelo autor.

Sem outras provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais por memoriais.

Rejeitadas as propostas conciliatórias.

DECIDE-SE

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. MÉRITO

1.1. DA JUSTA CAUSA

O autor alega que foi aprovado no concurso da Petrobras para o cargo de Técnico de Operação Júnior, realizado em conformidade com o edital n. 1/2008. Após aprovação em todas as etapas do concurso, foi admitido em 26.2.2008, conforme anotação em sua CTPS. Segue dizendo que obteve boas notas durante todo o curso de formação, mas que não pode participar da prova prevista para o dia 7.10.2008, qual seria realizada mediante consulta. No 15.10.2008, quando estava fazendo a prova substitutiva, sem possibilidade de consulta, foi acusado de conter anotações na mão, fazendo assim consulta não autorizada e em virtude deste fato foi eliminado do curso de formação e dispensado por justa causa. Entende incabível a pena aplicada. Argumenta que o Curso de Formação se realiza na vigência do contrato de trabalho, regido pelas regras do contrato de prazo indeterminado, e que o direito pátrio não reconhece para as empresas provas o contrato de formação. Portanto, a sua aprovação ou não pelo empregado não é pré-condição para a manutenção do contrato. Assim, apesar do edital do concurso indicar que o empregado pode ser eliminado caso não obtenha nota mínima, tal condição não mais se aplica ao autor, visto que já contratado, cujo ato se consumou com o registro em sua CTPS e o esgotamento do prazo

de 90 dias de experiência. Assim, entende que a justa causa deve ser sopesada exclusivamente pelas regras do art. 482 da CLT. Alega, que a alegada tentativa de cola não caracteriza ato de improbidade do empregado. Além disto, não se pode punir mera tentativa. Postula seja afastada a justa causa e consequentemente pretende ser reintegrado ao emprego.

A ré confirma que o autor foi aprovado em concurso público, mas alega que o Curso de Formação, consoante item 16.2 do edital, possuía caráter obrigatório e eliminatório, cujas regras eram de conhecimento do autor, tendo o mesmo assinado termo de compromisso. Que o fato que ensinou a eliminação do autor do Curso de Formação, e também ensinou a rescisão contratual foi a conduta de “colar” na prova. Que o Edital é a “lei interna” de um concurso e as regras nele dispostas vinculam todos os candidatos, mesmo após a contratação. Em síntese, o longo arrazoado da ré é no sentido de que no edital do processo seletivo estavam previstas todas as etapas do processo, sendo duas delas as de formação profissional, e que o edital é “a lei interna da licitação”, vinculante aos que se submetem ao processo seletivo. Que o autor estava ciente disso e que não há ilegalidade alguma quanto à previsão de curso de formação, de caráter eliminatório, antes da contratação. E que além da violação do edital, o autor também quebrou a fidúcia nele depositada, revelando-se lícita a modalidade de ruptura contratual imposta.

Pois bem.

Observe-se que o item “DO CURSO DE FORMAÇÃO”, do edital do concurso público realizado em 2008, assim estabelece:

“16.1 – Os(As) candidatos(as) que vierem a ser admitidos(as) ou readmitidos(as) nos cargos de Técnico(a) de Operação Júnior participarão de Curso de Formação, de caráter obrigatório e eliminatório. O local de realização do referido curso será informado na fase de admissão.

16.2 – No plano de desenvolvimento do curso, a ser entregue no início do Curso de Formação, constarão todas as informações sobre conteúdo programático das disciplinas, carga horária, esquema de avaliação de desempenho e regime disciplinar, entre outras.

16.3 – Os(As) participantes do Curso de Formação terão regime de dedicação integral, sendo obrigatória a frequência às aulas e demais atividades descritas no plano de desenvolvimento.

16.4 – A admissão ou a readmissão do(a) candidato(a), como empregado(a) da Petrobras, para participar do Curso de Formação será obrigatoriamente precedida da assinatura do Termo de Compromisso e Responsabilidade com a Petrobras.

16.5 – Serão eliminados(as) do Curso de Formação os(as) participantes que não obtiverem as notas definidas no plano de desenvolvimento do curso ou, ainda, infringirem as normas da Petrobras.

16.6 – O(A) participante admitido(a) por ter sido aprovado(a) neste processo seletivo que for desligado(a) do Curso de Formação, qualquer que seja o motivo, terá, consequentemente, seu Contrato Individual de Trabalho rescindido, aplicando-se, em cada caso, o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).”

Já o item DAS DISPOSIÇÕES FINAIS, que:

“17.1 – A inscrição do(a) candidato(a) implicará a aceitação das normas para o processo seletivo público contidas nos comunicados, neste edital e em outros a serem publicados.”

A exigência de Curso de Formação possui natureza jurídica de cláusula contratual, revelando-se lícita, e o autor ao se inscrever no concurso anuiu com as regras contidas no edital, que passaram a reger seu contrato de trabalho, mesmo após a contratação.

O autor desde a inscrição tinha conhecimento das regras editalícias estabelecidas para

preenchimento do cargo que se candidatou, o que foi reforçado quando assinou o Termo de Compromisso de fl. 135, bem como que referidas regras passariam a reger seu contrato de trabalho.

Assim, verificado que o candidato descumpriu ou violou qualquer das regras estabelecidas no edital, pode sim resultar em seu desligamento dos quadros de empregados da reclamada.

Descabido também o argumento do autor de que não se pode punir a mera tentativa, e que assim, ainda que tivesse com “cola” não poderia ser demitido por justa causa, pois princípio do direito penal que não se aplica ao direito do trabalho. Em todo caso, relembro ao autor que o parágrafo único do art. 14 do Código Penal estabelece que “*Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços*”. Ou seja, mesmo que se fosse aplicar o regramento do direito penal, caberia punição por tentativa.

Após as observações *supra*, passe-se a análise das provas produzidas nos autos, a fim de se apurar a ocorrência ou não da alegada consulta não autorizada, denominada vulgarmente de “cola”, por parte do autor na prova realizada no Curso de Formação, no dia 15.10.2008.

Além de cópia do edital, termo de compromisso assinado pelo autor, a ré também trouxe o documento de fl. 136, consistente em termo de declaração da fiscal da prova realizada no dia 15.10.2008 informando à Comissão do Curso de Formação que havia flagrado o autor consultando por três vezes a mão esquerda, tendo sido por ela constatado a existência de definição de termos e conceitos afetas à disciplina acerca da qual autor estava fazendo prova.

No que tange aos depoimentos, a testemunha Cinthia Letícia, convidada pela ré, disse “*corroborar em Juízo o conteúdo do documento a fl. 136; o autor apresentou atestado de acompanhamento em consulta da esposa e a regra era fazer uma prova substitutiva sem consulta; isso foi informado a ele depois do fato do atestado;*

não tem certeza se a prova anterior seria com consulta, mas havia a opção dos examinadores; o autor consultou a mão três vezes na frente dela; ela pediu para ver a mão dele e lá estava o conceito de nafta craqueada pedida na prova; os demais viram o fato quando ela levou o autor até a outra sala e tirou a prova; ele disse que era a palavra dela contra a dele; o código de ética é entregue antes de qualquer coisa na ambientação conforme fls. 181; o curso visa também repassar valores, faltava pouco para terminar o curso; existe muito investimento no curso que acaba sendo referência; outras pessoas viram a discussão; ela diz que recolheu a prova e o autor disse que não seria justo; a etapa era eliminatória e não teria outra chance; foram três semanas entre uma prova e outra; diz que na mão estava escrito “nafta craqueada” e que a testemunha não tinha condições técnicas de conhecer os conceitos em questão, mas pela palavra escrita viu que era isso; diz que leu com o autor; era uma questão subjetiva e acha que o autor estava formulando questão e consultando; uma pessoa apenas viu, mas não pegou na mão do autor que será testemunha também; o autor teve situações de procurar médico na empresa, mas ela não sabe de doenças específicas; tinha empregados da empresa na sala ao lado; não chamou outros empregados para analisar ou testemunhar no momento porque já havia as outras pessoas na sala” (fl. 194).

Alan Henrique, também convidado pela ré, disse que “*estava no dia dos fatos; viu a discussão e não viu o autor colando; viu a mão do autor, tinha coisa escrita, mas não dava para ler; viu a mão depois que o autor já tinha sido pego; fez a segunda prova porque tirou nota abaixo da média na primeira prova; a primeira não teve consulta; a segunda também não teria consulta, mas era subjetiva e a primeira objetiva; sabia que era sem consulta; a segunda etapa era eliminatória; recebeu o código de ética antes de fazer as provas; diz que leu o código; na palestra a fl. 181 foi falado sobre o código de ética; a turma dele não era a mesma da turma do autor; não lembra se a palestra sobre ética foi para todo*

mundo; a segunda prova a matéria dele era diferente da matéria do autor; estava ao lado do autor e tinha uma fila vaga no meio; estava escrito na palma da mão”.

A testemunha ouvida pelo autor nada esclareceu a respeito, eis que não participou da prova em comento e teve contato com o autor somente após os acontecimentos narrados na inicial e defesa.

De outro lado, a análise do depoimento prestado pela testemunha Cinthia evidencia-se que efetivamente o autor tinha anotações em uma de suas mãos que eram afetas à disciplina que estava sendo posta em teste naquela ocasião (relacionada ao processo de Nafta Craqueada).

A prova testemunhal também indica que na primeira prova não houve autorização para consultas. E, mesmo que tivessem sido autorizadas consultas, o autor tinha ciência de que a segunda prova não observaria as mesmas condições. Além disto, cabe uma observação: consulta autorizada pela Comissão organizadora difere de “cola”, que se caracteriza como ato de burlar a diretriz imposta para aquela situação.

O autor praticou ato que além de configurar violação ao código de ética do reclamado, também viola o princípio da boa-fé, condição *sine qua non* para manutenção do contrato de trabalho e pode até mesmo, constituir crime de estelionato (art. 171 do CP — Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento).

Com efeito, o ato praticado pelo autor revela traços de sua personalidade que prejudicam estabelecimento de vínculo de confiança com o pretenso empregador.

Não é demais dizer, que considerando a relevância de uma prova, que sinaliza o quanto de conhecimento e capacidade técnica possui o candidato, a consulta não autorizada prejudica a escolha, dentre os candidatos, do melhor qualificado para a função. E, assim, o edital publicado não teria cumprido sua finalidade, que é possibilitar ao reclamado escolher os melhores qualificados para preenchimento das vagas disponibilizadas.

Diante de todo o exposto, conclui-se o art. 16.5 do item DO CURSO DE FORMAÇÃO autoriza a eliminação do autor de referido curso e consequentemente a rescisão de seu contrato de trabalho por justa causa.

Em consequência, rejeitam-se todos os pedidos formulados na inicial.

1.2. JUSTIÇA GRATUITA

A parte Reclamante declara sua condição de miserabilidade jurídica e, nos termos das Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70, faz jus às benesses da Justiça Gratuita.

Defere-se.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, decide a 1ª Vara do Trabalho de Araucária, e julgar **IMPROCEDENTE** a pretensão deduzida por **CIRO PINHEIRO FERRARI** em face da reclamada **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRAS**, nos termos da fundamentação.

Custas processuais calculadas sobre o valor da causa e no importe de R\$ 360,00, pelo autor dispensadas.

Cumpra-se no prazo legal.

Cientes as partes. Nada mais.

FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA

Juiz do Trabalho

2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos do Processo n.: 02115-2007-041-12-00-3

Classe/Rito Juiz: Ação de Indenização – Ordinário Narbal Antônio de Mendonça Fileti

Prolator Audiência de: 07 Maio 2010, 18 h

Autor/a/es: Nilza Braz de Oliveira

Ré/u/s: 1. Prolincon Empreiteira de Mão de Obra Ltda.; 2. Tractebel Energia S.A.

Presenças: ausentes as partes, assim delibero:

ACIDENTE NO TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO (COMPENSAÇÃO) POR DANOS MORAIS E MATERIAIS POSTULADA PELA MÃE DA VÍTIMA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.04, que incluiu o inc. IV no art. 114 da Constituição Federal, ainda persistia divergência jurisprudencial acerca da competência da Justiça do Trabalho para as ações em que o pretendente busca o pagamento de indenização (compensação) por danos morais e materiais decorrentes de acidente no trabalho. A questão foi então pacificada pelo STF, por meio do emblemático acórdão proferido nos autos do Conflito de Competência n. 7.204-1-MG, julgado em 29.6.05. No caso de acidentes com morte do empregado/trabalhador, cessa, *ipso facto*, por questão de lógica, a possibilidade de a vítima postular a indenização, porque já feneceu. Com efeito e novamente por questão de lógica, não há possibilidade de o espólio do empregado/trabalhador postular a indenização, posto que personalíssima, que se extingue com a morte dele. Situação diferente ocorre quando o empregado/trabalhador tiver proposto em nome próprio ação postulando a indenização e vier a falecer no curso da ação. Nesse caso, ocorrerá a substituição da parte nos termos dos arts. 41 e 43/CPC, subsidiariamente aplicáveis ao processo do

trabalho por força do princípio da subsidiariedade (art. 769/CLT). Já aqueles que, por razões de laços familiares ou de outra espécie com o empregado falecido, se sentirem lesados moral ou patrimonialmente, poderão, em nome próprio, ajuizar ação nesta Especializada para buscar a devida compensação/resarcimento. Assim, a Justiça do Trabalho é o Juízo competente para apreciar e solver ação indenizatória, por meio da qual a mãe de trabalhador falecido em acidente de trabalho postula, em nome próprio, indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte de seu filho (Ag. Reg. no RE n. 503.043-1 – SP).

RELATÓRIO

NILZA BRAZ DE OLIVEIRA, qualificada na prefacial, ajuizou ação trabalhista contra **PROLINCON EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA LTDA. e TRACTEBEL ENERGIA S.A. (2)**, também qualificadas. Postulou a condenação das demandadas ao pagamento de indenização por dano moral, em valor a ser arbitrado pelo Juiz; e indenização por dano material, com fixação de pensão mensal.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 1.000.000,00.

As rés defenderam-se nas fls. 249-64 e 296-7, respectivamente. A primeira ré arguiu as preliminares de incompetência material da Justiça do Trabalho, de carência da ação por ilegitimidades ativa e passiva *ad causam* e de litispendência. Requereu, ainda, a suspensão do feito. A segunda ré, renovando os termos da contestação apresentada nos autos da Ação Ordinária n. 00454-2006-041-12-00-4, arguiu as preliminares de inépcia da inicial e de carência da ação por ilegitimidade passiva e por falta de interesse de agir da postulante. A primeira

ré arguiu a prejudicial prescrição total. No mérito, ambas preconizaram a rejeição das pretensões.

Os contendores louvaram-se em prova documental. Manifestação autoral nas fls. 299-301. Sobrestado o andamento do feito (fl. 323).

A Secretaria juntou nas fls. 327-9 e verso cópia da sentença proferida nos autos da ação ordinária n. 00454-2006-041-12-00-4, cujo trânsito em julgado ocorreu em 24.11.09 (fl. 330, certidão).

Determinada a inclusão do feito em pauta para oitiva das partes e testemunhas (fl. 330).

Dispensados os depoimentos das partes e na falta de interesse na produção de prova testemunhal, foi encerrada a fase cognitiva do feito, com adução de razões finais remissivas e rejeição da conciliação (fl. 333).

Atendendo determinação do Juízo, a Secretaria efetuou a pesquisa, a impressão e a juntada aos autos de documentos relativos ao processado eletrônico da ação n. 2009.72.57.001013-3 — autora: NILZA BRAZ DE OLIVEIRA; e réus: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL e JUCÉLIA NUNES CAETANO BRASIL —, em tramitação no Juizado Especial Cível da Justiça Federal de Tubarão (fls. 334-7; fl. 338).

Ordenados, os autos volveram conclusos para sentença.

É o substrato dos autos.

FUNDAMENTAÇÃO

I — EM PRELIMINAR

1. ACIDENTE NO TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO (COMPENSAÇÃO) POR DANOS MORAIS E MATERIAIS POSTULADA PELA MÃE DA VÍTIMA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA DEMANDANTE. EFEITOS

1.1. Mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.04, que incluiu

o inc. IV no art. 114 da CF⁽¹⁾, ainda persistia divergência jurisprudencial acerca da competência da Justiça do Trabalho para as ações em que o pretendente busca o pagamento de indenização (compensação) por danos morais e materiais decorrentes de acidente no trabalho. A questão foi então pacificada pelo STF, por meio do emblemático acórdão proferido nos autos do Conflito de Competência n. 7.204-1-MG, julgado em 29.6.05, data, aliás, posterior aos julgados do STJ informados pela primeira ré (fl. 250).

1.2. No caso de acidentes com morte do empregado/trabalhador, cessa, *ipso facto*, por questão de lógica, a possibilidade de a vítima postular a indenização, porque já feneceu. Com efeito e novamente por questão de lógica, não há possibilidade de o espólio do empregado/trabalhador postular a indenização, posto que personalíssima, que se extingue com a morte dele.

Situação diferente ocorre quando o empregado/trabalhador tiver proposto em nome próprio ação postulando a indenização e vier a falecer no curso da ação. Nesse caso, ocorrerá a substituição da parte nos termos dos arts. 41 e 43/CPC, subsidiariamente aplicáveis ao processo do trabalho por força do princípio da subsidiariedade (art. 769/CLT).

Já aqueles que, por razões de laços familiares ou de outra espécie com o empregado falecido, se sentirem lesados moral ou patrimonialmente, poderão, em nome próprio, ajuizar ação nesta Especializada para buscar a devida compensação/ressarcimento. Foi o que fez a demandante, que é mãe do empregado falecido.

Trago abaixo decisão também emblemática do STF acerca da competência pessoal desta Especializada para as ações propostas por herdeiros — mas não só por eles — de empregado/

(1) “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”

trabalhador falecido em decorrência de acidente do trabalho:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA OU ASSUMIDA PELOS DEPENDENTES DO TRABALHADOR FALECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIAL. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior. Precedente: CC 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido. (Ag. Reg. no RE n. 503.043-1 – São Paulo – 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Britto. DJ 1º.6.07) (sublinhei)

Em decisões recentes exaradas nos autos dos Conflitos de Competência ns. 106.551-SC (DJe de 5.11.09) e 107.276-SC (DJe de 22.10.09), o STJ seguiu — como não poderia deixar de ser — o entendimento do STF sobre a matéria.

Afasto as preliminares de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e de carência da ação por ilegitimidade ativa *ad causam* da postulante.

2. INAPTIDÃO DA PREFACIAL

Os pleitos exarados na vestibular não padecem dos vícios lançados no art. 295, parágrafo único, do CPC, enquadrando-se nos requisitos dispostos no art. 840, § 1º, da CLT. Tanto é assim que nenhuma dificuldade defensiva foi apresentada às contestantes.

Repilo a preliminar.

3. CARÊNCIA DA AÇÃO

3.1. A preliminar de carência da ação por falta de interesse de agir da autora, aviada pela

segunda ré, confunde-se com o mérito, motivo pelo qual será com ele decidida.

Rejeito.

3.2. Compõe-se a legitimidade para a causa na pertinência subjetiva da ação: de um lado, aquele que afirma ser o titular do interesse posto em juízo (legitimidade ativa — autor); do outro, aquele em face de quem esse interesse é manifestado (legitimidade passiva — réu).

Como no caso sob exame as demandadas são as pessoas indicadas como devedoras na relação jurídica material, razão não há para se falar em ilegitimidade delas para a causa.

Com efeito, o enfoque, em verdade, abarca matéria concernente ao próprio *meritum causae*, motivo pelo qual será com ele decidido.

Repilo a preliminar.

4. LITISPENDÊNCIA

Para restar caracterizada a litispendência, é imprescindível a coincidência de partes, causas de pedir e pedidos (art. 301, §§ 1º a 3º, CPC, c/c art. 769/CLT), situação ausente no presente caso: a ação primigênia - ação de indenização n. 00454-2006-041-12-00-4 — foi proposta por ESPÓLIO DE ROGÉRIO LUIZ DE OLIVEIRA, REPRESENTADO POR NILZA BRAZ DE OLIVEIRA; a presente demanda, por sua vez, foi ajuizada, em nome próprio, por NILZA BRAZ DE OLIVEIRA, representante do espólio na ação primeira. Portanto, não havendo coincidência de partes, não há falar em litispendência.

Apenas pelo sabor da argumentação, registro que a ação de indenização n. 00454-2006-041-12-00-4 foi extinta sem resolução do mérito (fls. 327-9 e verso), decisão que transitou em julgado em 24.11.09 (fl. 330). Assim, ainda que houvesse coincidência de partes — situação não chancelada —, a extinção da ação pretérita, sem resolução do mérito, por si só, afasta a possibilidade de incidência do instituto da litispendência.

Preliminar afastada.

II – MÉRITO

1. PREJUDICIAL. PRESCRIÇÃO TOTAL

Inobstante afeta à competência desta Justiça Especializada (art. 114, inc. VI, da CF), a matéria concernente ao pleito de indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho reveste-se de indiscutível natureza civil, motivo por que atrai a incidência do prazo prescricional previsto no Código Civil.

Com a entrada em vigor do novo CC, em 12.1.2003, o prazo prescricional aplicável, que antes era de vinte anos (art. 177 do CC de 1916) foi reduzido para três anos (art. 206, § 3º, inc. V, CC).

O acidente denunciado pela autora, causa de pedir exordial, ocorreu em 3.10.05 (fl. 40). A presente demandada foi proposta em 8.11.07 (fl. 03). Assim, não há dúvida de que o triênio prescricional foi devidamente observado (art. 206, § 3º, inc. V, CC).

Afasto a incidência do instituto da prescrição.

2. ACIDENTE NO TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAL E MATERIAL (PENSÃO VITALÍCIA)

2.1. Acusando “culpa grave” do empregador e da tomadora dos serviços — primeira e segunda rés, respectivamente — por acidente ocorrido no ambiente de trabalho, do qual resultou a morte de seu filho ROGÉRIO LUIZ DE OLIVEIRA, vindicou a autora a condenação das demandadas no pagamento de indenizações por dano moral, em valor a ser arbitrado pelo Juiz, e por dano material, com fixação de pensão mensal.

Embora não tenham negado o acidente, a rés defenderam a ausência de culpa do empregador ou da tomadora dos serviços pelo infortúnio. A primeira demandada alegou, ainda, a suposta culpa exclusiva da vítima e, em tese sucessiva, com espeque no princípio da eventualidade, arguiu a tese de culpa con-

2.2. As testemunhas ouvidas nos autos da ação de indenização n. 00454-2006-041-12-00-4 — prova emprestada trazida pelo autor nas fls. 84-7 — relataram que:

[...] que durante trinta e nove dias o depoente trabalhou como ascensorista do elevador 4, 5 e 6, no estabelecimento da 2ª ré; que todos os elevadores possuem portas pantográficas com trava mecânica; entretanto é possível abrir a porta, desativando a trava sem que o elevador esteja no andar; que numa oportunidade, pouco antes do depoente entrar no elevador 6, o equipamento deslocou-se para cima sem qualquer comando, permanecendo a porta de proteção aberta; se o elevador não está no andar o túnel é bastante escuro; que o fato acima descrito ocorreu numa outra oportunidade com um substituto do depoente, também com o elevador 6; que às vezes o elevador parava no meio do andar, ou seja, não ficava alinhado ao piso, tanto que numa oportunidade o depoente foi obrigado a gritar para pedir socorro. REPERGUNTAS DO AUTOR: que os elevadores eram bem velhos, achando que estejam funcionando há mais de vinte anos; que os problemas verificados nos elevadores foram comunicados pelo depoente à sala de operação; que naquela época foi tão somente substituída a lona de freio do elevador 6, mas a lona arrebentou dias depois, uma vez que não foi aguardado o tempo necessário para a lona secar, conforme justificativa do técnico de manutenção dos elevadores. REPERGUNTAS DA 1ª RÉ: que os elevadores referidos não eram provisórios em virtude de obras, mas permanentes; que trabalhou no elevador 5, mas não como ascensorista; que a possibilidade de se desativar a trava mecânica sem que o elevador esteja no andar era dos elevadores 5 e 6; já em relação ao elevador 4 não sabe dizer se era possível abrir a porta sem que o equipamento estivesse no andar, pois o sistema era diferente; que além da possibilidade do desarme da trava não ocorreu nenhum outro

defeito com o elevador 5; não sabe se há vedação do desarme da trava de segurança sem que o elevador esteja no andar; que não sabe o nome do ascensorista que o depoente substituiu naqueles trinta e nove dias e tão pouco o período (data) em que o correu a substituição. REPERGUNTAS DA 2ª RÉ: que no elevador 4 trabalhou quatro ou cinco dias e no restante dos dias no elevador 6; já o elevador 5 não foi operado pelo depoente; que o elevador 5 era utilizado pelo depoente para deslocar materiais (madeira e ferro) para montar andaimes; que o depoente trabalhou como ascensorista porque aceitou o serviço, uma vez que normalmente o pessoal se recusava a exercer essa atividade por medo; que os elevadores não tinham ascensoristas fixos e às vezes funcionavam sem ascensoristas; que o elevador 5 foi utilizado pelo depoente para transporte de materiais por quatro ou cinco dias. (CARLOS ALBERTO; fl. 84-5)

[...] que trabalhou no estabelecimento da 2ª ré em virtude de terceirização com as empresas ZETA, RIDAL e TENENGE, no período de 86 a 96; que exercia a função de eletricista junto a 2ª ré; que frequentava e utilizava todos os elevadores do estabelecimento da 2ª ré; que em várias oportunidades os elevadores 5 e 6 apresentavam o seguinte problema: o letreiro luminoso indicava que o equipamento estava no andar, mas ao abrir a porta, o mesmo não estava no andar indicado; por ser escuro, não era possível verificar se o elevador estava no andar antes da abertura da porta; que a trava de segurança não impedia a abertura da porta sem que o elevador estivesse no andar; que os elevadores eram operados pelos próprios trabalhadores, mas às vezes operavam por meio de ascensoristas; que não sabe dizer se havia manutenção nos elevadores ou a periodicidade; que as portas dos elevadores eram de fácil abertura. [...] REPERGUNTAS DO AUTOR: acha que os elevadores têm mais de vinte anos; que na época em

que trabalhou no estabelecimento da 2ª ré, a empresa ainda era a ELETROSUL. REPERGUNTAS DA 1ª RÉ: que a trava de segurança, por desgaste, não prendia a porta, de maneira que era possível abri-la sem desarmar a trava; que a trava era visível, mas ficava por dentro da porta; que a utilização do elevador independia de autorização; que não sabe dizer se houve alteração no elevador e no sistema de trava, objetos do acidente, depois de sua saída do estabelecimento. REPERGUNTAS DA 2ª RÉ: que identifica os locais dos elevadores apenas pelo número, não sabendo que unidade do complexo se localizam; que os elevadores 5 e 6 ficavam na UTLC; que ratifica que a porta era vazada, conforme fotografia da fl. 311, mas havia por dentro da grade um plástico preto; que quando abria a porta, a proteção plástica acompanhava a grade; que os elevadores tinham apenas uma porta (grade); que a porta (grade) só abria manualmente; que era comum o depoente e o pessoal com quem trabalhava abrir a porta pantográfica do elevador sem atentar para o indicador luminoso situado na parte superior da porta do elevador; que nem sempre o indicador luminoso funcionava, mas o equipamento não era observado por quem utilizava o elevador. (EDSON LUIZ; fl. 85)

[...] Que sempre utilizou com frequência o elevador 5; que o equipamento jamais apresentou defeito; que só é possível abrir a porta do elevador sem que ele esteja no andar se a trava de segurança for desacionada; que é possível visualizar a chegada do elevador no andar mesmo com a porta (grade) fechada; que desde que presta serviços perante a 2ª ré, não há qualquer proteção plástica posterior à grade; que nunca ouviu falar ou aconteceu do elevador movimentar-se com a porta aberta; que o pessoal da segurança proíbe expressamente abertura da porta sem que o elevador esteja no andar; que nunca ocorreu com o depoente ou ouviu falar do elevador parar fora da elevação do

piso. REPERGUNTAS DA 1ª RÉ: que o depoente estava presente no dia do acidente, tanto que determinou ao *de cujus* apanhasse material no segundo andar, e, sentindo a ausência do falecido por não retornar ao local de trabalho, o próprio depoente deu início às buscas depois de quinze minutos do desaparecimento; que o falecido não foi encontrado naquele dia. REPERGUNTAS DA 2ª RÉ: que é rigorosa a prevenção sobre segurança do trabalho da 2ª ré tanto que há diálogos diários sobre segurança; que a utilização de EPIs é rigorosamente fiscalizada; que além das reuniões diárias, ocorre uma reunião mensal na 2ª ré com a participação de todos empregados das empresas parceiras (terceirizadas); que as reuniões são dirigidas pelo pessoal da segurança da 2ª ré; que no dia do acidente o depoente e seus colaboradores utilizaram o elevador normalmente, inclusive após o desaparecimento do falecido e no dia seguinte; que depois do acidente houve melhorias na sinalização dos elevadores (pintura e faixas de aviso de advertência), mas o equipamento não foi substituído e tampouco a porta e trava; que se a porta do elevador estiver aberta ou mal fechada em algum andar, o depoente pôde constatar que o elevador não se movimenta; que de um andar para o outro não é possível saber onde está parado o elevador, pois não há letreiro luminoso indicando a localização do elevador; só é possível saber a localização do elevador quando o equipamento chega no andar em que é chamado. REPERGUNTAS DO AUTOR: não lembra a data do acidente, inclusive o mês; que no dia do desaparecimento do *de cujus*, o depoente comunicou tanto a 1ª como a 2ª ré; que a trava de segurança só era desacionada se fosse “forçada” sem que o elevador estivesse no andar; que não sabe quantos anos o elevador está em funcionamento; que o elevador fica na caldeira 5 situada na UTLB. (NILSON ROSA, fl. 86) [...] que foi comunicado um dia depois do desaparecimento e que naquele mesmo dia

deu início às buscas por meio de seu pessoal de operação, vindo então o corpo a ser encontrado logo depois no poço do elevador; encontrado o corpo o depoente comunicou o fato ao chefe de departamento, vindo o depoente a deslocar-se para o local onde já estava o pessoal da segurança da 2ª ré, acreditando que quando chegou no local a polícia civil já havia sido acionada, tanto que em seguida a autoridade policial chegou no local logo em seguida dando início ao procedimento investigatório. REPERGUNTAS DA 2ª RÉ: que o equipamento foi liberado no dia seguinte do corpo ser encontrado; que a empresa possui em seus quadros três técnicos em segurança e um engenheiro em segurança; que para todas as empresas terceirizadas é feita previamente palestra de integração sobre segurança no trabalho; que também ocorre DDS (diálogo diário de segurança), bem como reunião mensal sobre segurança, além da reunião da CIPA; que em todas as reuniões de segurança participam tanto a 2ª ré como a 1ª e as demais empresas terceirizadas; que o elevador em que ocorreu o acidente situa-se na unidade 5 da UTLB; que o elevador possui duas portas pantográficas, uma de piso e a outra de cabina; que a porta de piso (externa) só abre se o elevador estiver no andar; que o elevador não se movimenta se uma das portas estiver mal fechada ou aberta; que só é possível abrir a porta sem que o elevador esteja no andar se for acionada a trava de segurança; que a verificação se o elevador está ou não no andar é visual; que apenas no andar térreo há dispositivo luminoso indicando a posição do elevador; que nunca ocorreu nenhum acidente com os elevadores nos três anos em que o depoente trabalha na UTLB, não possuindo conhecimento se houve acidente em período anterior; que a manutenção dos elevadores é feita pelo fabricante, achando que as manutenções são mensais; que nunca encontrou a porta do elevador aberta sem que o equipamento estivesse no andar. REPERGUNTAS DO AUTOR: que

o elevador 5 funciona há mais de vinte e cinco anos, ou seja desde o início da usina; confirma que no dia seguinte ao ser encontrado o corpo, o elevador passou a funcionar normalmente; que jamais vieram técnicos da Bélgica para verificar as causas do acidente ou o elevador tenha sido isolado para aguardar a visita dos belgas; que a TRACTEBEL é multinacional com capital social belga. (JEFFERSON SILVA, fl. 87)

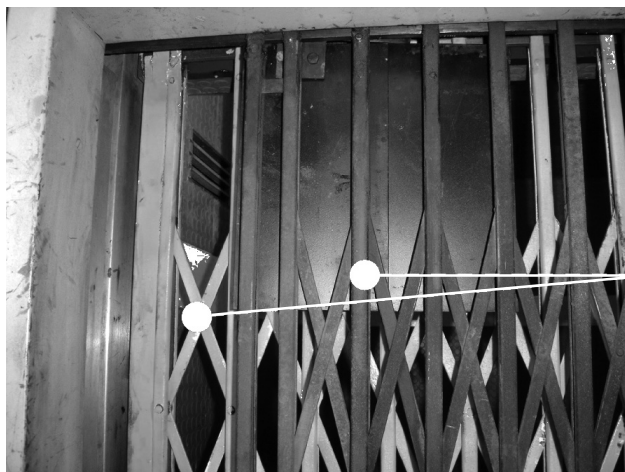
2.3. Em decorrência de contradições presentes nos depoimentos das compromissadas ouvidas e com espeque no art. 442, inc. I, do CPC (por aplicação do princípio da subsidiariedade: art. 769/CLT), o Exmo. Juiz Ozéas Castro, responsável pela colheita da prova oral naquele feito, designou a realização de inspeção judicial no local do acidente (fl. 87, no final), tendo sido acompanhado pelo servidor Eduardo Nunes, cuja cópia do auto circunstanciado está jungida nas fls. 89-97.

Reproduzo, porque relevante para o deslinde da questão *sub judice*, uma vez que relata a situação encontrada pelo Magistrado no ato da visita *in loco*, parte do conteúdo do referido auto circunstanciado, que se encontra devidamente arquivado em documento digital neste Juízo⁽²⁾:

[...] (1) A presente inspeção teve início às 15h na sede da empresa TRACTEBEL ENERGIA S.A., segunda demandada, localizada na Av. Paulo Santos Mello, s/n, Capivari de Baixo/SC;

(2) Foi objeto da inspeção o elevador situado na unidade 5 da UTLB (Usina Termoeletrica Jorge Lacerda – B), local do acidente denunciado na exordial;

(3) O elevador possui área aproximada de 6,25 m² (2,5 m x 2,5 m), com uma porta pantográfica (tipo “esteira”) no próprio elevador e outra no acesso de cada pavimento (fotografia 1);

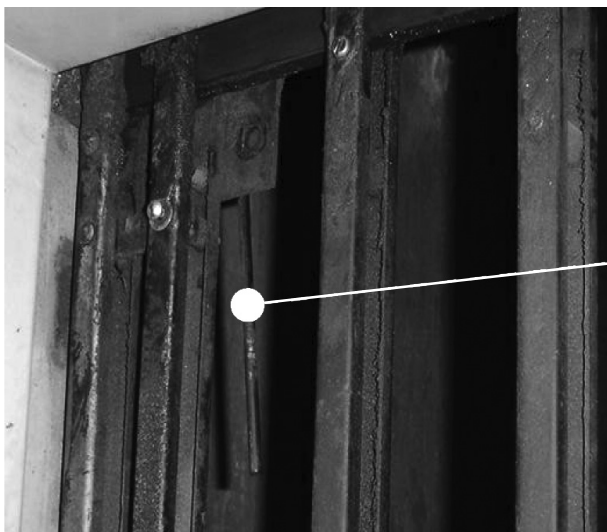


Fotografia 1

Portas pantográficas

(4) Inobstante o deslocamento do elevador exija o correto fechamento de todas as portas (portas do elevador e dos pavimentos), é possível a abertura das portas dos pavimentos via acionamento de alavanca localizada no canto superior esquerdo de cada porta — alavanca da trava de segurança — (fotografia 2), deixando livre e desprotegido o acesso ao poço do elevador (fotografia 3). Importante registrar que não há qualquer placa que indique, de forma expressa, a condição de uso exclusivo do dispositivo (alavanca) para o fim de emergência: após o acidente, foram colocadas “chapas metálicas protetoras”, que, embora tenham a função de ocultar/camuflar a alavanca da trava de segurança, não são capazes de coibir a liberação imotivada da porta (fotografias 4 e 5);

(2) Fotografias aqui reproduzidas em cores para melhor visualização das condições do local do acidente.



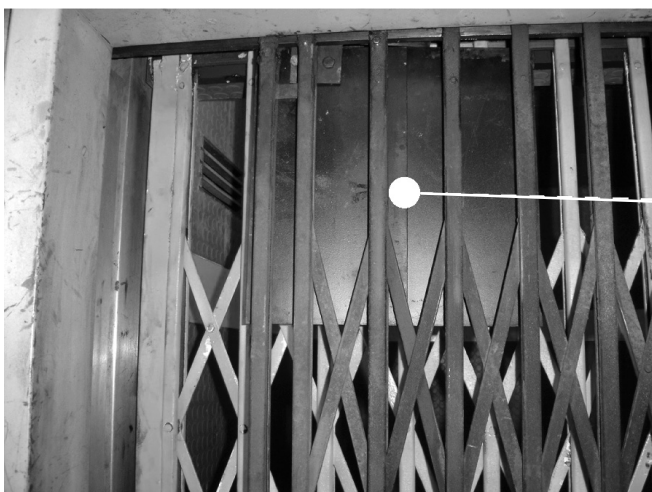
Fotografia 2

Forma de apresentação da alavanca da trava de segurança na época do acidente (vista externa: fora do elevador): a pedido do Juiz, a chapa de ocultação da alavanca (fotografia 4), instalada após o infortúnio, foi retirada durante a inspeção, deixando livre o acesso externo ao dispositivo.



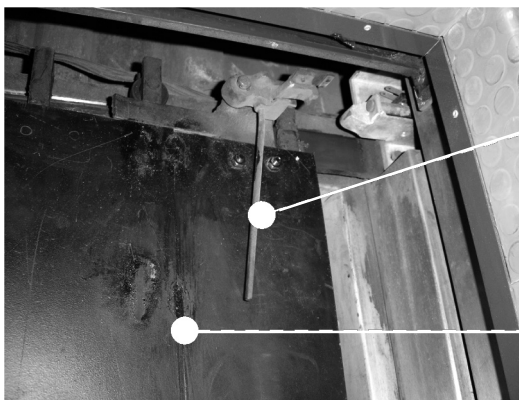
Fotografia 3

Poço do elevador



Fotografia 4

Chapa metálica de ocultação da alavanca da trava de segurança (vista externa: fora do elevador)



Fotografia 5

Alavanca da trava de segurança (vista interna: dentro do elevador)

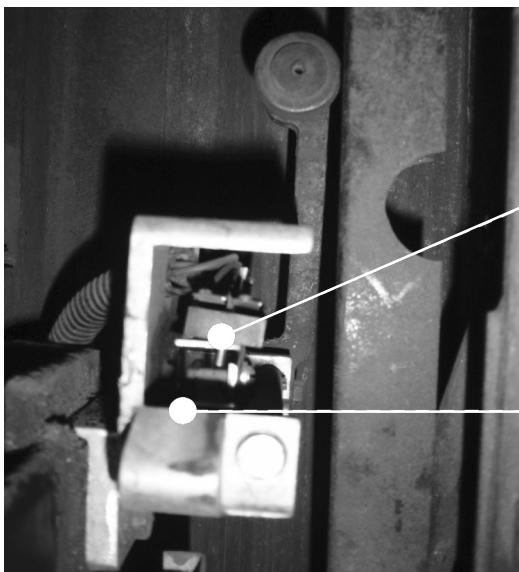
Chapa metálica de ocultação da alavanca de segurança (vista interna: dentro do elevador)

(5) O travamento das portas de cada pavimento é feito por meio de mecanismo metálico simplificado (“rústico”), que sofre desgaste pelo tempo de uso (oxidação e desgaste da peça metálica: fotografias 6 e 8) e não possui relação direta com o sensor que autoriza o deslocamento do elevador, equipamento também rudimentar (fotografias 7 e 8). Assim, eventual deficiência no travamento da porta, originada do desgaste do mecanismo (fotografia 6), não evitará o deslocamento do elevador: o sensor será ativado pelo simples contato (fotografia 7). Portanto, efetivamente, há possibilidade de a porta pantográfica do pavimento ficar destravada (apenas “encostada” no sensor de liberação) mesmo após a saída do elevador (o travamento é automático, mas não eficaz!), permitindo a sua abertura sem utilização da trava de segurança: a porta do pavimento seria aberta, ficando o elevador bloqueado em outro ou entre outros pavimentos. Importante ressaltar que o elevador possui mais de vinte e cinco anos (fl. 160, no final), fato que, ainda que realizadas eventuais manutenções (fl. 160), contribui para a ocorrência de falhas no equipamento derivadas do desgaste propiciado pelo uso contínuo por todo esse tempo;



Fotografia 6

Mecanismo de travamento da porta externa (trava de segurança)



Fotografia 7

Sensor que autoriza o deslocamento do elevador após o fechamento da porta externa

Base da trava de segurança



Fotografia 8

Conjunto que libera o elevador (mecanismo acionador e respectivo sensor)

Conjunto para travamento da porta externa (trava de segurança e respectiva base)

(6) Existe deficiência de luminosidade no local: há obstáculo (calhas com “cabos de força”) entre as luminárias externas e a porta de acesso ao elevador (fotografia 9);



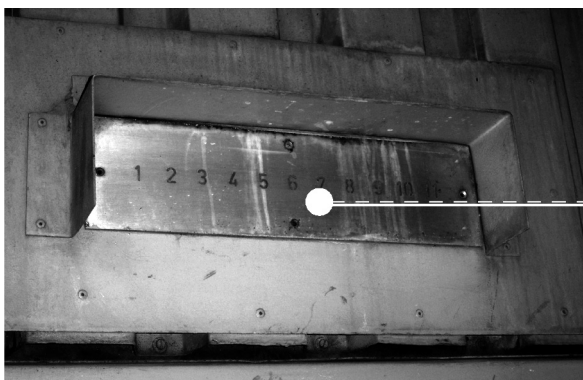
Fotografia 9

Luminárias

Calhas com “cabos de força”

Porta de acesso ao elevador

(7) Apenas o piso térreo possui painel numérico externo que informa a localização do elevador (fotografia 10): o painel interno do elevador não está funcionando (fotografia 11) e nos demais pavimentos inexistente o dispositivo na parte externa, o que implica na impossibilidade do usuário saber a localização do elevador no prédio.



Fotografia 10

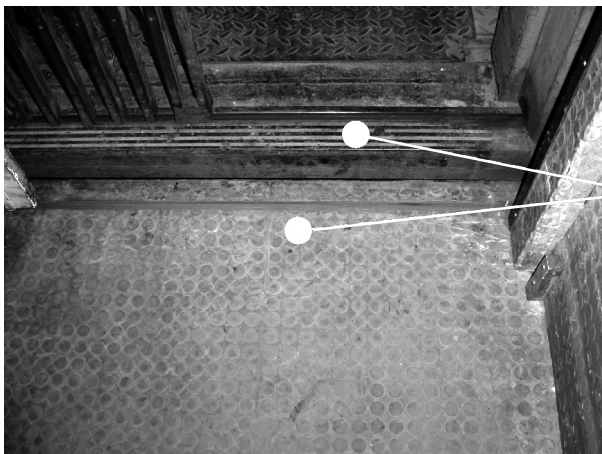
Painel numérico localizado no andar térreo



Fotografia 11

Painel numérico localizado no interior do elevador (está desativado)

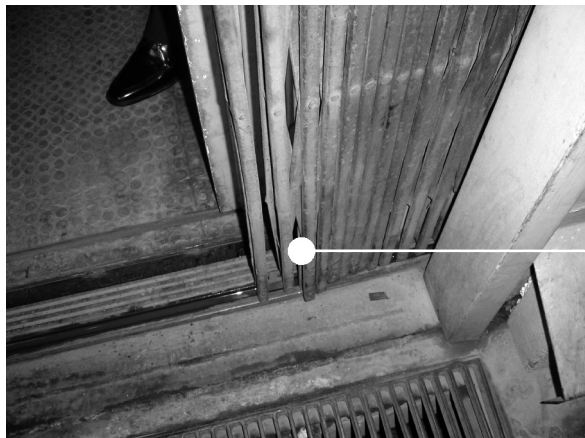
(8) O piso do elevador (plataforma), após a chegada do equipamento ao destino (pavimento), fica posicionado abaixo do nível da porta do pavimento — cerca de dez centímetros — (fotografia 12); e



Fotografia 12

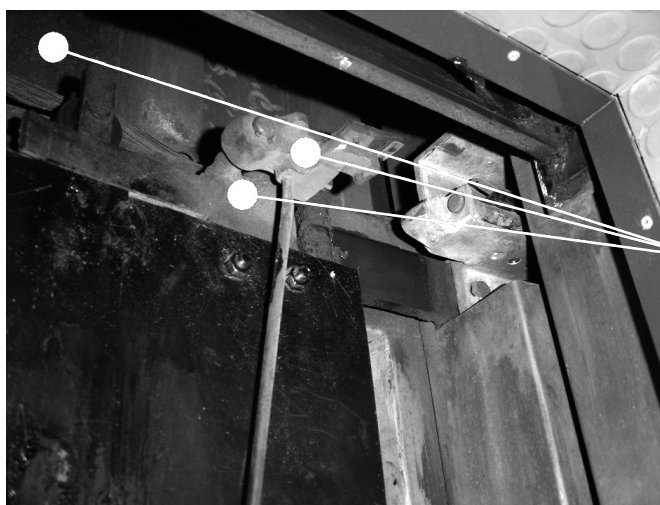
Desnível entre a plataforma do elevador (cor azul) e o piso do pavimento

(9) As portas pantográficas dos pavimentos merecem manutenção - porta corrediça “fora do trilho” o mesmo ocorrendo com outras peças metálicas (fotografias 13 e 14).



Fotografia 13

Porta corrediça “fora do trilho”



Fotografia 14

Peças oxidadas (“ferrugem”)

2.4. Em que pese a primeira ré tenha tentado dar outra versão aos fatos (fl. 255, no final), restou cabalmente demonstrado nos autos que o infortúnio, de fato, ocorreu durante a jornada laboral desenvolvida pela vítima:

[...] que o depoente estava presente no dia do acidente, tanto que determinou ao *de cujus* apanhasse material no segundo andar, e, sentindo a ausência do falecido por não retornar ao local de trabalho, o próprio depoente deu início às buscas depois de quinze minutos do desaparecimento; que o falecido não foi encontrado naquele dia. (NILSON ROSA, fl. 86)

2.5. Quanto às alegações da segunda demandada acerca do (a) fiel cumprimento das normas de segurança e quanto ao (b) perfeito estado de conservação e funcionamento do elevador localizado na unidade 5 da UTLB (Usina Termoeletrica Jorge Lacerda – B), local do acidente denunciado na exordial, além de haver expressos relatos testemunhais de problemas de funcionamento no equipamento utilizado diariamente para deslocamento vertical no local de trabalho⁽³⁾, inspeção judicial realizada

(3) [...] todos os elevadores possuem portas pantográficas com trava mecânica; entretanto é possível abrir a porta, desativando a trava sem que o elevador esteja no andar;

no local do acidente — prova real — pôs fim de vez à celeuma: o arcaico elevador — funciona há mais de duas décadas — possui, de fato, sérios problemas em relação à segurança dos usuários:

que numa oportunidade, pouco antes do depoente entrar no elevador 6, o equipamento deslocou-se para cima sem qualquer comando, permanecendo a porta de proteção aberta; se o elevador não está no andar o túnel é bastante escuro; que o fato acima descrito ocorreu numa outra oportunidade com um substituto do depoente, também com o elevador 6; que às vezes o elevador parava no meio do andar, ou seja, não ficava alinhado ao piso, tanto que numa oportunidade o depoente foi obrigado a gritar para pedir socorro. [...] os elevadores eram bem velhos, achando que estejam funcionando há mais de vinte anos; que os problemas verificados nos elevadores foram comunicados pelo depoente à sala de operação; que naquela época foi tão somente substituída a lona de freio do elevador 6, mas a lona arrebentou dias depois, uma vez que não foi aguardado o tempo necessário para a lona secar, conforme justificativa do técnico de manutenção dos elevadores. [...] que o depoente trabalhou como ascensorista porque aceitou o serviço, uma vez que normalmente o pessoal se recusava a exercer essa atividade por medo [...] (CARLOS ALBERTO; fl. 84-5)

[...] em várias oportunidades os elevadores 5 e 6 apresentavam o seguinte problema: o letreiro luminoso indicava que o equipamento estava no andar, mas ao abrir a porta, o mesmo não estava no andar indicado; por ser escuro, não era possível verificar se o elevador estava no andar antes da abertura da porta; que a trava de segurança não impedia a abertura da porta sem que o elevador estivesse no andar; que os elevadores eram operados pelo próprios trabalhadores, mas às vezes operavam por meio de ascensoristas; que não sabe dizer se havia manutenção nos elevadores ou a periodicidade; que as portas dos elevadores eram de fácil abertura. [...] que a trava de segurança, por desgaste, não prendia a porta, de maneira que era possível abri-la sem desarmar a trava; que a trava era visível, mas ficava por dentro da porta; que a utilização do elevador independia de autorização; [...]. (EDSON LUIZ; fl. 85)

[...] de um andar para o outro não é possível saber onde está parado o elevador, pois não há letreiro luminoso indicando a localização do elevador; só é possível saber a localização do elevador quando o equipamento chega no andar em que é chamado [...]. (NILSON ROSA, fl. 86)

[...] que a verificação se o elevador está ou não no andar é visual; que apenas no andar térreo há dispositivo luminoso indicando a posição do elevador; [...] o elevador 5 funciona há mais de vinte e cinco anos, ou seja desde o início da usina; [...] confirma que no dia seguinte ao ser encontrado o corpo, o elevador passou a funcionar normalmente; [...]. (JEFFERSON SILVA, fl. 87)

[...] é possível a abertura das portas dos pavimentos via acionamento de alavanca localizada no canto superior esquerdo de cada porta — alavanca da trava de segurança — (fotografia 2), deixando livre e desprotegido o acesso ao poço do elevador (fotografia 3). (fl. 90)

[...] O travamento das portas de cada pavimento é feito por meio de mecanismo metálico simplificado (“rústico”), que sofre desgaste pelo tempo de uso (oxidação e desgaste da peça metálica: fotografias 6 e 8) e não possui relação direta com o sensor que autoriza o deslocamento do elevador, equipamento também rudimentar (fotografias 7 e 8). Assim, eventual deficiência no travamento da porta, originada do desgaste do mecanismo (fotografia 6), não evitará o deslocamento do elevador: o sensor será ativado pelo simples contato (fotografia 7). Portanto, efetivamente, há possibilidade de a porta pantográfica do pavimento ficar destravada (apenas “encostada” no sensor de liberação) mesmo após a saída do elevador (o travamento é automático, mas não eficaz!), permitindo a sua abertura sem utilização da trava de segurança: a porta do pavimento seria aberta, ficando o elevador bloqueado em outro ou entre outros pavimentos. Importante ressaltar que o elevador possui mais de vinte e cinco anos (fl. 160, no final), fato que, ainda que realizadas eventuais manutenções (fl. 160), contribui para a ocorrência de falhas no equipamento derivadas do desgaste propiciado pelo uso contínuo por todo esse tempo [...]. (fl. 92)

[...] Apenas o piso térreo possui painel numérico externo que informa a localização do elevador (fotografia 10): o painel interno do elevador não está funcionando (fotografia 11) e nos demais pavimentos inexistente o dispositivo na parte externa, o que implica na impossibilidade do usuário saber a localização do elevador no prédio [...]. (fls. 94-5)

[...] O piso do elevador (plataforma), após a chegada do equipamento ao destino (pavimento), fica posicionado abaixo do nível da porta do pavimento — cerca de dez centímetros — (fotografia 12) [...]. (fl. 95)

[...] As portas pantográficas dos pavimentos merecem manutenção — porta corredeira “fora do trilho” —, o mesmo ocorrendo com outras peças metálicas [...]. (fl. 96)

2.6. Também não foi comprovada a tese patronal de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do próprio trabalhador, ônus que incumbia à empresa (art. 818/CLT; e art. 333, inc. II, CPC, c/c art. 769/CLT). Idêntico caminho seguiu a tese de virtual culpa concorrente do obreiro.

2.7. Com esquite na prova encartada no caderno processual, em especial a bem elaborada inspeção judicial realizada no local do acidente — auto circunstanciado das fls. 89-97 —, por seus dados fáticos, tenho por comprovada a culpa do empregador e da tomadora dos serviços — omissão e negligência — pelo acidente responsável pela morte do trabalhador ROGÉRIO LUIZ DE OLIVEIRA, filho da demandante.

Esclareço, para que não persistam dúvidas, que, ainda que a prestação dos serviços ocorra mediante interposta pessoa — 1ª ré, neste caso —, é obrigação primordial da tomadora dos serviços — 2ª ré, neste caso —, beneficiária direta da personalíssima força produtiva dispendida por cada obreiro, zelar pela segurança de todos os trabalhadores presentes no seu parque industrial, independente de estarem ou não a ela vinculados por liame de emprego. Aliás, essa responsabilidade abrange, não só os trabalhadores, mas, sim, qualquer pessoa que tenha autorização para transitar no interior da usina.

Importante mencionar que não há qualquer notícia nos autos de que a segunda ré, após a inspeção judicial, tenha providenciado modificações no elevador capazes de evitar novos acidentes de idêntica monta — morte de um

trabalhador —, o que denota concluir que a empresa, priorizando o interesse financeiro, coloca a segurança — a vida, neste caso — dos trabalhadores em segundo plano: certamente é menos onerosa a quitação de indenizações por eventuais acidentes, ainda que em montantes consideráveis, do que a troca dos vetustos elevadores, o que “justifica” a persistência do descaso empresarial.

Quanto à primeira ré, devidamente ciente do risco ainda presente no ambiente de trabalho, ao continuar mantendo trabalhadores no pátio produtivo da segunda ré, demonstra tácita concordância com a forma de proceder da tomadora dos serviços, assumindo, assim, a responsabilidade objetiva por eventuais acidentes com seus empregados.

2.8. Não resta qualquer dúvida de que o infortúnio ocorrido no ambiente de trabalho ocasionou à postulante dano moral irremediável: súbita perda de um filho, cuja extensão da dor, é certo, apenas quem também é mãe — ou pai — pode ter ideia.

Entendo, assim, convergentes os requisitos ensejadores do dano moral denunciado na exordial, cabendo, nos moldes dos arts. 5º, incs. V e X, da Constituição Federal e arts. 186 e 927 do CC, a devida compensação pecuniária pelas demandadas.

2.9. Reveste-se de extrema dificuldade a tarefa de quantificação da indenização para a compensação dos danos sofridos. Assim, na fixação do *quantum* indenizatório deve o juiz obrar sob a égide dos princípios da razoabilidade, do bom-senso e da equidade, atendendo às circunstâncias de cada caso, tendo em vista, entre outros, a extensão e a intensidade dos danos, as posições social e econômica do trabalhador e do ex-empregador/tomador dos serviços, o comportamento do ofensor (antecedentes), a capacidade de absorção por parte da vítima e o aspecto pedagógico do valor fixado (evitar novos abusos). Ademais, como preconiza Caio Mário da Silva Pereira, deve a compensação ser fixada em importância “nem tão grande

que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”⁽⁴⁾.

O presente caso traz no seu bojo situação ainda mais complexa: quanto dinheiro é necessário para ressarcir a dor de uma mãe que perdeu um filho?

Inobstante de indisfarçável difícil resposta, ao Judiciário foi incumbida a árdua tarefa de mensurar.

2.10. Nesse rumo, embora entenda impossível mensurar o efetivo prejuízo derivado do sofrimento autoral, por razões de decidir, observado o descrito nos subitens precedentes, tenho que o montante justo e adequado para a reparação dos danos sofridos neste caso é o correspondente a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), no qual ficam condenadas, de forma solidária, as demandadas (art. 944/CC).

O montante arbitrado sofrerá a incidência de juros de mora trabalhistas (art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177/91 e art. 883 da CLT) e correção monetária, ambos contados a partir desta data⁽⁵⁾, uma vez que já estão embutidos no seu bojo os prejuízos oriundos da mora empresarial até a presente data.

2.11. A prova material encartada nos autos demonstra que a autora, de fato, não era dependente do *de cujus*.

Aliás, embora tenha proposto “ação de revisão” perante o Juizado Especial Cível da Justiça Federal de Tubarão, com o fito de desconstituir a qualidade de dependente previdenciária de JUCÉLIA NUNES CAETANO BRASIL em relação ao *de cujus* ROGÉRIO LUIZ DE OLIVEIRA (fls. 334-7), a autora não requereu o benefício previdenciário para si — “apenas

pretende que a primeira ré não o receba” (item 02, fl. 335) —, fato que, por si só, demanda reconhecer a ausência de dependência econômica entre ela (mãe) e o trabalhador falecido (filho).

Nesse rumo, não há falar em indenização por dano material — pensão mensal —, pois não demonstrado qualquer efetivo prejuízo de ordem econômica.

Rejeito.

3. DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

A natureza indenizatória da parcela deferida, afasta a incidência de descontos fiscais e previdenciários.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, decido **REJEITAR** as preliminares de (a) incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, de (b) inaptidão da inicial, de (c) carência da ação por ilegitimidades ativa e passiva *ad causam* e por falta de interesse de agir da postulante e de (d) litispendência.

No mérito, julgo **PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS**. Condeno as demandadas, de forma solidária, ao pagamento de:

- (1) indenização de R\$ 200.000,00 a título de danos morais, com incidência de juros e atualização monetária contados a partir desta data; e
- (2) custas de R\$ 4.000,00 calculadas sobre o valor da condenação.

Liquidação por cálculos, observados os parâmetros indicados na fundamentação, que integram este capítulo dispositivo para todos os efeitos.

CUMPRA-SE.

Intimem-se os contendores. Nada mais.

Em 7.5.2010 (sexta-feira), antevéspera do “Dia das Mães”.

Narbal Antônio de Mendonça Fileti
Juiz do Trabalho Titular

(4) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 315.

(5) Enunciado n. 8 do TRT da 12ª Região: “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. A incidência de correção monetária e juros sobre indenização por danos morais, cujo valor é arbitrado em parâmetros atuais, quando do julgamento, tem como termo inicial a data da publicação da decisão.”



Índice Geral



Doutrina

Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador. 1. Introdução. 2. As dimensões dos direitos fundamentais. 3. A presunção de inocência como direito fundamental. 4. Os poderes do empresário e o poder disciplinar. 4.1. Definição e conteúdo. 4.2. Fundamentos e limites. 4.3. Limites constitucionais. 4.4. Outros limites. 5. Presunção de inocência: contraditório, ampla defesa e procedimentalização do poder disciplinar. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas .

15

Dever de cooperação do executado e penalidades para os desvios. 1. Introdução. 2. Dever geral de cooperação com o Judiciário. 3. Deveres específicos do executado. 4. Meios de punição do executado, por atos contrários ao dever de cooperação. 5. Conclusões

30

A procedimentalização do poder disciplinar como decorrência da eficácia direta do direito fundamental ao devido processo legal na relação de emprego. 1. Introdução. 2. A democratização do poder disciplinar. 3. A incidência do devido processo legal na relação de emprego. 3.1. Critérios determinantes da intensidade dos efeitos dos direitos fundamentais na relação de emprego. 3.2. A procedimentalização do poder disciplinar. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

37

Redução da actividade ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial — a actualidade do *lay off* em Portugal. 1. Apresentação do tema. 1.1. Um fenómeno recente. 1.2. Crise empresarial enquanto facto imputável ao empregador. 2. Redução da actividade e suspensão do contrato. 3. Regime jurídico. 3.1. Requisitos que fundamentam o recurso à redução da actividade ou suspensão do contrato. 3.2. Procedimento. 3.3. Duração

da medida. 3.4. Direitos e deveres das partes. 4. Uma decisão (unilateral!) do empregador. 5. Referências bibliográficas

54

A inversão da tutela jurídica. 1. Introdução. 2. Liberação da multa por atraso no acerto rescisório. 3. Marco inicial da incidência de juros. 4. Subversão dos efeitos da mora. 5. Isenção do pagamento de honorários advocatícios. 6. Ineficácia prática da sentença pendente de recurso. 7. Execução mais conveniente ao executado. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas

64

Por um conceito jurídico de empresa coe-rente com a dignidade da pessoa. Introdução. Parte 1. A dogmática da empresa. 1.1. A empresa no direito internacional público. 1.2. A empresa no direito internacional privado. 1.3. A empresa no direito administrativo. 1.4. A empresa no direito econômico. 1.5. A empresa no direito tributário. 1.6. A empresa no direito da seguridade social. 1.7. A empresa no direito agrário. 1.8. A empresa no direito de empresa. Parte 2. Teorias da empresa-coisa. 2.1. Teoria da empresa-estabelecimento. 2.2 Teoria da empresa-atividade. 2.3. Teoria da empresa-organização. 2.4 Teoria dos círculos concêntricos: estabelecimento-empresa-empresário. Parte 3. Teoria da empresa-pessoa. Parte 4. A empresa-empregadora: coisa ou pessoa? Parte 5. A empresa-empregadora e a dignidade da pessoa. Parte 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas

80

Tutela da relação de emprego contra dispensas injustificadas. 1. Introdução. 2. O direito ao trabalho à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e em sintonia com a Constituição Federal brasileira. 3. A garantia do emprego conquistado. 4. A Convenção n. 158, da OIT, e a incorporação de suas normas no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Da compatibilidade entre a Convenção n. 158, da OIT, e o art. 7º, inciso I, da Constituição

Federal. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas	101	5. Zona comercial exclusiva. Solenidade da prova. Expressa previsão contratual da exclusividade. Art. 31, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 c/c art. 107 do CC/2002. 6. Dissolução contratual e indenização legal. 7. Referências bibliográficas	137
Antecipação de tutela na doutrina processual do trabalho. 1. Introdução. 2. Aspectos estruturais da antecipação de tutela. 2.1. Conceito de tutela antecipada na doutrina processual laboral. 2.2. Natureza jurídica do instituto na doutrina processual do trabalho. 3. Antecipação de tutela na CLT. 4. Exegese do art. 273 do CPC. 4.1. Concessão à requerimento da parte ou <i>ex officio</i> . 4.2. Prova inequívoca. 4.2.1. Meios de Prova. 4.3. Verossimilhança. 4.4. Dano irreparável ou de difícil reparação. 4.5. Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. 4.6. Possibilidade de reversão do provimento antecipado. 4.7. Pedido incontroverso. 4.8. Aplicação das regras da execução provisória para efetivação da tutela antecipada. 5. A tutela antecipada na doutrina processual do trabalho italiana. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas	116	Desequilíbrio labor-ambiental e direito de resistência: abordagem jusfundamental. 1. Introdução. 2. O direito ambiental e o meio ambiente do trabalho. 2.1. Introito. 2.2. Dimensões histórico-filosóficas do meio ambiente. 2.3. Meio ambiente: estabelecendo conceitos. 2.3.1. O meio ambiente artificial. 2.3.2. O meio ambiente cultural. 2.3.3. O meio ambiente natural. 2.3.4. O meio ambiente do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho e direito positivo. 3.1. A tutela constitucional do meio ambiente do trabalho. 3.2. A tutela do meio ambiente do trabalho nas Constituições estaduais. 3.3. O regime jurídico infraconstitucional. 3.4. O direito internacional público e o meio ambiente do trabalho. 4. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. 4.1. Equilíbrio labor-ambiental: definição, natureza jurídica e abrangência. 4.2. Casuística — hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental. 5. Constitucionalismo e direitos fundamentais. 5.1. Constitucionalismo e pós-positivismo. 5.2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 6. O direito de resistência. 6.1. Dimensões históricas e filosóficas do direito de resistir. 6.2. O regime jurídico-constitucional do direito de resistir. 6.3. O direito de resistir e o direito do trabalho. 7. Epílogo: o exercício do direito de resistência como direito fundamental nas hipóteses de desequilíbrio labor-ambiental. 8. Referências bibliográficas	145
O reconhecimento da natureza empregatória da relação de trabalho em segundo grau de jurisdição. 1. Introdução. 2. Efeito devolutivo no recurso ordinário e questão prejudicial. 3. Procedimento do recurso de revista contra decisão de natureza interlocutória. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas	132	A responsabilidade tributária do responsável subsidiário trabalhista — análise sob à luz dos princípios tributários. 1. Introdução. 2. Da definição de tributo e seus elementos. 2.1. Definição de tributo.	
Representação comercial e questões controvertidas. 1. Competência material da Justiça do Trabalho. 2. Competência territorial. Representação comercial. Nulidade de cláusula de eleição de foro diverso do art. 39 da Lei n. 4.886/1965. Norma de ordem pública, caráter cogente e imperativa. Art. 112, parágrafo único do CPC. 3. Prejudicial de mérito. Prescrição quinquenal. Direito de ação. Art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965. 4. Cláusula <i>del credere</i> . Imputação dos riscos da atividade econômica ao representante comercial. Impossibilidade. Art. 43 da Lei n. 4.886/1965.			

2.2. Dos elementos do tributo e da tipicidade tributária. 2.3. Da responsabilidade tributária. 3. Da responsabilidade tributária do tomador de serviços. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas . 179

Benefícios acidentários e procedimento administrativo. 1. Introdução. 2. Da ocorrência do infortúnio laborativo. 3. Do necessário requerimento administrativo do auxílio-doença. 4. Das características peculiares do auxílio-doença. 5. Da hipótese de percepção do auxílio-acidente. 6. Da hipótese de percepção da aposentadoria por invalidez acidentária. 7. Da circunstância de perda da qualidade de segurado do trabalhador. 8. Das impropriedades na análise administrativa de concessão ou manutenção de benefícios acidentários. 9. Da passagem do segurado pelo Centro de Reabilitação Profissional. 10. Síntese conclusiva. 11. Apêndice: a relação entre a estrutura administrativa do INSS e o número de demandas judiciais. 12. Referências bibliográficas 186

Ainda o fato gerador da contribuição previdenciária extraída da sentença trabalhista. 1. Uma execução polêmica. 2. A última alteração legislativa. 3. A imperiosidade de se considerar o pagamento das verbas objeto da condenação trabalhista, ou pelo menos a sua quantificação, como marco delimitador da exigibilidade da contribuição previdenciária respectiva. 4. A prevalência do mesmo entendimento, a despeito da alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.941/2009. 5. A contradição que confirma a tese aqui sustentada. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas 201

Proteção constitucional contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: protagonismo judicial na concreção do direito fundamental ao trabalho. 1. Introdução. 2. Compreensão teleológica do direito do trabalho. 3. Constitucionalização dos direitos trabalhistas: compromisso com a dignidade da pessoa humana. 4. Protagonismo judicial na concretização dos direitos sociais. 5. Proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa: hermenêutica emancipatória e concreção do direito ao trabalho. 5.1. Eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. 5.2. Vigência e constitucionalidade da Convenção n. 158, da Organização Internacional do Trabalho. 5.3. Aplicação analógica do art. 165, da Consolidação das Leis do Trabalho: recurso à concreção do direito fundamental ao trabalho. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas 211

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho 231

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região 235

Acórdão da 22ª Vara do Trabalho de Manaus – AM 251

Sentenças

63ª Vara do Trabalho de São Paulo – SP 265

1ª Vara do Trabalho de Araucária – PR 271

2ª Vara do Trabalho de Tubarão – SC 275

